



“Possibilidades de controle do correio eletrônico na relação laboral à luz do direito ao segredo das comunicações. Estudo comparado Brasil e Espanha”

Autor: Ricardo José das Mercês Carneiro

Diretora da tese: Professora Dra. Blanca Rodríguez Ruiz

Departamento de Direito Constitucional

Universidade de Sevilla

Novembro/2013

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	17
CAPÍTULO 1 - A ATIVIDADE LABORAL E OS AVANÇOS TECNOLÓGICOS GERADOS PELO CORREIO ELETRÔNICO. UMA RELEITURA SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PODER DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR.	33
1. Linhas gerais sobre o impacto dos avanços tecnológicos no direito e na relação de trabalho	33
2. Os direitos fundamentais trabalhistas no contexto da revolução tecnológica.....	38
3. Noções sobre a origem do e-mail e sua importância enquanto instrumento de trabalho	43
3.1. Espécies de correio eletrônico conforme a titularidade do endereço eletrônico. O e-mail particular e o corporativo.....	47
3.2. Problemas gerados a partir do uso do e-mail na atividade laboral	49
3.3. Alguns mecanismos de defesa que as empresas vêm utilizando contra o uso indevido do e-mail nas relações de trabalho	51
CAPÍTULO 2 - APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES LABORAIS. ANÁLISE DA JURISPRUDENCIA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS DO BRASIL E DA ESPANHA.....	55
1. A vontade dos contratantes e a autorregulação na concepção clássica dos negócios jurídicos	55
2. A força normativa da Constituição e sua influência no direito privado enquanto instrumento de unidade do ordenamento.....	56
3. Os direitos fundamentais como princípios constitucionais no marco do pós-positivismo.....	61
4. Sobre o trânsito dos direitos fundamentais: de direitos subjetivos públicos exercitáveis apenas contra o Estado (Estado Liberal) até o reconhecimento da existência de fontes de poder privado	68
4.1. Breves considerações sobre duas importantes consequências da chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais: a eficácia irradiante e a filtagem constitucional.....	70
5. A elaboração do <i>Drittwirkung</i> na Alemanha e sua influência	73
5.1. Notas sobre a doutrina e a jurisprudência constitucional a respeito do <i>Drittwirkung</i> na Alemanha.....	77

5.2. Recepção da teoria do <i>Drittwirkung</i> na Espanha e no Brasil. O caso espanhol	83
5.2.1. Recepção da <i>Drittwirkung</i> pela doutrina científica na Espanha.....	84
5.2.2. A <i>Drittwirkung</i> na legislação espanhola. Regulação legislativa da possibilidade de acesso ao Tribunal Constitucional.....	89
5.2.3. A doutrina do Tribunal Constitucional Espanhol a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações laborais (anterior à STC 241/2012)	94
5.3. Recepção da teoria da <i>Drittwirkung</i> no Brasil.....	106
5.3.1. A <i>Drittwirkung</i> na doutrina científica brasileira	106
5.3.2. O controle de constitucionalidade concentrado e difuso (incidental) no Brasil no contexto da lesão aos direitos fundamentais inespecíficos dos trabalhadores no Brasil	111
5.3.3. Doutrina do STF sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.....	114
5.3.3.1. Efeitos do contrato de trabalho sobre os direitos fundamentais dos trabalhadores na leitura do STF.....	118
CAPÍTULO 3 - A LIBERDADE DE EMPRESA E SEUS REFLEXOS NA RELAÇÃO LABORAL	127
1. Introdução	127
2. A origem constitucional do poder diretivo na Espanha e no Brasil	130
2.1. Noções gerais sobre liberdade de empresa na Espanha. Trata-se de um direito fundamental?	131
2.1.1. Algumas notas sobre o conteúdo do direito à liberdade de empresa	136
2.1.2. Ponto de intersecção entre as faculdades inerentes à liberdade de empresa e a atividade laboral	139
2.1.3. A faculdade de controle exercida pelo empregador na relação de trabalho como parte da liberdade de empresa, e seu incremento a partir dos novos instrumentais tecnológicos.....	142
2.2. O poder diretivo do empregador como expressão do direito à livre iniciativa no Brasil	144
2.2.1. A livre iniciativa é um direito fundamental?.....	149
3. O poder diretivo no plano infraconstitucional	154
3.1. A noção de controle do empregador no Estatuto dos Trabalhadores na Espanha. O art. 20.3 ET.....	157

3.2. O poder diretivo na legislação trabalhista brasileira	162
4. O ativismo judicial como consequência da omissão do legislador na Espanha e no Brasil.....	166
4.1 Uma breve análise da jurisprudência espanhola sobre o poder de controle do empregador.....	167
4.1.1. Breves considerações em torno da jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol sobre as faculdades de controle do empregador nas relações de trabalho (anterior à STC 241/2012)	169
4.2. Alguns aportes sobre a jurisprudência brasileira a respeito dos limites do poder diretivo em sua feição fiscalizatória e controladora	173
4.2.1. Um breve estudo de caso que comprova a visão ampliativa do poder diretivo na visão do TST. A revista íntima como exemplo da inversão de valores e de visão patrimonialista	179
4.2.2. Algumas conclusões sobre o STF e a análise constitucional a respeito dos limites quanto ao exercício das faculdades de controle do empregador	183
CAPÍTULO 4 - O CORREIO ELETRÔNICO ENQUANTO INSTRUMENTO TUTELADO PELO DIREITO AO SEGREDO DAS COMUNICAÇÕES NO MARCO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO.....	191
1. A origem do direito ao segredo das comunicações. Sua violação como instrumento de poder. Breves considerações sobre a sociedade disciplinar de Foucault	191
2. Proteção constitucional e internacional do direito ao segredo das comunicações. Breve análise de direito comparado. Aproximações entre os textos constitucionais do Brasil e da Espanha	194
2.1. Sobre o âmbito conceitual do direito	196
2.2. As restrições do direito ao segredo das comunicações: o papel do legislador e do poder judicial	200
3. Direito ao segredo das comunicações e ao sigilo de correspondência. Aproximação e distanciamento em relação à intimidade	204
3.1. O direito ao segredo das comunicações na Espanha como direito autônomo que tem na intimidade a tela de fundo.....	205
3.1.1. Primeiras linhas sobre a relação entre segredo das comunicações e intimidade	205
3.1.2. A intimidade como tela de fundo do direito autônomo ao segredo das comunicações.....	208

3.1.2.1. A aproximação entre a intimidade e o sigredo das comunicações ...	211
3.1.3. A autonomia do direito ao sigredo das comunicações e a relação que ele mantém com a intimidade.....	213
3.2. Breves considerações sigilo de correspondências e comunicações nas constituições brasileiras e a relação do direito com a intimidade.....	216
3.2.1. A relação entre intimidade e direito ao sigilo de correspondência na Constituição brasileira. Uma aproximação que não impede o reconhecimento da autonomia do direito previsto no art. 5º, XII.	220
3.2.2. A autonomia do direito ao sigilo de correspondência em relação à intimidade	224
4. O âmbito de cobertura	227
4.1. Elementos componentes do âmbito de cobertura do direito ao sigredo das comunicações (art. 18.3 CE)	227
4.1.1. A noção de processo comunicativo. O correio eletrônico como manifestação do art. 18.3 da Constituição Espanhola	227
4.1.1.1. Ainda sobre o âmbito de cobertura e a extensão do conceito de comunicação. A diferença entre os pacotes postais e os anexos de e-mail....	233
4.1.2. O sigredo	236
4.1.2.1. O direito ao sigredo das comunicações enquanto instrumento de proteção da liberdade individual contra terceiros.	241
4.1.2.2. A figura do empresário como terceiro alheio à comunicação realizada por seus empregados no ambiente de trabalho	243
4.2. O âmbito de cobertura do direito e a interpretação evolutiva do sigilo de correspondência rumo ao alcance da proteção da comunicação por e-mail no Brasil	245
4.2.1. A relevância do titular do bem em relação ao art. 5º, XII e o papel do empregador	253
5. O âmbito de proteção.....	259
5.1. A Reserva de lei	262
5.1.1. A dupla vinculação do legislador aos direitos fundamentais. Sua função no desenvolvimento do direito fundamental	262
5.1.2. Alcance da função limitadora do legislador em direitos fundamentais ...	265
5.1.3. A reserva de lei na Espanha e o direito ao sigredo das comunicações. Resposta a duas questões de ordem prática	270

5.1.3.1. O caso Valenzuela Contreras	273
5.1.4. A reserva legal no Brasil e o direito ao sigilo de correspondência	279
5.1.5. Limites dos limites dos direitos fundamentais	287
5.1.5.1. O conteúdo essencial	287
a) Direitos fundamentais e conteúdo essencial. A teoria relativa como decorrência do status de mandado de otimização	292
b) O conteúdo essencial na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol.....	294
c) Núcleo essencial no constitucionalismo brasileiro	296
5.1.5.2. O princípio de proporcionalidade.....	300
5.2. Linhas gerais sobre a necessidade de resolução judicial para intervenção nas comunicações, com especial consideração às relações laborais.....	311
5.2.1. A resolução judicial no contexto espanhol	311
5.2.2. Restrições ao direito ao sigilo de correspondência e a obrigatoriedade da prévia ordem judicial no Brasil.....	324
6. O empregador como titular do direito ao segredo das comunicações	330
6.1. Correios corporativos que não levam o nome do obreiro	336
6.2. Empresas em que o correio eletrônico é meio através do qual se oferecem os serviços e produtos no mercado.....	339
7. Análise comparativa do tratamento dispensado aos direitos previstos no art. 18.3 CE e art. 5º, XII da Constituição brasileira.....	340
CAPÍTULO 5 - O TRATAMENTO DO CONTROLE DOS E-MAILS DOS EMPREGADOS NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS TRABALHISTAS BRASILEIROS E DAS SALAS DO SOCIAL DOS TRIBUNAIS ESPANHÓIS E ALGUNS APORTES DE DIREITO COMPARADO.....	345
1. Introdução	345
2. O controle dos e-mails na Justiça Trabalhista brasileira. Os equívocos das construções do TST. Estudo a partir dos casos HSBC, SHERATON, DATAPREV, ESSO, BRASIL TELECOM e UNIESC	345
2.1. A fiscalização sobre os e-mails corporativos	347
2.1.1. O caso HSBC	347
2.1.2. O caso SHERATON	349
2.1.3. O caso DATAPREV	350
2.1.4. O caso ESSO	351

2.2. Fiscalização sobre o correio eletrônico pessoal acessado no ambiente de trabalho. Os casos BRASIL TELECOM e UNIESC	352
2.3. Síntese do entendimento do TST sobre controle do e-mail nas relações de trabalho.....	355
2.4. Análise crítica do entendimento do TST	356
2.4.1. O e-mail protegido constitucionalmente é apenas o pessoal.....	356
2.4.2. Possibilidade de regulamentação do uso dos e-mails pessoal e corporativo no ambiente de trabalho.....	359
2.4.3. O e-mail corporativo em relação à própria empresa não é protegido pelo direito ao sigilo de correspondência, vez que a empresa faz parte do processo comunicativo e não há razoável expectativa de privacidade do empregado	361
2.4.4. A senha pessoal do e-mail corporativo é instrumento de proteção da empresa contra terceiros	363
2.4.5. Legitimidade do controle formal e material do e-mail corporativo, desde que este se dê de forma “moderada, generalizada e impessoal”	364
2.4.6. O e-mail fornecido pela empresa, verdadeira propriedade do empregador, tem natureza jurídica equivalente a uma ferramenta de trabalho, destinada a uso profissional.....	367
3. A heterogenia como marca característica da jurisprudência social espanhola	369
3.1. As recentes decisões do Tribunal Supremo sobre o controle dos meios informáticos no ambiente de trabalho.....	371
3.1.1. O caso Coruñesa de Etiquetas (STS 6128/2007, de 26.09.2007).....	372
3.1.2. A STS 1323/2011, de 08.03.2011 (Sala do Social - Recurso 1826/2010)	375
3.1.3. Importantes pontos em comum nestas duas sentenças	377
3.1.4. A STS 8876/2011, de 06 de outubro de 2011 (Recurso 4053/2010).....	379
3.1.5. Algumas notas sobre a doutrina do Tribunal Supremo a respeito do uso de meios informáticos no ambiente laboral.....	381
3.1.5.1. Valorização da titularidade das ferramentas informáticas.....	382
3.1.5.2. O requisito da regulação prévia. Admissão de proibições totais de uso privado das ferramentas informáticas. Convolação de direito a objeto de mera tolerância	382
3.1.5.3. Fundamento para o exercício do poder diretivo do empregador: o art. 20.3 do ET.....	383

3.1.5.4. Sobre a necessidade de prévio aviso aos trabalhadores.....	386
3.1.5.5. Presença dos trabalhadores ou de seus representantes quando da realização dos atos de controle	387
3.1.5.6. A resolução judicial: um requisito ignorado.....	388
3.2. Breves considerações sobre a doutrina do TEDH sobre o direito ao respeito à vida privada e às comunicações (Art. 8º da CEDH).....	390
3.2.1. O caso Halford contra o Reino Unido (de 25 de junho de 1997 - TEDH 1997\37	390
3.2.2. O caso Copland vs. Reino Unido (STEDH de 03 de abril de 2007)	392
3.3. O documento de trabalho relativo à vigilância das comunicações eletrônicas no ambiente de trabalho	393
3.3.1. Principais contribuições do estudo sobre o controle dos correios eletrônicos pelo empregador	394
3.4. As sentenças do Tribunal Supremo e o seu ponto de interseção que as distanciam da doutrina do TEDH e das diretrizes do “Grupo Europeu sobre proteção de dados”	398
4. Comentários à STC 241/2012, de 17 de dezembro	400
4.1. Sobre os antecedentes fáticos da STC 241/2012	400
4.2. Principais fundamentos jurídicos adotados pelo Tribunal Constitucional	401
4.3. O voto particular e uma reflexão sobre o direito ao segredo das comunicações	404
4.4. Algumas considerações críticas à STC 241/2012	406
CAPÍTULO 6 - A AUTONOMIA PRIVADA INDIVIDUAL E COLETIVA COMO INSTRUMENTOS DE RESTRIÇÃO AO EXERCÍCIO DO DIREITO AO SEGREDO DE COMUNICAÇÕES NO AMBIENTE DE TRABALHO	417
1. Sobre a possibilidade de renunciar a direitos fundamentais	417
1.1. A distinção entre renúncia e não exercício de um direito fundamental	418
1.2. Uma leitura sobre a inalienabilidade dos direitos fundamentais	419
1.3. Crítica à irrenunciabilidade absoluta dos direitos fundamentais. A possibilidade de o particular consentir na autorrestrrição ao exercício de faculdades dos direitos fundamentais.....	421
2. Critérios para a validade do ato jurídico através do qual se consente à limitação no exercício de faculdades dos direitos fundamentais	425

3. O consentimento do empregado às limitações ao exercício de direitos fundamentais na relação de trabalho. As limitações possíveis e as impossíveis.	431
3.1. Os limites implícitos que decorrem da natureza de certas relações de trabalho	434
3.2. Possibilidade contratual e relevância para o acesso do empregador ao processo comunicativo mantido por correio eletrônico	436
4. Liberdade de comunicação e a negociação coletiva no Brasil e na Espanha.....	440
4.1. A autonomia privada coletiva.....	441
4.2. Sobre a possibilidade de as normas coletivas tratarem do uso do correio eletrônico na empresa e dos seus meios de fiscalização	443
4.2.1. O sistema de negociação coletiva da Espanha e seus limites diante dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Breves noções sobre os convênios coletivos.....	444
4.2.2. Convenções coletivas e acordos coletivos do Brasil. Objeto e limites	454
4.3. Uma questão prejudicial: quais os órgãos responsáveis pelo exame de constitucionalidade e sua extensão em relação às normas coletivas no Brasil e na Espanha?	467
4.4. Normas coletivas brasileiras e espanholas que tratam do uso do correio eletrônico na relação de trabalho e as respostas a algumas questões difíceis	473
4.4.1. Primeira questão: poderia a norma coletiva estabelecer regras para o uso do correio eletrônico no ambiente de trabalho, seja ele corporativo ou pessoal?...	476
4.4.2. 2ª questão: As regras reguladoras do uso do correio eletrônico podem estabelecer sanções no caso de não cumprimento da norma coletiva pelo obreiro?	478
4.4.3. 3ª questão: podem as normas coletivas, ao restringir direitos fundamentais, interferir na esfera jurídica de terceiros que não estão representados por aqueles que subscrevem o pacto?.....	480
4.5. A STC 170/2013, de 07 de outubro, proferida pela Sala Primeira do Tribunal Constitucional.....	484
4.5.1. Considerações críticas sobre uma sentença que confunde as restrições ao uso do correio eletrônico com o controle sobre os processos comunicativos por e-mail.....	485

CAPÍTULO 7 - POSSIBILIDADES DE RESTRIÇÕES AO DIREITO AO SEGREDO DAS COMUNICAÇÕES ELETRÔNICAS ESTABELECIDAS PELA AÇÃO DO PODER LEGISLATIVO.....	489
1. A Liberdade de comunicação nas relações de trabalho e os limites impostos pela lei	489
2. Os projetos de lei no Brasil a respeito da comunicação eletrônica no ambiente de trabalho	494
2.1. O projeto de Lei 3893/2008 e a influência dos pilares traçados pelo TST	494
2.1.1. Os principais problemas do PL 3893/2008	496
2.2. O projeto de Lei 7352/2010. Uma nova proposta de alteração legislativa baseada em velhas premissas	497
2.2.1. Novo projeto, velhos problemas	499
2.3. A PL 1.429/2011 e uma mudança de enfoque. Uma discreta mirada em favor dos direitos da personalidade do trabalhador	500
3. Sobre a “proposición de ley sobre el uso del correo electrónico en la empresa” na Espanha.....	504
3.1. Linhas gerais sobre o projeto de lei espanhol.....	505
3.2. A jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol e a proposição legislativa. Um caso de reciprocidade de influências.	509
4. Aproximações e distanciamentos entre as proposições de lei do Brasil e da Espanha	514
5. Uma proposta de legislação sobre o uso do correio eletrônico no ambiente de trabalho	519
CONCLUSÕES	523
BIBLIOGRAFIA:	533

LISTA DAS PRINCIPAIS ABREVIATURAS UTILIZADAS NESTA TESE:

ACO: Ação Cível Ordinária (Brasil)

ADC: Ação declaratória de constitucionalidade (Brasil)

ADCT: Ato das disposições constitucionais transitórias (Brasil)

ADIN: ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (Brasil)

ADPF: Arguição de descumprimento de preceito fundamental (Brasil)

AgR: Agravo Regimental (Brasil)

AI: Agravo de Instrumento (Brasil)

AIRR: Agravo de Instrumento em Recurso de Revista (Brasil)

AND: Andaluzia (Espanha)

Art.: Artigo

ATC: Autos do Tribunal Constitucional (Espanha)

BA: Bahia (Brasil)

BOE: Boletim Oficial do Estado (Espanha)

BVerfG: Bundesverfassungsgericht – Tribunal Constitucional alemão (Alemanha)

BVerfGE: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, amtliche sammlung–
Decisões do Tribunal Constitucional alemão, coletânea oficial (Alemanha)

CAT: Catalunha (Espanha)

CANT: Cantábria (Espanha)

C/c: Combinado com

CE: Constituição Espanhola

CEDH: Convênio Europeu de Direitos Humanos

CF: Constituição Federal (Brasil)

CRFB: Constituição da República Federativa do Brasil

CR: Constituição da República (Brasil)

CLT: Consolidação das Leis Trabalhistas (Brasil)

CV: Comunidade Valenciana (Espanha)

DF: Distrito Federal (Brasil)

DJ: Diário de Justiça

DOU: Diário Oficial da União (Brasil)

EC: Emenda Constitucional (Brasil)

ED: Embargos de Declaração (Brasil)

ET: Estatuto dos Trabalhadores (Espanha)
ET AL. Et alii (latim - outros)
EXT: Extremadura (Espanha)
FJ: Fundamento Jurídico
GAL: Galícia (Espanha)
GG: “*Grundgesetz*” – Lei Fundamental (Constituição da Alemanha)
GO: Goiás (Brasil)
HC: Habeas Corpus
Inc.: Inciso
LF: Lei Fundamental (Alemanha)
LFB: Lei Fundamental de Bonn (Alemanha)
LECrim: Lei de Processamento (Enjuiciamiento) Criminal (Espanha)
LOPD: Lei Orgânica 15/1999, de 13 de dezembro, de Proteção de Dados de Caráter Pessoal (Espanha)
LOPJ: Lei Orgânica 6/1985, de 1º de julho, do Poder Judicial (Espanha)
LOTC: Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (Espanha)
MA: Maranhão (Brasil)
MAD: Madri (Espanha)
MT: Mato Grosso (Brasil)
OJ: Orientação Jurisprudencial (Brasil)
Op. cit.: opere citato (obra citada)
P.: página
PA: Pará (Brasil)
PE: Pernambuco (Brasil)
PL: Projeto de Lei (Brasil)
PN: Precedente Normativo
Pp. páginas
PR: Paraná (Brasil)
RE: Recurso Extraordinário (Brasil)
Recl. Const.: Reclamação Constitucional (Brasil)
RHC: Recurso em Habeas Corpus (Brasil)
RIP: *Regulamentacion of Investigatory Powers* (Regulamentação de Poder Investigativo - Inglaterra)
RJ: Rio de Janeiro (Brasil)

RO: Recurso Ordinário (Brasil)
RR: Recurso de Revista (Brasil)
RS: Rio Grande do Sul (Brasil)
SC: Santa Catarina (Brasil)
SDC: Seção de Dissídios Coletivos (Brasil)
SE: Homologação de Sentença Estrangeira (Brasil)
SP: São Paulo (Brasil)
STC: Sentença do Tribunal Constitucional (Espanha)
STJCE: Sentença do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia
STEDH: Sentença do Tribunal Europeu de Direitos Humanos
STF: Supremo Tribunal Federal (Brasil)
STS: Sentencia do Tribunal Supremo (Espanha)
STSJ: Sentencia do Tribunal Superior de Justiça (Espanha)
Tacrim: Tribunal de Alçada Criminal (Brasil)
TC: Tribunal Constitucional (Espanha)
TCF: Tribunal Constitucional Federal (Alemanha)
TEDH: Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TRT: Tribunal Regional do Trabalho (Brasil)
TS: Tribunal Supremo (Espanha)
TSJ: Tribunal Superior de Justiça (Espanha)
TST: Tribunal Superior do Trabalho (Brasil)
V.g.: *verbi gratia* (latim)
Vs.: *versus*

INTRODUÇÃO

É inquestionável que nos últimos anos a revolução tecnológica tem gerado profundas alterações nas relações laborais, em especial pela necessidade de atender a um mercado globalizado e com um nível de exigência cada vez mais elevado. Para os juslaboralistas, estes efeitos costumam ser sintetizados na palavra “flexibilização”.

Vista de uma maneira simples, e dentro da perspectiva desta investigação, pode-se dizer que a flexibilização é responsável por profundas alterações na dinâmica do trabalho. Assim, a razão que leva o empregador à utilização dos meios tecnológicos de produção é a necessidade de competir em um mercado globalizado, que exige respostas mais precisas e principalmente mais rápidas que somente os meios tecnológicos têm capacidade de proporcionar. Sai o sistema estandardizado e entra um novo modelo que se apoia em uma produção diversificada, tomando o princípio da eficiência econômica como parâmetro que garante a necessária internacionalização da produção e a busca de outros mercados consumidores. Torna-se imperiosa a adaptação da organização laboral a favor da flexibilidade. Brota, então, a necessidade de renovação infinita de infraestruturas e programas, mudança dos costumes laborais e descentralização produtiva (*outsourcing*) como premissa necessária para a preservação da competitividade no mercado de trabalho, e que desemboca, esta última, nos sempre questionados processos de terceirização (quarteirização etc.) de parcelas da atividade produtiva.

Neste contexto, como um dos principais instrumentos desta nova relação laboral, gerado a partir da revolução tecnológica, pode-se considerar o correio eletrônico como um meio de comunicação de grande relevância, porém gerador de intensa controvérsia.

Os dados estatísticos¹ comprovam que há uma utilização recorrente do e-mail nas relações comerciais (por ser uma comunicação barata, rápida, precisa e segura). Por outro lado, não são poucas as queixas sobre seu uso indevido e abusivo por parte dos trabalhadores no contexto de suas relações laborais.

A reação natural, por parte dos empresários, a estes abusos foi a adaptação de seus mecanismos de controle e fiscalização. Assim, para combater estes

¹ O comércio eletrônico no Brasil, por exemplo, cujas compras e seus dados pertinentes são usualmente confirmados por e-mail, que já representou cerca de apenas 0,54 bilhão de reais em 2001, representou em 2010 quase cerca de 15 bilhões de reais, excluídas as vendas de automóveis, passagens aéreas e leilões on-line (Fonte eBit - www.e-commerce.org.br).

problemas gerados pelas novas tecnologias de informação, em particular o e-mail, os meios de fiscalização terminam por ser, muitas vezes, mais invasivos na esfera íntima do trabalhador. Em geral, à medida que o trabalho ganha complexidade e se torna cada vez mais heterogêneo, a fiscalização da produção necessita revisar seus métodos, passando a se valer o empregador de meios de fiscalização igualmente complexos, heterogêneos, flexíveis e, por consequência, invasivos, como vídeos, inspeções íntimas de trabalhadores, verificação das páginas da web vistas nos postos de trabalho. Nesse contexto em que a produção não responde a padrões facilmente fiscalizáveis, se impõe um maior nível de confiança no trabalhador. Na ausência dessa fidúcia, ela vem sendo suprida por mecanismos de fiscalização, denominados “controles defensivos” pela doutrina laboral italiana², que permitam ao empregador estabelecer um perfil do empregado ou empregada contratada. Neste contexto o correio eletrônico dos empregados se converte em um novo objeto de controle, para cuja adoção se apela, especificamente, à necessidade de garantir a proteção dos sistemas informáticos, a produtividade, a proteção à propriedade intelectual e a qualidade do labor prestado.

É precisamente o uso massivo desse meio de comunicação nas relações comerciais e os abusos gerados por ambos os lados da relação laboral, no uso do correio eletrônico por parte do empregado, e no controle de seu uso por parte do empregador, o que suscita a necessidade de investigar até onde chegam as possibilidades de intervenção do empregador no correio eletrônico do empregado.

O estudo que se segue consiste em uma análise comparativa dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol neste ponto.

Os paralelos entre os ordenamentos, em especial em seu viés constitucional, não constitui novidade, mormente quando se leva em conta a influência que as constituições espanholas nos últimos 180 anos tiveram sobre os seus correlatos

² Alberto Levi, Professor associado de Direito do Trabalho da Universidade de Modena e Reggio Emilia. Itália, em trabalho traduzido para o português por Yone Frediani (intitulado *Internet e contrato de trabalho no ordenamento italiano*, In: www.iidd.com.br/congresso/arquivos/palestra_alberto.doc. Acesso em 31.02.2013.), aduz que a jurisprudência da Corte de Cassação italiana, já há alguns anos, enumerou a categoria dos controles de defesa, enfatizando que “à finalidade de operatividade da proibição de equipamento para o controle à distância da atividade do trabalhador prevista no art. 4º da Lei 300 de 1970, é necessário que o controle objetivo (direta ou indiretamente) a atividade laboral. Enquanto que se fora da atividade deve voltar-se certamente aos controles diretos para verificação das condutas ilícitas do trabalhador (denominados controles defensivos)...” (C. Cassação 0/04/2002, nº 4746). Em outras palavras, quando o empregador instala aparelhos de controle, para, por exemplo, controlar se o trabalhador abusa ou não da Internet e do correio eletrônico empresarial, não precisará obter a concordância do sindicato, mediante a regra contida no art. 4º do Estatuto dos trabalhadores (Itália), pois, segundo a jurisprudência, poderá proceder de forma unilateral. Portanto, o art. 4º veda o controle da atividade laboral, enquanto que no caso de controle defensivo o monitoramento volta-se somente aos ilícitos porventura praticados.

textos no Brasil. Não são poucos os estudiosos que assinalam esta influência, ao longo da história, bem como os estudos que apontam discrepâncias e pontos de convergência entre os sistemas constitucionais dos dois países³.

Bonavides⁴, em artigo em que apresenta 3 (três) momentos de transição constitucional brasileira em que o país se valeu da experiência constitucional e de fatos relevantes ocorridos na Espanha⁵, aborda a matéria com percuciência, enfatizando a semelhança entre os atuais textos constitucionais. A esse respeito, o autor assevera que *“há surpreendentes traços de similitude ou analogia e até mesmo identidade dos dois processos institucionais de transição que envolveram o regime político de ambos os países na passagem da ditadura à democracia. A transição brasileira, conforme se observa das datas comemorativas ocorreu dez anos depois da espanhola, mas recebendo um poderoso influxo, como veremos, do modelo estreado na península ibérica e garantido ali em sua execução, segundo nos parece, pelo bom êxito alcançado com a celebração dos pactos de Moncloa.”*⁶

No mesmo diapasão, Da Silva, em ensaio no qual oferta visão histórico-comparativa das constituições da Espanha e do Brasil, enfatiza pontos de convergência e de divergência em ambos os textos. Segundo o autor, abordando os trabalhos realizados na assembleia constituinte brasileira, nunca se manuseou tanto a constituição espanhola como se fez durante o processo de formação da constituição federal de 1988.

De fato, ainda que se reconheça a preponderância da Constituição Portuguesa como maior fonte inspiradora da Constituição do Brasil em 1988, a

³ Entre outros, podemos destacar: Da Silva, José Afonso. “Influência, coincidência e divergência constitucionais: Espanha/Brasil”; Bonavides, Paulo. “O constitucionalismo espanhol e seu influxo no Brasil (De Cádiz a Moncloa)”.

⁴ Bonavides, Paulo, “O constitucionalismo espanhol e seu influxo no Brasil (de Cádiz a Moncloa)”, em Fernández Segado, Francisco (coord.), *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, nota anterior, pp. 201, 202 e 218.

⁵ A 1ª transição, ocorrida logo após a independência do Brasil, retrata a influência da Constituição de Cádiz na primeira constituição imperial brasileira e em seus projetos antecessores. A 2ª transição (para a democracia) teria ocorrido no período que vai de 1984 à promulgação da CF/88, no qual o autor enfatiza a semelhança com processo espanhol, ocorrido na década anterior após o término da ditadura de Franco, apontando, inclusive, soluções similares adotadas pelos constituintes em ambos os países. A transição pacífica de uma ditadura para a construção de um Estado social e democrático de direito se deu sem que houvesse revolução, mas o esgotamento do regime vinculado a uma pessoa – Franco. O processo espanhol de mudança ocorreu, finalmente, após a morte de Franco, no governo de Adolfo Suárez – 1976. O modelo brasileiro teve solução semelhante, ainda que a ditadura no Brasil não estivesse relacionada a nenhuma figura personificada, mas ao esgotamento de um modelo político. Por fim, a 3ª transição brasileira, marcada pelo cambio de um governo de direita a um governo de esquerda, em que salienta atos antecedentes ao início do governo Lula (2002) que teriam expressa influência dos pactos de Moncloa, na busca de sustentação do governo a partir de parcelas da sociedade – trabalhadores, empresários).

⁶ Bonavides, Paulo, “O constitucionalismo espanhol e seu influxo no Brasil...”, op. cit, p. 198.

cuidadosa análise comparativa com o texto espanhol, em especial na seara dos direitos fundamentais, dentre os quais a intimidade⁷ e o segredo das comunicações são bons exemplos, é possível verificar uma normatividade que, se não é propriamente idêntica, possui enunciados que, de forma nítida, denunciam a fonte de onde proveio, criando uma expectativa de como esses sistemas jurídicos respondem a situações fáticas idênticas.

Curial enfatizar, com apoio em Da Silva que *“essa aproximação normativa é que possibilita o estudo comparativo de dois ou mais ordenamentos constitucionais. Ora, comparar significa confrontar, aproximar coisas a fim de individuá-las e, individuando-as, distingui-las; e distinguindo-as, agrupá-las e classificá-las (Tripiccione), ou, na forma substantiva de Constantinesco, a comparação é uma operação do espírito pela qual são reunidos num confronto metódico os objetos a serem comparados, a fim de precisar suas relações de semelhança e divergência.”*⁸

E esse estudo comparativo ganha força e interesse diante da atual conjuntura econômica.

É fato que, nos atuais tempos de globalização da economia, no plano comercial, os dois países anteriormente mencionados nunca estiveram tão próximos. Desde que em 1995 se produziu a explosão do processo privatizador brasileiro, as grandes companhias espanholas começaram a tomar posições no país e como consequência disto, a Espanha foi o primeiro investidor estrangeiro no Brasil em 1998, com 22% do volume total de investimentos e no ano 2000, com quase 29% do total dos Investimentos Estrangeiros Diretos no Brasil⁹.

O aporte do investimento espanhol veio, inicialmente, provocado pelo Plano Nacional de Desestatização brasileiro que atraiu o interesse das grandes empresas espanholas, em especial os grupos multinacionais. Esta primeira onda de investimento

⁷ De acordo com José Afonso da Silva, o direito à intimidade foi acolhido pela primeira vez no constitucionalismo brasileiro no art. 5º, X, da constituição vigente, com o seguinte enunciado “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. O art. 18.1 é fonte do referido artigo. Para o autor, *“a norma brasileira foi mais completa porque acrescentou a inviolabilidade também da vida privada e garante a indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação do preceito. Mas é nítida a filiação do texto brasileiro ao texto espanhol”*.

⁸ Da Silva, José Afonso, “Influência, coincidência e divergência constitucionais: Espanha-Brasil”, em Fernández Segado, Francisco (coord.), *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 225.

⁹ As informações sobre rumos e percentuais de investimentos espanhóis no Brasil foram obtidos no seguinte endereço eletrônico: http://www.spainbusiness.pt/icex/cda/controller/pageInvBrasil/0,5274,31361682_32228820_38117947_0_BR,00.html, visitado em 13.04.2012

produziu um efeito de atração sobre outros setores e empresas de distintos portes e hoje o grande volume de investimento acumulado espanhol resulta heterogêneo¹⁰ e vai desde automação, engenharia e a construção civil¹¹ até saneamento ambiental, passando pelos serviços de segurança ou seguros¹².

Na outra face da moeda, se há alguns anos atrás, o investimento direto do Brasil na Espanha era praticamente inexistente, dados da pesquisa sobre capitais brasileiros no exterior realizado pelo Banco Central do Brasil indicam que na Espanha há US\$ 4 bilhões em investimentos diretos, US\$ 1,4 bilhão em títulos públicos de curto

¹⁰ Investidores espanhóis estiveram à frente de alguns dos principais negócios fechados durante o ciclo de privatizações iniciado no país há dez anos. O primeiro lance de peso veio em 1998, quando a Telefónica arrematou a rede de telefonia fixa no estado de São Paulo. Em 2000, ainda no primeiro ciclo de privatizações, mais uma estocada agressiva: o Santander deixou para trás os bancos brasileiros e levou o Banespa, que tinha 3 milhões de clientes e era a maior das instituições financeiras públicas estaduais. O capital espanhol, então insignificante, assumiu posição de destaque entre os investimentos externos no Brasil. Desde então, espalhou-se por diferentes setores, como energia, extração de petróleo, edição de livros e hotelaria. Mais recentemente, o Banco Santander acertou a compra do Banco Real e tornou-se o segundo maior banco privado do Brasil, atrás apenas do Bradesco e à frente do Banco Itaú. Simultaneamente, investidores espanhóis dominaram o tão esperado leilão de concessão de rodovias federais, arrematando seis dos sete trechos leiloados. Com a proximidade de eventos como a Copa do Mundo de 2014 e a Olimpíada de 2016, somados ao momento difícil da economia europeia, tem feito do Brasil um dos mais seguros destinos para investimentos, ao reunir um cenário doméstico com alta demanda interna e enormes possibilidades de investimentos previstos para os próximos anos. Outras empresas espanholas igualmente apresentam papel de destaque na economia brasileira, a exemplo do grupo hoteleiro Sol Meliá, a Endesa e a Iberdola que operam na área de eletricidade, e o grupo espanhol Prisa Santillana com atuação no setor editorial (a editora brasileira “Objetiva” pertence a este grupo).

¹¹ Para grande parte da imprensa brasileira, as empresas espanholas foram as maiores beneficiárias do PAC (Programa de Aceleração do Crescimento), instituído no Brasil faz cerca de 5 anos. Este programa abriu um campo muito extenso para ampliar a presença das empresas elétricas e de gás, e também a de empresas construtoras espanholas que já eram destacadas investidoras diretas e, ao mesmo tempo, concessionárias de serviços de infraestruturas. É o que se dá, por exemplo, com grande parte das obras de infraestrutura de transporte no Brasil, capitaneadas por empresas espanholas, a exemplo da OHL e da Acciona. Segundo informação contida na revista *Valor Econômico* (resenha eletrônica por Victor Audera - conselheiro comercial da Embaixada da Espanha no Brasil - edição de 20/04/2007), a OHL, por exemplo, mediante sua subsidiária brasileira, e a segunda companhia com mais quilômetros de estrada administrados, graças a quatro pacotes de concessões em São Paulo (in <http://www.fazenda.gov.br/resenhaeletronica/MostraMateria.asp?page=&cod=370322>).

¹² A crise econômica que se aprofunda desde 2008 na Europa criou a terceira onda de capitais espanhóis no Brasil. Levantamento da Câmara Oficial Espanhola de Comércio indica que empresas espanholas programam investimentos de R\$ 44 bilhões no Brasil até 2015. Os setores vão de infraestrutura a software, de trens e vagões a imóveis. No caso das remessas, saíram do Brasil rumo à Espanha US\$ 19,122 bilhões entre 2005 e 2011. Os investimentos no mesmo período foram de US\$ 18,002 bilhões. O número inclui a megaoperação de compra da Vivo pela Telefónica. Somente esse negócio representou investimento de US\$ 9 bilhões. Só em 2011, as empresas espanholas remeteram para suas matrizes US\$ 4,7 bilhões, cifra superior ao que foi enviado em 2008, quando explodiu a crise financeira global. Naquele ano, as empresas espanholas remeteram US\$ 4,4 bilhões. Segundo Maria Luisa Castelo Marin, diretora-executiva da Câmara Brasil-Espanha, as remessas "ajudam as empresas na Espanha, mas também faz com que muita empresa veja no Brasil oportunidades que não consegue ver na Espanha neste momento". O bom desempenho tem atraído, além de empresários, profissionais. A Câmara recebe por mês cerca de cem currículos de espanhóis de nível técnico interessados em trabalhar no Brasil. Empresas-símbolo do capital espanhol no Brasil, os grupos Santander e Telefónica são exemplos de êxito no Brasil. Hoje, 27% do lucro auferido pelo Santander, instituição que adquiriu o ex-banco estatal Banespa, vem da operação brasileira. É mais do que o dobro da contribuição do Santander Espanha, que é de 12%.

prazo e US\$ 614 milhões em títulos de longo prazo¹³. Cifras estas que aumentam continuamente¹⁴.

Assim, o total do investimento bruto brasileiro na Espanha tem crescido bastante em relação há anos anteriores, criando um quadro atual em que, excluindo-se os paraísos fiscais, a Espanha figura entre os países que mais recebem investimentos brasileiros no exterior¹⁵.

No terreno jurídico, e na matéria que aqui nos interessa, a aproximação começa pelo fato de que nenhum dos dois países conta com legislação que regule o uso do correio eletrônico pelo trabalhador e seu controle pelo empregador, ainda que haja em ambos os países proposições legislativas que intentam abordar o objeto deste estudo¹⁶.

A despeito de as previsões constitucionais relevantes em ambos os ordenamentos jurídicos sejam muito próximas e similares, todavia, as decisões dos tribunais infraconstitucionais sobre o tema seguem, até este momento, rumos muito distintos, ignorando muitas vezes parâmetros constitucionais. Por seu turno, e até tempos recentes, em concreto até a publicação da STC 241/2012, de 17 de dezembro, não havia em nenhum dos dois países decisões das Cortes Constitucionais sobre o tema objeto desta investigação.

O objetivo deste estudo é apresentar uma comparação do tratamento jurídico-constitucional da capacidade do empregador de controlar o correio eletrônico dos trabalhadores no sistema jurídico espanhol e no brasileiro, assinalando diferenças/semelhanças que nos ajudem a compreender como cada um destes dois sistemas jurídicos se aproxima ao tema, assim como o que um sistema poderia aportar ao outro para sua melhor compreensão. Concentrar-nos-emos, especialmente, nos

¹³ Todos os valores indicados foram colhidos em texto encontrado no endereço da internet <http://www.brasilglobalnet.gov.br/ARQUIVOS/Publicacoes/ComoExportar/CEXEspanha.pdf>. Acesso em 11.04.2012.

¹⁴ Esta situação pode ser exemplificada por duas grandes operações financeiras ocorridas nos últimos dez anos. A primeira, a compra, em novembro de 2005, pelo grupo Gerdau, de 80% das ações do líder espanhol de aços especiais, a Sidenor. A segunda, ocorrida já em 2006, consistente na fusão entre a empresa espanhola Tavex e a brasileira Santista Têxtil. A nova companhia se posiciona como líder mundial na fabricação de tecidos Denim, com uma faturação superior aos 500 milhões de dólares ao ano.

¹⁵ Correa, Daniela & Lima, Gilberto Tadeu. “O comportamento recente do investimento direto brasileiro no exterior em perspectiva.” Artigo publicado na *Revista de Economia Política*, vol.28, n. 2, São Paulo, abril/Junho de 2008, visto no site http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-31572008000200005&script=sci_arttext, visitado em 10.04.2012. Nos últimos anos, devido à crise da zona do euro, o papel da Espanha enquanto parceiro comercial brasileiro, ainda que continue relevante, sofreu redução, o que promoveu EUA, China, Argentina, Alemanha e Japão à condição de principais parceiros comerciais do Brasil.

¹⁶ Na Espanha nos referimos à proposição de lei sobre uso do correio eletrônico na empresa, de 09 de maio de 2001. No Brasil, as proposições de lei 3893/2008, 7352/2010 e 1429/2011.

limites da ação do legislador na matéria e as bases de um enfrentamento da questão pelos Tribunais Constitucionais brasileiro e espanhol.

Para chegar a estas conclusões, desde um ponto de vista metodológico, fez-se necessário enfrentar algumas questões preliminares ao desenvolvimento do tema.

A primeira destas questões consistiu em efetuar um recorte, ao apreciar a questão exclusivamente sobre a base do direito ao segredo das comunicações.

De fato, não se tem dúvida que a questão do controle do empregador sobre o correio eletrônico do trabalhador pode ser apreciado sobre outras vertentes¹⁷, em especial a das liberdades de pensamento e de expressão e do direito à intimidade, sendo esta última a perspectiva em que usualmente a doutrina e a jurisprudência tendem a analisá-la.

Todavia, neste estudo o objetivo é analisar o controle que se efetua ao processo comunicativo e seus limites quando confrontado com a liberdade de comunicação entre as pessoas protegida pelo segredo.

Assim, a premissa inicial no desenvolvimento do tema, tratada no **capítulo 1**, é conhecer de maneira profunda o correio eletrônico, suas características enquanto meio de comunicação e importância como instrumento de trabalho e possibilidades de causar lesão aos interesses dos empregadores.

E este detalhamento em torno do instrumental se justifica na medida em que, ainda que seja o correio eletrônico um meio de comunicação de mais de 40 anos, seu uso massivo é muito recente. Isso justifica os investimentos em frequentes inovações em sua tecnologia, havendo uma grande quantidade de mecanismos técnicos de defesa dos sistemas informáticos recentemente criados e outros em fase de criação, os quais permitem diferentes níveis de intervenção no processo comunicativo, cuja localização no marco constitucional precisa de análise.

Ademais, é necessário conhecer suas características e espécies, indo além da mera e já desgastada distinção entre o correio pessoal e o corporativo, já que, entre outras questões a serem desafiadas¹⁸, há que se reconhecer uma multiplicidade de

¹⁷ Marc Carrillo, a esse respeito, traz a lume que o próprio direito ao trabalho pode ficar afetado, já que o direito ao trabalho “*supone ejercerlo sin cortapisas e impedimentos que den lugar a una permanente coacción sobre la libertad de decisión profesional em cada momento concreto*” (Carrillo Lopez, Marc. “La eficacia de los derechos sociales: entre Constitución y ley”. *Jueces para la Democracia*. 1999, n. 36, p. 74).

¹⁸ Entendemos que, em princípio, até a apreciação das possibilidades de controle sobre o e-mail pessoal não podem ser contestados com uma negativa absoluta, sem que se analise o caso concreto, a partir de

distintas formas deste último que, por suas características peculiares, deveriam ensejar um diferenciado enquadramento nas normas e na doutrina preexistente.

A resolução da questão que se propõe, ademais de uma análise mais detalhada do instrumental correio eletrônico, passa assim pela apreciação do ambiente e das circunstâncias em que a intervenção na comunicação telemática se dá. Nesse plano, o fato de a intervenção ocorrer no seio de uma relação de trabalho, faz como que esta funcione como uma espécie de catalisador capaz de influenciar a resolução desta “equação”, na qual se busca apreciar a licitude/ilicitude das medidas de controle e seus eventuais limites.

Nesse contexto, em aspecto apreciado no **capítulo 2**, fez-se necessário averiguar como a doutrina científica e a jurisprudência constitucional do Brasil e da Espanha tomam em conta a aplicação dos direitos fundamentais dos trabalhadores no âmbito privado das relações de trabalho. Assim, será feita uma análise da *Drittwirkung* em ambos os sistemas jurídicos.

Dessa análise, buscou-se entender porque, a despeito de a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares ingressar no contexto jurídico do Brasil e da Espanha indubitavelmente sob influência germânica, a forma como o TC espanhol conhece da lesão a direitos fundamentais nas relações de trabalho não encontra simetria com aquela pela qual a questão chega à apreciação do STF brasileiro.

É certo que ambos não se apoiem para a resolução da questão na lógica dos conflitos de direitos fundamentais e reconheçam a plena efetividade dos direitos fundamentais do trabalhador no marco da relação laboral, e igualmente que o exercício de tais direitos admite limitações ou sacrifícios na medida em que se desenvolvem no seio de uma organização que reflete outros direitos reconhecidos constitucionalmente. Contudo, e como consequência mais visível dessas formas de enfrentamento tão distintas na jurisprudência constitucional do Brasil e da Espanha, é forçoso admitir a existência de um maior grau de maturidade e sistematização no TC espanhol em torno da matéria¹⁹, cuja jurisprudência evoluiu de maneira indubitável

uma divisão salomônica adotada por alguns entre correios pessoais, que tudo podem e em relação aos quais não se permite intervenção, e corporativos, passíveis de todos os tipos de controle.

¹⁹ Como se verá, ao longo do estudo, a questão referente às lesões aos direitos fundamentais dos trabalhadores no marco das relações de trabalho, tem tratamento bastante rarefeito pelo STF em virtude de limitações, oriundas especialmente da aplicação do princípio de transcendência que, na prática, tem inviabilizado que estas demandas sejam conhecidas pelo STF. E tal se dá a despeito de na Espanha, desde a reforma de 2007, também haver previsão de especial transcendência no recurso de amparo (Lei Orgânica 06/2007, art. 50.1, b), entretanto, este não tem tido o condão de ser especialmente restritiva em relação à matéria laboral, como ocorre no Brasil.

desde o critério da boa fé até o critério de absoluta necessidade das restrições de direitos para o desenvolvimento da relação laboral ou da atividade empresarial, reconhecendo uma importância distinta entre estes direitos²⁰, ao perceber que os dois titulares de direitos em conflito não estão em pé de igualdade, havendo uma evidente relação de poder. Assim, pode-se dizer que a jurisprudência do TC espanhol criou para estes casos de controle de direitos fundamentais na relação laboral uma doutrina distinta à dos conflitos entre particulares e àquela do exercício dos direitos fundamentais ante os poderes públicos, porém bem mais próxima da segunda que da primeira.

Todavia, ainda que a questão não seja enfrentada dentro da sistemática de conflito de direitos, sobretudo na Espanha, em que se parte de uma aproximação das relações laborais com as relações de poder, não cabe desconhecer, contudo, que nestas relações quem exerce o poder empresarial o faz com base no exercício do direito à liberdade de empresa na Espanha (art. 38 CE) e do direito à livre iniciativa (art. 1º, IV e 170 CRFB), e, segundo alguns, à propriedade no Brasil (art. 5º, XXII).²¹ Assim, o **capítulo 3** se voltou para um aprofundamento no conteúdo jurídico do poder empresarial, desde sua origem constitucional e da natureza jurídica das faculdades constitucionalmente garantidas que lhe dão suporte. Seriam a liberdade de empresa e a livre iniciativa verdadeiros direitos fundamentais?

Igualmente, analisa-se neste capítulo a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Espanha e do STF²², no Brasil, quando do enfrentamento de situações em que são externadas as múltiplas possibilidades de o poder empresarial atuar como limite aos direitos fundamentais dos trabalhadores.

²⁰ O Tribunal Constitucional espanhol evita abordar com clareza o direito à liberdade de empresa e, em princípio, admite a restrição ao direito fundamental do trabalhador apenas quando esta seja necessária ao próprio desenvolvimento da atividade laboral, evitando, outrossim, tratar os conflitos entre direitos fundamentais e a liberdade de empresa como um conflito de direitos fundamentais de mesmo peso.

²¹ Na Constituição Espanhola, o direito está previsto no art. 38: “*se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*”. Já na Constituição do Brasil, a livre iniciativa e o direito de propriedade estão referidos nos art. 1º, IV, art. 5º, XXII, 170, caput e inciso II, *in verbis*: “*Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)XXII - é garantido o direito de propriedade; Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) II - propriedade privada.*”

²² Diversamente do Tribunal Constitucional espanhol, o STF, no Brasil concilia duas funções: a de cúpula do Poder Judiciário e a de Corte Constitucional. Ademais, cabe a ele a tarefa de dizer, quando provocado, nas hipóteses elencadas na Constituição Brasileira, a palavra final sobre a interpretação de toda e qualquer norma constitucional.

No **capítulo 4**, por seu turno, é vista a proteção constitucional à comunicação efetuada através de correio eletrônico, com ênfase no seu uso nas relações de trabalho. Desde já, cumpre dizer que não há tratamento constitucional expresso sobre o correio eletrônico, não estando indicado na lista das comunicações previstas no art. 18.3 CE, nem tampouco está enumerado no artigo 5º, XII, da Constituição de Brasil, como se vê da leitura das normas:

Art. 18.3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

Art. 5º, XII. É inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Outrossim, levando em consideração a confusão doutrinária e especialmente jurisprudencial ocorrida em ambos os países, externada na preferência em analisar a intervenção perpetrada pelo empregador à luz do direito à intimidade, igualmente torna-se um imperativo apreciar as zonas de aproximação e distanciamento entre este e o direito ao segredo das comunicações, destacando, quanto ao último, o seu âmbito de cobertura, tutelado nas Constituições do Brasil e da Espanha, com o objetivo de verificar se a comunicação telemática efetuada através de correio eletrônico se encontra alcançada por este direito. E esta questão tem especial transcendência porque a enumeração é exemplificativa tanto no art. 18.3 CE quanto no art. 5º, XII, da CRFB. Efetivamente, o TC espanhol e o STF brasileiro têm mantido a possibilidade de que outros meios de comunicação sejam protegidos pelo segredo das comunicações, em especial aqueles que forem resultantes dos avanços tecnológicos. Uma doutrina que o Tribunal Constitucional espanhol aplicou expressamente ao correio eletrônico em sua STC 241/2012.

Há, inclusive, normas de caráter infraconstitucional que refletem a extensão acima mencionada. Temos assim, na Espanha, o art. 197 do Código Penal²³

²³ “Artículo 197. 1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. 2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de

(Lei Orgânica 10/1995, com o tipo penal de “*interceptación o apropiación ilegítima do correo electrónico – delito de descubrimiento y revelación de secretos*”) e a Lei Geral de Telecomunicações (Lei 32/2003, de 03 de novembro – art. 33²⁴, que estende a *garantia do segredo das comunicações a todos os serviços de comunicação eletrônica*). No Brasil, no mesmo sentido, a Lei 9296/96²⁵, que regulamenta o art. 5º, XII da CRFB, indica que a proteção do segredo das comunicações abarca a mensagem por correio eletrônico.

Sucedo, ademais, que tanto o Tribunal Constitucional espanhol como o STF brasileiro têm, em geral, interpretado o direito ao segredo das comunicações como um direito de caráter formal, sobre cuja base se outorga proteção ao processo

archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero. 3. El que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b a g del apartado 7 del artículo 33. 4. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores. Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior. 5. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior. 6. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior. 7. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado anterior, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años. 8. Si los hechos descritos en los apartados anteriores se cometiesen en el seno de una organización o grupo criminales, se aplicarán respectivamente las penas superiores en grado.

²⁴ Artículo 33. Secreto de las comunicaciones. Los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público deberán garantizar el secreto de las comunicaciones de conformidad con los artículos 18.3 y 55.2 de la Constitución, debiendo adoptar las medidas técnicas necesarias. Asimismo, los operadores deberán adoptar a su costa las medidas que se establezcan reglamentariamente para la ejecución de las interceptaciones dispuestas conforme a lo establecido en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia.

²⁵ Alguns trechos que retratam a extensão acima nominada são os artigos 1º e 10 da Lei 9296/1996, *in verbis*: “Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça. Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”. (...) “Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa”.

comunicativo, independentemente de seu conteúdo (por todas a STC 114/1984, na Espanha, e a decisão do STF no caso “Garotinho *versus* O Globo” - Petição 2.702-7/RJ), tratando-se de um direito que garante a proteção da comunicação contra terceiros. Este é um aspecto que adquire especial relevância no desenvolvimento da questão proposta, mormente por reconhecer, em princípio, a condição de terceiro ao empregador, posto que a proteção do direito compreende, de entrada, a liberdade de comunicação dos comunicantes contra a intervenção de terceiros que não formem parte do processo comunicativo.

Desde esta perspectiva, a titularidade dos bens (de quem não integra o processo comunicativo) e a natureza da comunicação (pessoal ou comercial) seriam aspectos que adquirem relevância apenas na hora de analisar a legitimidade das limitações que venham a ser impostas pelo empregador ao segredo das comunicações/sigilo de correspondência eletrônica no que pertine ao uso do correio eletrônico.

E não há dúvidas que limitações se justificam pelo choque com outros direitos e interesses igualmente protegidos pelos sistemas constitucionais, o que se reforça no âmbito da relação de trabalho, na qual as possibilidades de controle e fiscalização utilizadas pelo empregador (isto é, a suas possibilidades de limitar o desfrute do direito), a outra face da moeda, possui status constitucional. Assim, destaca-se também o âmbito de proteção abstrato (pela ação legislativa) e concreto do direito, salientando quanto a este último que obrigatoriedade da resolução judicial como único meio de restrição concreta ao direito ao segredo das comunicações, em que pese a recente STC 241/2012, continua a ser um tema não abordado doutrinariamente de forma sistemática por nenhum dos dois Tribunais Constitucionais.

Todavia, esta aproximação da jurisprudência constitucional brasileira e espanhola em acertos, erros e omissões no tratamento das comunicações efetuadas através de correio eletrônico, até este momento, não se refletiu na adoção de soluções semelhantes pelos órgãos jurisdicionais infraconstitucionais dos dois países. Nesse sentido, destaca-se o **capítulo 5** em que é feita apreciação dos principais aportes jurisprudenciais em torno da questão.

De fato, malgrado os contornos deste direito estejam muito bem delineados na doutrina constitucional, ainda são muito escassos os julgados do Social, em ambos os países, que analisam os limites da intervenção do empregador sobre os e-mails do empregado desde esta perspectiva, tendo como elemento central o processo

comunicativo. Em ambos os países, doutrina e jurisprudência têm preferido se aproximar destes casos, como já mencionado, desde a perspectiva do direito à intimidade. E esta é uma confusão que, como veremos, também incorrem as recentes SSTC 241/2012 e 170/2013.

Assim, necessário averiguar, ainda que em linhas gerais, como se situam os direitos fundamentais potencialmente lesados no marco das relações de trabalho, especialmente a garantia do segredo das comunicações, analisando a jurisprudência das salas do social no Brasil e na Espanha, assim como a doutrina dos Tribunais Constitucionais em torno deste tema central.

No Brasil, ainda que a questão não tenha sido objeto de apreciação pelo STF, há algumas decisões da mais alta Corte Laboral do país (Tribunal Superior do Trabalho). Do conjunto destes pronunciamentos a respeito da matéria, é possível indicar algumas linhas mestras definidoras do seu posicionamento sobre o uso do e-mail nas relações laborais e estas não seguem os parâmetros constitucionais traçados pelo STF derredor do direito ao sigilo de correspondência:

1. O e-mail protegido constitucionalmente é somente aquele de uso pessoal (@ig, @hotmail, @gmail).
2. A empresa pode regulamentar o uso do e-mail pessoal e corporativo no ambiente laboral, de maneira que a norma interna é aplicável aos casos concretos de utilização inadequada pelo obreiro.
3. Não existe violação do segredo das comunicações no e-mail corporativo em relação à própria empresa.
4. A senha pessoal do correio eletrônico corporativo não é uma proteção ao segredo das comunicações do empregado em relação à empresa, porém funciona para a proteção patronal, para que terceiros não possam aceder às informações que tenham conteúdo secreto ou reservado.
5. É legítimo o controle formal e material sobre o envio e recebimento de mensagens de e-mail corporativo, desde que a fiscalização ocorra de forma “moderada, generalizada e impessoal”, objetivando evitar prejuízos ao empregador.

6. O e-mail corporativo proporcionado pela empresa (verdadeira propriedade do empregador) tem natureza jurídica equivalente a uma ferramenta de trabalho, destinada ao uso profissional.

Por seu turno, na Espanha, a jurisprudência infraconstitucional também segue sendo muito heterogênea, havendo, até bem pouco tempo atrás, uma inexplicável ausência de critérios esclarecedores pelo Tribunal Supremo ²⁶.

É bem verdade que esse quadro na jurisprudência social na Espanha tende a ser alterado, em prol de uma maior uniformização, a partir das recentes decisões do Tribunal Supremo, em especial o caso “Coruñesa de Etiquetas” e duas outras recentes decisões proferidas em 2011 (SSTS 1323/2011, de 08.03.2011 e 8876/2011, de 06.10.2011), que, ainda que não enfrentem a questão nuclear desenvolvida neste estudo, que é o controle do correio eletrônico à luz do direito ao segredo das comunicações, avançam na análise sobre a correta utilização dos meios informáticos colocados à disposição do trabalhador pela empresa (ainda que para alguns de forma antagônica²⁷), e as possibilidades de controle que o empregador pode exercer sobre eles, tendendo a causar reflexos bem diretos na jurisprudência das salas do social dos demais tribunais e julgados espanhóis.

Entretanto, mirando a atual doutrina proveniente destes órgãos jurisdicionais, é forçoso reconhecer que as normas constitucionais existentes e os parâmetros trilhados pelos dois Tribunais Constitucionais ainda estão longe de proporcionar o ambiente propício para que posições homogêneas sejam adotadas pelos órgãos judiciais infraconstitucionais (mesmo depois de prolatada as SSTC 241/2012 e 170/2013, que confirmou essa jurisprudência).

E esse quadro de insegurança jurídica faz com que especialmente as empresas tenham interesse em regulamentar a matéria em seu âmbito interno ou, ao menos vê-la tratada no plano das normas coletivas de trabalho.

²⁶ A esse respeito, oportuna a leitura de Agustina Sanllehí, José R. (*Delito de descubrimiento y revelación de secreto*, 2009, Madrid, Editora La Ley, pp. 43 e seguintes), que, sobre o tema, traz a lume que a ausência de um referencial jurisprudencial do TC e do Tribunal Supremo conduziu a uma proliferação de doutrinas erráticas e vacilantes. Textualmente, diz o autor que “*se ha dejado en manos de los tribunales ordinarios la resolución de los numerosos casos concretos con la única pauta de una jurisprudencia contradictoria entre tribunales Superiores de las respectivas Comunidades Autónomas*”. Vale dizer que esse silêncio recentemente se rompeu, a partir de decisões que apreciam o controle dos meios informáticos no meio ambiente de trabalho.

²⁷ Nesse sentido, o voto vencido proferido no Recurso 4053/2010 (STS 8876/2011).

Assim, **no capítulo 6** enfrenta-se um tema em torno do qual quase não há resposta judicial, que consiste na averiguação da possibilidade de o empregado, através de negócio jurídico individual (contratos de trabalho ou regulamentos internos que a ele aderem) ou por meio de convênios coletivos (a autonomia privada coletiva) pactuar outras restrições ao segredo das comunicações e seus efeitos. Para tanto serão analisados critérios para a validade do ato jurídico individual através do qual se consente à limitação no exercício de faculdades dos direitos fundamentais, assim como a verificação desta mesma questão a partir dos instrumentos de negociação coletiva brasileiros e espanhóis.

Trata-se de questão muito importante em especial porque os Tribunais Constitucionais reconhecem que a eficácia dos direitos fundamentais é mais intensa nas relações assimétricas, a exemplo da relação laboral, em que o negócio jurídico, na maior parte dos casos, tem um caráter de verdadeira adesão. Ademais, aqui se questiona a utilidade prática da cláusula contratual ou de convênio coletivo para a intervenção do empregador nas comunicações de seus empregados, uma vez que haveria, para alguns estudiosos da matéria, necessidade de renúncia ao exercício do direito por parte de todos os integrantes do processo comunicativo, já que titulares do direito ao segredo das comunicações são tanto o emissor quanto o receptor da mensagem. Em geral, um destes não integraria o corpo de funcionários da empresa, de maneira que as cláusulas em questão interfeririam no interesse de terceiros que do negócio jurídico não teriam participado.

Dessa forma, seja pelas mutações jurisprudenciais em torno do tema, seja pelo reconhecimento das múltiplas variáveis que envolvem as soluções que repousam na autonomia privada individual ou coletiva, seja, por fim, em virtude de um reconhecimento de certa maturidade já existente em torno da questão de fato, observa-se que ambos os países já buscaram a solução legislativa para o tema. Essa procura por esta via é mais recorrente no Brasil, onde, todavia, as proposições legislativas, se comparado ao seu paradigma espanhol, mais discrepam da jurisprudência constitucional existente em torno do tema.

Nesse sentido, **no capítulo 7** é feita uma análise crítica dos projetos de lei já formulados e em tramitação no Brasil e na Espanha, a partir da noção de limites à ação concretizadora dos direitos fundamentais pelo legislador, pautado no respeito ao conteúdo essencial e ao princípio de proporcionalidade. À título de conclusão, como medida propositiva, é apresentada uma minuta de norma, voltada para dar resposta às

principais questões que envolvem as possibilidades de uso do correio eletrônico no ambiente de trabalho

De maneira que, ancorado em algumas informações já sedimentadas na doutrina constitucional e laboral, bem como das conclusões parciais formuladas em cada capítulo deste estudo, objetiva-se descortinar algumas questões. Dentre estas, destaca-se o reconhecimento dos reais motivos que têm levado à interpretação distinta emprestada ao tema pelos órgãos de justiça social do Brasil e da Espanha, bem como a indicação dos parâmetros para atuação do Poder Legislativo e aqueles que poderão ser utilizados pelo Tribunal Constitucional espanhol e pelo STF brasileiro na futura apreciação da licitude dos controles efetuados pelo empregador em relação aos correios eletrônicos recebidos ou enviados pelos empregados. Mas para uma correta conclusão a respeito deste tema central, imperativo será analisar outros temas igualmente pouco tratados na doutrina constitucional: o direito ao segredo das comunicações é afetado pela intervenção do empregador no correio eletrônico de seus empregados? Quais são os limites para a atuação legislativa em ambos os países a respeito do controle do empregador sobre e-mails dos empregados? Existem limites implícitos ao uso das comunicações telemáticas na relação de trabalho? Poderão os contratantes fixar limites ao uso do correio eletrônico através de contratos e da negociação coletiva? Admitida esta hipótese, quais seriam, então, os requisitos que deveriam ser observados para o reconhecimento da licitude dessas regras limitadoras ao exercício do direito ao segredo das comunicações/sigilo de correspondência estabelecidas em normas coletivas e no contrato de trabalho? Estes são alguns dos principais aspectos que se pretende desenvolver neste trabalho de investigação.

CAPÍTULO 1 - A ATIVIDADE LABORAL E OS AVANÇOS TECNOLÓGICOS GERADOS PELO CORREIO ELETRÔNICO. UMA RELEITURA SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PODER DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR.

1. Linhas gerais sobre o impacto dos avanços tecnológicos no direito e na relação de trabalho

A revolução tecnológica, que para alguns inicia a chamada 3ª revolução industrial e para outros inaugurou a “sociedade da informação²⁸”, é um fato gerador de uma série de alterações no modelo antes concebido de vida em sociedade. A rapidez, socialização e precisão da informação, a quebra das barreiras territoriais, na medida em que aproxima pessoas dos mais distantes locais, a mundialização do comércio, a comunicação em rede, são apenas alguns dos paradigmas quebrados a partir de seu advento²⁹.

Sendo uma experiência em formação, uma verdadeira estrutura viva, suas formas ainda não estão plenamente definidas³⁰. Por essa razão, o operador do direito se vê diante de uma situação particularmente tormentosa. De fato, e atendendo à noção de razoável e bom senso, o direito não anteviu a revolução tecnológica, no que agiu bem, visto que as experiências em que o direito se estabelece sem levar em conta a sociedade, quase sempre terminam por gerar normas para as quais esta mesma

²⁸ A esse respeito, Fernandez Rodriguez, Jose Julio (*Secreto e intervención de las comunicaciones en internet*. Civitas Ediciones, S. L., 2004, p. 37), que opta por essa denominação, ainda que reconheça que parte da doutrina também utiliza sociedade do conhecimento, sociedade digital, era digital, sociedade pós-industrial, sociedade em rede, dentre outras.

²⁹ A percepção de tempo e de espaço se encontra absolutamente alterada a partir dos novos elementos trazidos pela informática, robótica e pela evolução das telecomunicações. E este câmbio proporciona uma série de novos efeitos jurídicos, especialmente a partir do advento da internet. Sobre o tema, veja-se Carillo, Marc. “Internet: la resposta del dret a l'espai públic virtual”. *Quaderns del CAC*, , n. 29, 2007 (Ejemplar dedicado a: Regulació i canvi en l'audiovisual), pp. 61-68.

³⁰ Avanços da ciência e na técnica multiplicaram e generalizaram os riscos para a pessoa humana e para o planeta. Fala-se no advento do pós modernismo ou da “sociedade de riscos”, pois se tornou necessário partilhar os riscos decorrentes do comportamento humano, que se exacerbaram com as inovações tecnológicas surgidas ao longo do século XX. Como exemplos, a bomba atômica, o advento da energia nuclear, a evolução da genética, o acidente nuclear de Chernobyl, a vaca louca e suas consequências para o consumo de carne bovina no mundo, a gripe H1N1, dilema ambiental no golfo do México (petróleo). Em síntese, na visão pós-modernista, pode-se dizer que o Direito passa a assumir um papel secundário, refratário à abstração conceitual e à axiomatização (direito deixa de ser ciência para ser prudência), mais flexível e adaptável a contingências do que o direito coercitivo e sancionatório do direito moderno. Estado passa a negociar, induzir, incitar, tornando-se mais suave (ao invés de impor ou proibir condutas). Este modelo defende a desregulação ou deslegalização. Há uma preferência à autorregulação e à utilização de instrumentos que substituam a Justiça formal (poder judiciário), razão pela qual defende-se o uso da arbitragem e da mediação como instrumentos substitutivos de justiça.

sociedade (a quem a norma se dirige em ultima *ratio*) lhe volta as costas³¹. Assim, reconhecida a maior riqueza do mundo fático em relação ao mundo jurídico, este vazio normativo a respeito destas novas questões, coloca o jurista, desde já, diante de um novo dilema: criar novos conceitos jurídicos que respondam às atuais premissas ou adaptar os conceitos jurídicos preexistentes para as demandas que agora se propõem³².

Essa inquietação do operador do direito foi muito bem retratada por Perez Luño³³, que diz:

“La sociedad tecnológica, que tiene en la informática una de sus más características señas de identidad, plantea al jurista nuevos y complejos problemas. La dificultad de encarar un adecuado enfoque y solución de estas cuestiones se halla, en buena medida, determinada por su propio carácter de experiencias en formación, para las que no siempre son válidas las categorías y conceptos jurídicos heredados del pasado. El jurista se siente más habituado a operar con materiales dados o establecidos (de lege data), que para avanzar en la prospectiva de la lege ferenda”.

³¹No Brasil, dentre outros tantos casos, destaco uma situação contemplada com norma que não reflete o pensamento social: encontra-se em debate no Congresso Nacional a revisão da Lei nº 9.610, implementada em 1998, que tem como objetivo proteger os direitos de autor. Esta norma proíbe a reprodução total e, de maneira bastante confusa, parcial de livros e músicas. De acordo com o seu texto, grosso modo, no momento em que um professor disponibiliza o texto no departamento de fotocópias da escola e pede aos estudantes que tirem uma “xerox”, este educador, os alunos e o dono da lojinha da fotocopadora passam estariam cometendo um ilícito. Já na Espanha, um caso mais recente de legislação que surge aparentemente na contramão da opinião pública parece ser a Ley Sinde (ou Sinde-Wert), assim denominada em homenagem ao segundo sobrenome da sua mentora, a Ministra Ángeles González Sinde. Esta Ley 02/2011, denominada de Ley de Economía Sostenible, recebeu muitas críticas quanto à sua forma de combate à pirataria na internet, que fica a cargo de uma comissão de propriedade intelectual (de acordo com a lei “*la decisión de la Comisión tendrá carácter vinculante y ejecutivo para las partes*”), sem as ordinárias garantias de um processo judicial, pelo que foi bastante criticada por lesiva a direitos fundamentais, em especial a liberdade de expressão. Quanto aos seus efeitos concretos, este caso foge à lógica até então apresentada, de que a lei contrária à opinião pública não pega, uma vez que em junho deste ano (2012), a página da web “bajui.com”, um portal de downloads para estreias de filmes, jogos e aplicativos, foi a primeira a sofrer diretamente as consequências da ação da comissão, que ordenar a retirada dos links dentro de 72 horas. Todavia, independentemente e além deste caso, depois do advento da norma, várias páginas de enlaces que potencialmente poderiam ser vítimas da Ley Sinde foram fechadas e seus domínios na internet não foram renovados. Vide Barnés Vazquez, Javier em matéria de propriedade intelectual (“El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978” em Barnés Vazquez, Javier (Coord.) *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado*, Madrid: Tecnos, 1995).

³²Variadas as manifestações doutrinárias que corroboram esse dilema entre o direito e as novas situações propostas pela sociedade tecnológica de transição. Em comum entre todos os estudiosos do tema, o fato de que o problema não está na ausência de regra expressa que apresente soluções prontas, mas sim no eventual olhar de soslaio que os sistemas jurídicos por vezes tentam dar para estas questões. Nesse sentido, muito ilustrativa, a ponderação de Marín Alonso, Inmaculada (*El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 43) quando diz “*el sistema jurídico no puede ignorar al fenómeno tecnológico, encontrándose obligado en un momento o en otro a reaccionar, bien para combatirlo o bien para conferirle legitimidad en un marco jurídico justificable*”. Em igual sentido, Radé, Christophe in *Nouvelles technologies de l’information et de la communication et nouvelles formes de subordination*, DS n. 1, 2002, p. 26.

³³*Manual de Informática y Derecho*, 1996, Editorial Ariel, S.A, p. 17.

No mundo jurídico, algumas facilidades oriundas do avanço da informática demandam mais cuidadoso tratamento pela doutrina e pelo legislador. O mundo virtual ainda carece de uma análise mais profunda. No campo processual, o peticionamento eletrônico, o acesso *on line* a repositórios jurídicos, a consulta virtual de andamento processual e as certificações virtuais (assinaturas virtuais) vêm se massificando nos ordenamentos jurídicos, em campo ainda marcado por profundas incertezas e insegurança. Em poucas palavras, o melhoramento dos serviços forenses, derivado da implementação das medidas de cunho tecnológico, não vem acompanhado de debate seguro sobre “suas zonas cinzentas”, como soe ocorrer com a juntada virtual de documentos e sua validade, ou problemas concernentes ao decurso de prazos processuais. Em suma, os benefícios vêm sendo auferidos, sem que o seu uso seja antecedido de segura discussão jurídica a respeito de suas consequências.

No âmbito do direito material, por seu turno, o que se vê é uma riqueza de comportamentos jurídicos que tangenciam, quando não violam, com incrível rapidez, cânones do direito à tutela da privacidade³⁴, da liberdade de expressão, da informação e da propriedade (inclusive intelectual). Situação que se agrava quando se adiciona o fato de que os autores das lesões, em muitos casos, estão protegidos pelo anonimato, como soe ocorrer com documentos (ou arquivos em geral) criptografados. Ademais, a tão decantada celeridade, que mostra assim que também possui a sua faceta de “demônio da velocidade técnica”, inviabiliza, em regra, a efetiva utilização das medidas acautelatórias tradicionais como instrumento de defesa contra estes atentados aos direitos da personalidade³⁵. Ou seja, parafraseando H. Jonas³⁶, é seguro afirmar que nem tudo que é tecnicamente possível é obrigatoriamente desejável.

³⁴No Brasil, a insegurança nesta seara é tamanha que, a partir de uma violação ocorrida no computador de uma famosa atriz, através da qual foram veiculadas fotos privadas, houve um movimento que redundou na Lei 12.737, de 30 de novembro de 2012 (conhecida como Lei Carolina Dieckmann), que torna crime a invasão de “*dispositivo informático alheio, conectado ou não a rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo, instalar vulnerabilidades ou obter vantagem ilícita.*”

³⁵É o que ocorre, por exemplo, quando as lesões são perpetradas através de vídeos lançados no *youtube* ou outras páginas similares ou, ainda, na venda de livros virtuais, informações postadas em blogs e outras páginas pessoais, em face das quais o acesso é imediato. A esse respeito, valorosas são as lições do professor Claude-Albert Colliard quando adverte que as vertiginosas mutações tecnológicas não são necessariamente positivas, pois há ocasiões em que o progresso atua contra a liberdade (Colliard, Claude-Albert. *Libertés Publiques*, Dalloz, 1972, p. 309)

³⁶*Une étique pour la civilisation technologique*, Édition Du Cerf, 1990.

Na esfera das relações econômico-laborais, a situação não é diferente. Ao contrário, o âmbito do trabalho é aquele que talvez mais diretamente sofra as consequências da denominada revolução tecnológica.

É fato que constitui característica humana certa tendência ao imobilismo pragmático. Uma acomodação às estruturas preexistentes e conhecidas. No âmbito do trabalho, esta marca se manifesta em ambos os polos da relação, sendo justificável que o trabalhador se sinta mais confortável em realizar a atividade laboral de uma maneira que domine a técnica e ao empregador parece bastante natural o conforto que tinha diante do modelo de *“gran organización, que se encuentra capacitada para producir grandes volúmenes de productos estandarizados a bajo precio, con numerosos empleados fijos”*³⁷.

Assim, é certo que a alteração que se dá no modelo de produção não tem móvel no interesse unilateral de nenhum dos atores sociais³⁸, em qualquer das partes da avença. O que leva o empregador a aderir aos meios tecnológicos de produção é a necessidade de competição em mercado globalizado³⁹, que exige respostas mais precisas e principalmente mais rápidas que os meios tecnológicos são capazes de prover. Sai o sistema estandardizado e entra um novo modelo que se apoia em uma produção diversificada, tendo o princípio da eficiência econômica como parâmetro garantidor da necessária internacionalização da produção e busca de outros mercados

³⁷ Ramón Jauregui, Atondo. “El futuro del empleo. El trabajo en el futuro”. *Arazandi Social*, 2001, p. 351-369, *apud* Kahale Carrilo, Djamil Tony. “Las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: avance o retroceso?” - *Revista de Derecho*, julio, n. 025, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia, pp. 289-307, 2006.

³⁸ Admitida por alguns como decorrência natural de certos marcos históricos e econômicos, a globalização é bastante criticada por um grupo de pensadores, a exemplo de Pierre Bordieu, segundo o qual *“a globalização econômica não é um efeito mecânico das leis da técnica ou da economia, mas o produto de uma política implementada por um conjunto de agentes e de instituições e o resultado da aplicação de regras deliberadamente criadas para fins específicos, a saber, a liberação do comércio, isto é a eliminação de todas as regulações nacionais que freiam as empresas e seus investimentos (contrafogos 2, p. 101).”*

³⁹ Em relação aos marcos teóricos da globalização, temos que a cosmovisão neoliberal, expressada no pensamento de economistas como Von Hayek consagram a premissa de uma “ordem espontânea”, na qual haveria uma superioridade das leis de mercado em relação ao planejamento humano. Em outras palavras, ele defende que a intervenção do Estado oprimiria a liberdade individual. Assim, na sua visão, que retrata o pensamento do consenso de Washington, direitos fundamentais são *“direitos que simplesmente pretendem proteger a liberdade individual.”* Uma das críticas principais a este pensamento está no fato de que a exclusão, no contexto do neoliberalismo globalizado, seria ainda mais cruel do que o Estado liberal, pois naquele as forças produtivas necessitavam de mão de obra para produção da mais valia. Hoje, com os avanços da automação, o trabalhador desqualificado não tem mais nenhuma utilidade para o capital, e torna-se simplesmente descartável. Há uma completa libertação dos agentes econômicos transnacionais de amarras do direito interno de cada país. Algo que é maximizado pela substituição do modelo fordista (pátio da fábrica) pelo modelo toyotista (produção dispersa em vários países – aproveita vantagens de cada legislação – fala-se em fim da sociedade do trabalho), que viabiliza uma maior mobilidade e volatilidade do capital, tornando os Estados reféns dos interesses do capital internacional.

consumidores. São imperiosas adaptações na organização do trabalho em favor de maior flexibilidade. Advém, neste contexto, a necessidade de renovação infinita de infraestrutura e programas, mudança dos costumes trabalhistas e descentralização produtiva (*outsourcing*) como premissa necessária para preservação da competição no mercado de trabalho, e que deságua, esta última, nos sempre questionados processos de terceirização (e às vezes quarteirização) de parcela da atividade produtiva.

Como contraponto, o trabalhador se vê diante de novos instrumentos de trabalho, com os quais deverá se familiarizar de forma rápida, sob pena de perda de seu posto de trabalho. Este, cada vez mais independente e sem correlação com as atividades desempenhadas por outros núcleos, acaba por construir, então, um processo de maior isolamento no trabalho, com verdadeira mitigação da relação inter humana. Desse processo advém, então, novas formas de fadiga física e tensões psíquicas. De outro lado, o trabalhador passa a conviver com a frequente extinção de alguns postos de trabalho e criação de novos (processo que a doutrina denomina de reconversão de empregos⁴⁰), que passam a ter como imperativo a especialização técnica e a formação contínua. Como a preparação do trabalhador não se dá na mesma velocidade da demanda empresarial, cria-se um quadro imediato de altas taxas de desemprego e, ao mesmo tempo, uma espécie de vácuo em determinadas atividades especializadas, com necessidades prementes de ocupação de postos de trabalho⁴¹.

Assim, essa relação de trabalho, cambiante, dinâmica e viva tem demandado uma alteração nas relações laborais e, por consequência, no perfil do próprio trabalhador. Como sintetiza Kahale Carrilo⁴², as empresas atualmente buscam *“trabajadores flexibles, dispuestos a realizar cualquier trabajo, según una movilidad geográfica o funcional, a cumplir una jornada adaptada a los requerimientos de la*

⁴⁰ Muitas vezes associado a termos como reciclagem ou retreinamento ou requalificação, a reconversão de empregos ou reconversão profissional, consiste em um processo estratégico e negocial de enfrentamento das mudanças tecnológicas e organizacionais e seus impactos sobre o trabalho, que considera e gerencia as inúmeras necessidades de capacitação profissional do trabalhador e as necessidades técnicas da empresa (Achcar, Inês & Pieroni Rodrigues, José Luiz. “Reconversão profissional: conceitos e propostas”. *Em Aberto*, Brasília, ano 15, n. 65, jan/mar 1995, in <http://emaberto.inep.gov.br/index.php/emaberto/article/viewFile/983/887>, visitado em 30 de abril de 2012)

⁴¹ Segundo a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), as relações entre tecnologia e emprego são bastante complexas. Se por um lado, os processos tecnológicos são geradores de emprego, incremento de salários e de produtividade, por outro, as alterações técnicas súbitas provocam como efeito indesejado o desemprego e, muitas vezes, a exclusão de um número significativo de trabalhadores não qualificados de determinado setor ou sem a qualificação própria para os novos sistemas informáticos e de telecomunicações.

⁴² “Las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: avance o retroceso?” *Revista de Derecho*, julio, n. 025, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia, pp. 289/307, 2006.

empresa y que regulen sus condiciones laborales, preferentemente mediante el contrato individual de trabajo.”

E, nesse contexto em que as tecnologias informáticas geram, por via indireta, uma ampliação das diversas prerrogativas empresariais de direção, alterando, desde o perfil de escolha do trabalhador, passando por um novo implemento de faculdades de vigilância e controle contratuais e algumas vezes pós contratuais, os direitos da pessoa do trabalhador se remoçam, adquirindo renovada atualidade, constituindo, talvez, o campo mais rico, vivo e porque não incerto das modernas relações laborais⁴³.

2. Os direitos fundamentais trabalhistas no contexto da revolução tecnológica

Como afirmou Hanna Arendt, em célebre passagem sempre citada, “*os direitos humanos não são um dado, mas um construído*”⁴⁴. Em outras palavras, os direitos fundamentais não constituem entidades etéreas, metafísicas que sobrepairam o mundo real. Pelo contrário, são realidades históricas⁴⁵, que resultam de lutas e batalhas travadas no tempo, em prol da afirmação da dignidade humana. Assim, não causa surpresa a afirmação de que o advento das novas tecnologias e sua imperiosa adaptação a um novo modelo de produção, implicou a necessidade de uma maior flexibilização na dinâmica do trabalho. Essa maleabilidade que se exige no modelo de produção, como não poderia deixar de ser, encontrará reflexos na relação de trabalho, atingindo, por consequência, os direitos fundamentais trabalhistas.

⁴³ Merecedoras de destaque são as ponderações de Falguera Baró, Miguel Angel (“Trabajadores, empresas y nuevas tecnologías”. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Ejemplar dedicado a Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías – Carlos Gómez Martínez (dir), Madrid: Editorial Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 189) que derredor da eterna mutação do Direito do Trabalho expressa sua inquietude nos seguintes termos: “*Las nuevas tecnologías están trastocando el sistema de relaciones laborales y, por tanto, el propio Derecho del Trabajo. No es novedoso constatar que el iuslaboralismo, desde sus orígenes, se ve incapaz de conseguir una estabilidad doctrinal – por obvios atavismos de relación directa con los cambios en la empresa que son, por definición, continuos – y ha convertido en pauta general aquello que el maestro ROMAGNOLI ha calificado como sus ‘microdiscontinuidades’; el cambio constante ha pasado a ser una característica de nuestra disciplina.*”

⁴⁴ Arendt, Hannah. *As Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, *apud* Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um Estudo Comparativo dos Sistemas Regionais Europeu, Interamericano e Africano*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 8.

⁴⁵ Bobbio, Norberto. *A Era dos Direitos*, Ed. Campus, p. 05.

A doutrina classifica os direitos sociais exercidos pelos trabalhadores em direitos típicos ou atípicos, ou na terminologia de Palomeque López, direitos fundamentais trabalhistas específicos e inespecíficos⁴⁶.

Segundo o autor⁴⁷, “*los derechos laborales específicos son aquéllos que únicamente se ejercen en el ámbito de las relaciones laborales, siendo sus titulares «los trabajadores asalariados o los empresarios (o sus representantes) en tanto que sujetos de una relación laboral (paradigmáticamente, derecho de huelga, derecho al salario, derecho de negociación colectiva, etc.)»*”.

E são direitos inespecíficos, por seu turno, aqueles direitos “*atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercitados en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer.*” É inquestionável que os direitos da personalidade (e todos os demais) de forma alguma deixam de acompanhar o trabalhador sem motivo e de modo automático pelo simples transpassar dos muros da empresa, de modo que possa ser considerado a partir de seu ingresso na organização produtiva como mero ser de trabalho. A sua condição de trabalhador, pois, não possui qualquer incompatibilidade com seu status de cidadão.

Ora, a influência da tecnologia no trabalho termina por gerar uma nova inteligência de alguns dos direitos trabalhistas típicos, como soe ocorrer com a jornada de trabalho, diretamente relacionada à noção de vida e saúde do trabalhador e que agrega particularidades a partir do instante em que as fronteiras físicas da empresa não são mais necessariamente as fronteiras do trabalho. Este passa a ser realizado em domicílio, por via eletrônica, e por outros meios que desarticulam a estética de grande empresa antes engendrada⁴⁸. Por outro lado, a variação das necessidades desse novo

⁴⁶ O professor catedrático da Universidad de Sevilla, Ojeda Avilés, fala em “*bloque de constitucionalidad personal en la empresa*” para tratar de direitos fundamentais inespecíficos”, in “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”, *Revista de Derecho Social*, julio-septiembre, n. 35.

⁴⁷ Palomeque López, Manuel-Carlos, *Los derechos laborales en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 31.

⁴⁸ Um bom exemplo de atividade laboral que simboliza esta nova estética é o teletrabalho. Este, na Espanha, terminou por ser tardio em relação a boa parte da Europa, começando no início dos anos 90. Para fins estatísticos, relata-se em artigo publicado sobre teletrabalho (Teletrabalho: um empecilho à ascensão profissional?), em 19-09-2007, que, de acordo com um levantamento feito periodicamente pelo portal de empregos Monster, 35% dos 8.000 europeus consultados trabalham em casa, um percentual que entre os entrevistados na Espanha cai para 26%. De acordo com esse mesmo levantamento, a Espanha continua entre os países europeus com menos teletrabalhadores, ainda que seu percentual tenha aumentado muito nos últimos dez anos, superando apenas os italianos, com 19%, e os franceses, com 20% (informação colhida em Souza, Anadélia Viana. Teletrabalho e suas implicações no direito

mercado consumidor, demanda do empresário frequentes câmbios no objeto do empreendimento, exigindo do trabalhador uma maior capacidade de adaptação a novas demandas e condições de trabalho. A seu turno, os contratos de duração indeterminada de trabalho, que antes eram a regra, vêm se tornando cada vez mais raros diante da sazonalidade das demandas exigidas. Também o sindicato, e o chamado direito coletivo do trabalho passam por um processo de reengenharia diante da dificuldade que as entidades sindicais têm de estabelecer o liame comum entre obreiros de uma mesma categoria que desempenham seus trabalhos em condições tão heterogêneas e que não se sentem minimamente ligados entre si. Essa fragmentação de interesses, que, para muitos, tem como resultado um novo reforço da individualização das relações de trabalho e no contrato individual⁴⁹, tem causado enormes dificuldades para negociação coletiva de condições de trabalho, resvalando, muitas vezes, em normas cada vez mais pejorativas em relação aos direitos dos trabalhadores ou numa padronização de comportamentos absolutamente dissociada da realidade do trabalho e das perspectivas do trabalhador⁵⁰.

Se esse é o quadro entre os chamados direitos trabalhistas específicos, imperativo registrar que o alcance desta verdadeira revolução da informação e da tecnologia também alcança os direitos do cidadão, que não tenham sua origem na relação de trabalho, mas que precisam ser exercidos no ambiente laboral. E aqui se deve ter em conta o agravante de que neste contexto de labor tecnológico e cada vez mais dependente de informação, diante da volatilidade do capital, sempre em busca de quem lhe ofereça as melhores condições, temos presenciado verdadeiros fluxos migratórios de trabalhadores, em que culturas muito diversas se vêm obrigadas a conviver em países que lhe são estranhos e, portanto, a organizar conjuntamente a vida social.

Essa difícil convivência e/ou coexistência em um mesmo espaço social de pessoas que se identificam com culturas diversas, tem ensejado processos

trabalhista brasileiro. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 76, 01/05/2010 [Internet]. in http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7403. Acesso em 31/01/2012.) Já no Brasil, com percentuais ainda bem mais modestos, o número de profissionais remotos já chega a mais de 10 milhões, quando em 2001 não passavam de 500 mil (cálculos da Sociedade Brasileira de Teletrabalho (SOBRATT) estimam em 10,6 milhões o número de teletrabalhadores no Brasil, conforme informação colhida na página na internet do Ministério do Trabalho e Emprego, <http://blog.mte.gov.br/?tag=teletrabalho>, visitado em 31.01.2012).

⁴⁹ Entre outros estudos, o tema é destacado em Gutiérrez Pérez, Miguel. *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*. Ediciones Laborum, Murcia, 2011.

⁵⁰ Fala-se em um processo de colonização dos comportamentos do trabalhador, que ficaria obrigado a interiorizar regras de comportamento definidas na norma coletiva, impedindo um agir individual (Gutiérrez Pérez, Miguel, “*Ciudadanía en la empresa...*”, op. cit).

complexos de interação social, cujo denominador comum é a relação analógica e dialógica entre as diversas tradições culturais. Esta feição multicultural das relações de trabalho também tem ajudado a fazer voltar à ordem do dia os direitos fundamentais inespecíficos e, com isso, a ideia de cidadania no interior da empresa, na medida em que estes são vistos como instrumentos idôneos para a proteção dessas diferenças culturais, ideológicas, religiosas etc., que apresentam os trabalhadores no interior da empresa.

Acrescente-se, igualmente, que a virtualidade das fronteiras da empresa, que termina por flexibilizar ditames antes concebidos como axiomas na relação de trabalho, gera adaptações que conduzem a um novo modelo de direção da empresa, atingindo nesse enfoque não só os direitos fundamentais do trabalhador, mas também os do empregador, em especial a chamada liberdade de empresa⁵¹ (art. 38 CE), que no Brasil resulta da comunhão dos direitos à livre iniciativa e propriedade.

Os mecanismos de controle, a partir dessa maior flexibilidade em face da qual é exercido o trabalho, também necessitam ser reinventados. E terminam por ser, muitas vezes, bem mais invasivos na esfera íntima do trabalhador. A fiscalização da produção, na medida em que o trabalho ganha em complexidade e heterogeneidade, necessita rever seus métodos, passando a se valer o empregador de vídeos, revistas íntimas de trabalhadores, verificação das páginas acessadas na internet nos postos de trabalho, como forma de traçar um perfil do empregado. Até o correio eletrônico dos obreiros se transforma em um novo objeto de investigação, seja sob o fundamento de garantia de produtividade e da qualidade do trabalho prestado, seja em respeito à propriedade intelectual e garantia do invento pelas empresas, resvalando, por seu turno, nos consagrados direitos à imagem, à intimidade, ao segredo das comunicações, entre outros, todos universalmente positivados em textos constitucionais e com status de direitos fundamentais.

Nessa direção não resta dúvida que a aplicação das inovações tecnológicas no seio da empresa constitui meio poderoso e bastante efetivo de vigilância, memorização e análise de novos dados antes desconhecidos e reconhecidos como desnecessários, o que exige, para esse fim, intromissão em esferas do cidadão trabalhador que até então se imaginava preservadas do poder diretivo e consequente controle efetuado pelo empregador.

⁵¹ Por via transversa, em muitos casos, também o direito à propriedade é atingido por essas flexibilizações e mutações na gestão do negócio.

Diante deste novo quadro, de mais frequente intromissão da empresa em esferas antes intangíveis do trabalhador, diversas posições foram e continuam sendo adotadas na doutrina, algumas extremamente apaixonadas, ora defensoras da tutela absoluta de interesses dos obreiros, ora em sentido marcadamente oposto. Sobre as posições extremadas a respeito de direitos fundamentais, lúcidas as palavras críticas ofertadas pelo professor Ferreira Cunha⁵², segundo o qual:

“Os maximalistas não levam a sério os direitos fundamentais, porque ao pretenderem que a tudo se apliquem, ao tudo com eles prometerem, afinal os banalizam e os tornam irremediavelmente inoperantes. A má moeda expulsa a boa, e os inexistentes e quiméricos direitos fundamentais acabam por minar a credibilidade dos direitos fundamentais efectivos e praticáveis⁵³. De modo simétrico, os minimalistas não levam a sério os direitos fundamentais porque, de tanto criticarem a real impraticabilidade ou utopia de certos direitos, acabam por contaminar de invencível cepticismo todos os direitos. Incapazes de aceitar senão uma malha muito tênue de protecção, não vêem que é preciso renovar as defesas, sob pena de a translúcida teia tudo deixar passar...”

É certo que, em um plano geral, não há como negar que o nexos laboral gera um conjunto de obrigações recíprocas suscetíveis de condicionar alguns direitos fundamentais, ou usando a expressão do Tribunal Constitucional Espanhol, matizar os direitos. Por outro lado, o liame empregatício não chega sequer próximo de romper o esquema de proteção aos direitos fundamentais, sob pena de se converter a defesa desses elementos fundamentais em uma utopia completamente distante da realidade. Em palavras mais simples e diretas, nem os direitos fundamentais admitem um caráter ilimitado⁵⁴, nem tampouco a celebração do contrato pode servir para impor suas exigências sempre e em todo caso.

Nesse sentido, o estudo que se segue sobre a viabilidade de controle pelo empregador do correio eletrônico utilizado pelo empregado no transcurso da relação laboral, seja através de provedor da empresa, seja através de provedor particular,

⁵² Ferreira Cunha, Paulo. *Direito Constitucional. Direitos Humanos e Fundamentais*, Editorial Verbo, 2000, Lisboa, p. 44, *apud* Freire Junior, Américo Bedê in “Restrição a direitos fundamentais: a questão da interceptação de e-mail e a reserva da jurisdição”, *Revista Panóptica*, ano 1, n. 8, maio-junho de 2007.

⁵³ Semelhante a construção de Martín Morales, ao pontuar que “*el garantismo, llevado a los extremos, confunde lo justo con lo injusto y provoca una reacción social que termina erosionando el propio derecho que se pretende proteger*” in “*El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*”, ed. Civitas, Madrid, 1995.

⁵⁴ Não é diverso o entendimento do próprio Tribunal Constitucional que na STC 098/2000, citando as SSTC 57/1984 e 143/1994, expressamente consignou que todo direito fundamental “*puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho*”.

utilizando terminais da empresa, consiste em um mosaico que, em última instância, reconhece a existência na hipótese de estudo de uma colisão dos direitos à liberdade de empresa em Espanha (art. 38 da Constituição espanhola), ou livre iniciativa e direito de propriedade no Brasil (art. 1º, IV, art. 5º, XXII, 170, caput e inciso II da Constituição brasileira), traduzidos no poder diretivo do empregador e nas múltiplas faculdades de controle, viáveis no curso da atividade laboral, em especial a partir do incremento tecnológico, em face do direito dos trabalhadores ao sigilo de suas comunicações (Espanha) ou sigilo de correspondência (Brasil), previstos respectivamente nos arts. 18, apartado 3º, da Constituição Espanhola e 5º, XII da Constituição Brasileira.

Assim, nessa exata medida, rejeitando as posições radicais e voluntaristas, a tarefa que se impõe é a de analisar, sob um prisma essencialmente constitucional, as nuances e os limites ao exercício dos direitos fundamentais em comento. Para tanto, necessárias algumas digressões prejudiciais sobre a aplicação destes no âmbito das relações entre particulares, em especial nas relações de trabalho, dando ênfase à doutrina formulada sobre o *Drittwirkung* no Tribunal Constitucional Espanhol e no Supremo Tribunal Federal Brasileiro. Em seguida, serão detalhados os interesses constitucionalmente relevantes, que são conflitantes, para estabelecer, ao final, diante das circunstâncias fáticas postas, qual delas deve prevalecer.

Mas, antes, imperativo se faz detalhar o instrumental “correio eletrônico”, naquilo que, enquanto informação essencial, seja útil ao desenvolvimento deste trabalho.

3. Noções sobre a origem do e-mail e sua importância enquanto instrumento de trabalho

A despeito de o correio eletrônico desfrutar de uma imagem ligada à modernidade, este já cumpriu mais de 40 anos. A origem mais remota do e-mail é anterior à internet. O primeiro sistema de intercâmbio de mensagens entre computadores teria ocorrido em 1965⁵⁵ e possibilitava a comunicação entre os usuários de um computador do tipo Mainframe.

⁵⁵ No início da década de 1960, surgiram alguns sistemas de troca de mensagens entre terminais de um mesmo computador, em tempo registrado (1961) e em tempo real (1965), mas o primeiro e-mail em rede (entre dois computadores) foi transmitido e enviada no dia 29 de Outubro de 1969. O texto dessa primeira mensagem continha apenas duas letras e um ponto: “LO.” Na verdade, o investigador da Universidade da Califórnia em Los Angeles (UCLA), Leonard Kleinrock, queria escrever “LOGIN”, mas o sistema caiu no meio da transmissão. A mensagem seguiu do computador do laboratório de Kleinrock na UCLA para o de Douglas Engelbart no Stanford Research Institute, utilizando como suporte a recém-

Porém, a grande evolução do e-mail⁵⁶, na forma como hoje o concebemos ocorreu em 1971. O responsável por essa transformação foi Ray Tomlison, engenheiro de BBN Technologies, o primeiro a utilizar o sinal @, que em inglês pode significar *at* (em tal lugar), visto que o signo teria pouco uso e não se confundiria com outras instruções. Grande parte do reconhecimento obtido por Tomlison deriva do fato de que este realizou um programa com apenas 200 linhas de código, aperfeiçoando o que existia até então. Naquela época se utilizou a rede ARPA net (*Advanced Research Projects Agency*⁵⁷), a antecessora da internet. Assim, teve início um dos mais importantes, rápidos e econômicos meios de comunicação, hoje utilizado por milhões⁵⁸ de pessoas em todo o mundo para envio e recebimento de mensagens.

Desde então, o *e-mail* (*electronic mail*) pode ser concebido como um mecanismo disposto por meio eletrônico que tem como finalidade principal a transmissão de conteúdo à distância. A Directiva 2002/58/CE⁵⁹ o define como “*todo mensaje de texto, voz, sonido o imagen enviado a través de una red o en el equipo terminal del receptor hasta que este acceda al mismo*” (art. 2.h). Na verdade, constitui um sistema mediante o qual podemos compor, enviar e receber mensagens através de sistemas eletrônicos de comunicação. Por intermédio de uma caixa de correio de uma

criada rede da ARPA (*Advanced Research Projects Agency*), agência financiada pelo governo norte-americano Dois anos depois, em 1971, Ray Tomlinson inventou os primeiros programas para envio de e-mails em rede através da ARPAnet e criou a arroba (@) para separar o login do usuário do domínio do servidor.

⁵⁶ Villahermosa Iglesias, Alfonso. “Privacidad laboral”. *Revista de Derecho Informático*. Editora Alfa – redi.n. 047, junio/2002.

⁵⁷ A Agência Avançada de Desenvolvimento de Projetos (ARPA net) foi criada originariamente para fins militares pela Agência de Projetos de Pesquisa Avançada do Departamento de Defesa dos Estados Unidos. Seu objetivo inicial era viabilizar a criação de um sistema de comunicação instantânea e imune a um ataque nuclear, uma vez que se tratava de uma rede eletrônica de transmissão de dados e informações entre computadores que, conforme proposta de seus criadores, não poderia ser controlada por um único centro, e sim por milhares de outras redes com conexões distintas, o que impossibilitaria um ataque preciso por parte de um inimigo versátil e hostil, representado na época pela URSS.

⁵⁸ Estudos realizados nos Estados Unidos revelam cifras surpreendentes. Assim, Morris, F. C. em “*E-mail communications: the next employment law nightmare*”, HR Advisor, July-August, 1995, p. 15, indica que naquele ano mais de 20 milhões de americanos usavam o e-mail e que de acordo com projeções este número chegaria a 40 milhões no ano 2000. Neste mesmo estudo consta que 90% das empresas com mais de mil trabalhadores utilizam o correio eletrônico. Se esses dados técnicos do final do século XX já dão uma dimensão de grande uso do correio eletrônico, fontes não oficiais indicam em quadro comparativo entre os anos de 2009 e 2010, referente à comunicação por correio eletrônico, que o quantitativo de e-mails enviados em 2009 foi de 90 trilhões, enquanto que em 2010 ultrapassam 107 trilhões. Assim, a média de e-mails enviados por dia subiu de 247 bilhões em 2009 para a assustadora cifra de 294 bilhões em 2010. Por outro lado, teria havido um acréscimo de 480 milhões de pessoas catalogadas como usuárias de e-mail. Em 2009 eram 1.4 bilhão, enquanto em 2010 este número subiu para 1,88 bilhão. Outro dado bastante valioso é que 25% das contas de e-mails existentes são de uso corporativo – empresas, pelo que fica evidenciado o interesse comercial nesta forma de comunicação (Fonte: www.pingdom.com, acessado em 02.04.2011).

⁵⁹ A Directiva 2002/58/CE teve sua redação originária alterada pela Directiva 2006/24/CE, de 15 de março de 2006 e pela Directiva 2009/136/CE, de 25 de novembro de 2009.

pessoa a correspondência eletrônica vai até a caixa de correio de outra permitindo a emissão e recepção de mensagens. É um meio utilizado para enviar correspondências elaboradas em um computador a outro através da rede, um similar ao correio postal com papel, pelo qual as pessoas podem enviar mensagens a um receptor, ou a vários receptores simultaneamente, permitindo, enquanto sistema telemático, o envio de documentos e outros arquivos, a exemplo de vídeos e gráficos⁶⁰.

A transmissão e recepção de um correio eletrônico necessitam de uma direção eletrônica IP e de um software adequado para levar a cabo tais atividades. Este, em regra, é um gestor de e-mail (ou mailer), a exemplo do Eudora, Outlook, Pegasus, Claris E-mailer, entre outros, sendo possível, no caso dos e-mails corporativos, que o gestor seja da própria empresa.

A distribuição do correio eletrônico se baseia no protocolo TCP/IP⁶¹, dividindo-se a mensagem em vários corpos que viajam por distintos canais até o seu destino. A mensagem deve partir de uma conta de correio e chegar a outra através da identificação da direção da conta do destinatário. Quando o receptor abre sua caixa de correio eletrônico recebe uma lista de mensagens que tenham chegado ao seu endereço eletrônico até aquele momento.

Chegando à caixa de correio do destinatário, a mensagem se situará em uma lista, na qual aparecem os dados externos que acompanham a mensagem, como a origem de onde procede a mensagem, o assunto, a data e hora do envio. Há casos em que o nome da pessoa física que envia a mensagem também aparece. O usuário abre o seu correio através de uma senha pessoal. Uma vez aceso à caixa de mensagem, lhe é oferecida uma lista das mensagens que recebeu em sua conta.

⁶⁰ A esse respeito, recomenda-se a leitura de Lobato de Paiva, Mário Antônio em “*O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho*”, visitado em 25.11.2008, no site, www.advogado.adv.br.

⁶¹ O TCP/IP, conhecido como protocolo para a internet, é, na verdade, um conjunto de protocolos de comunicação entre computadores em rede (também chamado de pilha de protocolos TCP/IP). Seu nome vem de dois protocolos: o TCP (Transmission Control Protocol - Protocolo de Controle de Transmissão) e o IP (Internet Protocol - Protocolo de Interconexão). O conjunto de protocolos pode ser visto como um modelo de camadas, onde cada camada é responsável por um grupo de tarefas, fornecendo um conjunto de serviços bem definidos para o protocolo da camada superior. As camadas mais altas estão logicamente mais perto do usuário (chamada camada de aplicação) e lidam com dados mais abstratos, confiando em protocolos de camadas mais baixas para tarefas de menor nível de abstração. A camada de aplicação é a camada que a maioria dos programas de rede usa de forma a se comunicar através de uma rede com outros programas. Processos que rodam nessa camada são específicos da aplicação; o dado é passado do programa de rede, no formato usado internamente por essa aplicação, e é codificado dentro do padrão de um protocolo. Alguns programas específicos são levados em conta nessa camada. Eles provêm serviços que suportam diretamente aplicações do usuário. Esses programas e seus correspondentes protocolos incluem o HTTP (navegação em *World Wide Web*), FTP (transporte de arquivos), SMTP (envio de e-mail), SSH (*login* remoto seguro), DNS (pesquisas nome IP) e muitos outros. Como visto, o SMTP (Simple Mail Transfer Protocol) é o protocolo padrão para envio de e-mails através da Internet.

Para ter acesso ao conteúdo da mensagem e aos seus anexos (textos outros, vídeos, imagens), o receptor necessita abri-la. Uma vez aberta, nesta constará um corpo de mensagem e um cabeçalho no qual são detalhados os dados externos da comunicação (endereço eletrônico de quem envia, direção enviada, data e hora da comunicação, o título (*subject*) e, por vezes, os nomes das pessoas remetente e receptor da mensagem).

Enquanto instrumento de comunicação, o *e-mail* pode ser identificado pelas seguintes características:

- 1- Assíncrono⁶² (não necessita sincronia de envio e recepção);
- 2- Ubíquo (permite seu acesso em diferentes lugares);
- 3- Digital (utiliza informação digitalizada);
- 4- Informático (tem estreita relação com as tecnologias de informação).
- 5- Pode ser endereçado para múltiplos receptores (este aspecto indica que, sem depender do tempo ou do espaço, as pessoas podem delegar trabalhos, formar novos grupos, encaminhar contribuições ou até mesmo tomar decisões coletivas).
- 6- Possui memória externa⁶³ (permite que o conteúdo das mensagens eletrônicas seja armazenado e posteriormente reenviado)

Suas principais vantagens são:

- 1- Rapidez;
- 2- Confiabilidade na recepção e envio de mensagens;
- 3- Facilidade de arquivo, reenvio e integração;

⁶² *Assincronia* decorre do fato de os caracteres transmitidos serem enviados sem relógio de sincronismo entre o transmissor e o receptor, de modo que cada caracter é uma unidade autônoma com seu próprio *bit* de parada e de início, utilizados para sincronizar o relógio interno do receptor, ou seja, os emissores e os receptores não precisam estar presentes ao mesmo tempo em um determinado canal de comunicação e ambos podem enviar e receber suas mensagens conforme acharem mais conveniente. Informação colhida em Gonçalves, Júlio César. “*O gerenciamento da informação e sua segurança contra ataques de vírus de computador recebidos por meio de correio eletrônico*”, Taubaté, 2002. Dissertação de Mestrado em Administração - Departamento de Economia, Contabilidade, Administração e Secretariado, Universidade de Taubaté..

⁶³ Esta característica técnica, como aduz Gonçalves (“*O gerenciamento...*”, op. cit, p. 141), é importante para a memória social. Por exemplo, os participantes de um grupo eletrônico podem armazenar todas as suas interações ocorridas durante meses ou anos e esta memória produzida é processável por computador e pode ser convenientemente organizada, editada, pesquisada e compartilhada com outras pessoas. Este atributo aumenta a força da memória social por permitir análises de tendências, pontos de consenso, padrões de participação e outras questões do gênero.

4- Baixo custo.

Apresenta, ademais, enquanto veículo de comunicação, uma nota distintiva em relação ao correio postal ensejadora de enorme ganho econômico quando de sua aplicação nas relações comerciais⁶⁴. Enquanto a correspondência postal usualmente é enviada para um destinatário, viabilizando uma titularidade de duas pessoas quanto ao direito ao segredo das comunicações, na comunicação eletrônica os titulares do direito são pelo menos dois, podendo, entretanto, sem gastos adicionais, a mesma comunicação ser repassada para uma infinidade de pessoas a partir da simples inserção do seu endereço eletrônico entre os destinatários da comunicação⁶⁵.

É fato que depois que o e-mail começou a ser utilizado nas relações comerciais, a velocidade da comunicação e o padrão de autoria dos trabalhos mudaram. Os documentos, no âmbito empresarial/comercial passaram a ser apresentados por coautores com uma visão comum, independentemente de suas localizações. E a capacidade e a velocidade de envio da comunicação e da resposta à comunicação aumentaram exponencialmente. E neste caso, as novas dimensões dos fatores tempo e espaço atuam em prol da maximização dos resultados desejados pelas empresas.

3.1. Espécies de correio eletrônico conforme a titularidade do endereço eletrônico. O e-mail particular e o corporativo

O correio eletrônico, conforme a titularidade do endereço eletrônico, pode ser particular ou corporativo. Na conta de correio particular é a pessoa física que contrata os serviços de um provedor de acesso, com o objetivo de obter um endereço eletrônico pessoal. Nesse caso, o titular da conta, pessoa física, será o responsável por escolher o nome do endereço eletrônico (*login*) e a senha de acesso. Caberão, neste

⁶⁴ A despeito do enorme volume de e-mails, que hoje dominam as comunicações comerciais, segundo a União Postal Universal, a correspondência postal ainda não parece estar com os dias contados. Em 2000, o número de mensagens atingiu seu pico: 436 bilhões. Mais três anos depois, o volume caiu para 420 bilhões. Mas a queda se estabilizou e, nos últimos anos, o setor se expandiu. Em 2008, eram 433 bilhões de cartas e pacotes enviados, quase chegando ao número recorde de 2000. No mundo, são 1,2 bilhões de cartas mandadas por dia. Por ano, os campeões são os americanos, com 199 bilhões de cartas. O Japão vem em distante segundo lugar, com 25 bilhões, e a Alemanha com 21 bilhões (fonte: <http://www.gazetadopovo.com.br>, visitado em 06/04/2011).

⁶⁵ Além de poder endereçar uma mensagem para várias pessoas, o emissor pode enviar cópias dessas mensagens, valendo-se do espaço chamado “Cc” (é a sigla para *Carbon Copy*). O endereço eletrônico que estiver nesta linha, receberá uma cópia da mensagem apenas para sua informação. Pode, ainda, a mensagem ser enviada em cópia para terceiros, sem notificar o(s) outro(s) receptor(es) da mensagem, bastando que se valha do espaço denominado “Bcc”, que seria o receptor de cópia “cega” (*Bcc é a sigla para Blind Carbon Copy*).

caso, ao titular todos os eventuais custos da prestação de serviço de provimento de acesso e conexão. Utiliza-se o particular de uma caixa postal eletrônica simbolizada por um endereço eletrônico com nomenclatura similar ao tipo nomeescolhido@nomedoseuprovedorparticular.com, havendo a possibilidade de ser incluído a esse endereço o país de origem (No Brasil, .br; na Espanha, .es; no Reino Unido, .uk; e assim sucessivamente). Nessa linha, são e-mails particulares os endereços eletrônicos @ig, @yahoo, @terra, @hotmail, @bol, @gmail, dentre outros provedores que o particular pode contratar para gerenciar suas contas de e-mail.

Por seu turno, o e-mail corporativo tem na pessoa jurídica a titularidade do nome domínio, criando, a partir daí, os endereços eletrônicos sob sua denominação social (nomedeescolha@us.es, nomedeescolha@mpt.gov.br etc.). Algumas empresas, no caso dos e-mails corporativos optam pela utilização de uma conta de nome genérico de um departamento ou seção (direitoconstitucional@us.es) ou ainda um correio criado a partir do nome do cargo ou função desempenhados na empresa (coordenadoradministrativo@engenhariacivil.com). Essa diferença de postura, como será visto adiante, enseja distintas nuances quanto ao direito ao segredo nas comunicações.

Em outros casos, os correios eletrônicos simplesmente deixaram de ser meros meios para a execução de outras atividades, simples ferramentas de trabalho, para se converterem no verdadeiro mecanismo através do qual se oferecem os serviços e produtos no mercado, como soe ocorrer com as empresas de telemarketing, agências bancárias *on line* e outras tantas atividades que são hoje realizadas no plano exclusivamente virtual através de serviços de correios eletrônicos. Neste caso, para muitos, verifica-se que, além das motivações usuais, voltadas para controle, fiscalização e até para os fins comerciais do empreendimento, aqui a análise do conteúdo das mensagens enviadas e recebidas é a principal, senão a única, forma de aferir a qualidade do serviço prestado⁶⁶. Ademais, no âmbito comercial, sendo esta a única forma de contato entre a empresa e o cliente, o acesso ao conteúdo dessas mensagens seria absolutamente indispensável para a melhoria e perenidade do negócio, de forma que o empreendedor descubra suas falhas, variações do mercado (a partir das manifestações externadas pelos clientes) e do seu público consumidor do serviço.

⁶⁶ Roig Batalla vê nestas atividades a existência de limites derivados da própria natureza do trabalho em “*El uso laboral y sindical del correo electrónico e Internet en la empresa. Aspectos constitucionales, penales y laborales*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

De qualquer sorte, e sem entrar no cerne da questão derredor da licitude ou ilicitude da fiscalização em cada um desses casos ou de quem seria o titular da comunicação eletrônica assim efetuada, é certo que, em se tratando de correio eletrônico corporativo, caberá ao empregador, titular da conta, suportar os gastos referentes à conexão e demais serviços, inclusive de manutenção. Sua criação, em princípio, visa ao exercício pela empresa de sua atividade comercial. Seu objetivo é a execução de tarefas funcionais pelo empregado, criando facilidades para o exercício da atividade empresarial. Destaca-se por viabilizar sensível economia de tempo, além de possibilitar rápida resolução de eventuais problemas. Reduz, por consequência, os gastos operacionais e amplia a produtividade.

De um modo geral, o empregado somente tem acesso a esse meio de comunicação a partir da assinatura do contrato de trabalho, oportunidade em que a empresa lhe fornece o instrumental gratuitamente. Extinto o contrato, encerra-se o seu vínculo com essa modalidade de correio eletrônico.

3.2. Problemas gerados a partir do uso do e-mail na atividade laboral

Sem qualquer margem de dúvida, o e-mail, pelas razões já destacadas, é um valioso instrumento, seja pelo seu caráter solidário, de aproximar as pessoas independentemente da localização geográfica, quando de seu uso para fins particulares, seja pelas já decantadas vantagens que gera na esfera empresarial, no mundo dos negócios.

Porém, reconhecidos os aspectos positivos⁶⁷, não é possível cerrar os olhos para o fato de que a existência desse modelo de instrumental fornecido pelo empregador tem gerado inúmeros debates no âmbito das relações jurídico – laborais, uma vez que diversos empregados têm se valido do e-mail, enquanto meio operacional, para enviar mensagens de conteúdo pornográfico, enviar ou retransmitir mensagens ou arquivos de práticas criminosas, repassar segredos corporativos da empresa, encaminhar

⁶⁷ Se por um lado, desarrazoado parece privar o obreiro em termos absolutos do uso de correio eletrônico disponível, ainda que durante a relação de trabalho, considerando o seu evidente uso social enquanto instrumento de comunicação, como o seria, de igual forma, privá-lo peremptoriamente do uso de telefone que esteja ao seu alcance, também não há dúvida de que a empresa não tem qualquer obrigação de criar facilidades para que o obreiro tenha um correio eletrônico (ou um telefone, por exemplo), salvo quando este for um imperativo para o desempenho do trabalho. Defendendo a tolerância a um uso social não abusivo do correio eletrônico, veja-se Cardona Rubert, María Belén. “Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas”. *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, n. 1, 2003 (Ejemplar dedicado a: Segundas Jornadas sobre cuestiones de actualidad del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social de la Escuela universitaria de Relaciones laborales de la UPV/EHU), pp. 151-173.

a particulares ou a foros mensagens que possam, por seu conteúdo, comprometer a imagem da entidade, ao figurar seu nome no e-mail enviado, violar a propriedade intelectual da empresa, gerar prejuízo ao empregador em virtude de sua responsabilidade pelos atos do empregado⁶⁸, a exemplo de assédio sexual, injúrias, assédio moral, além de, quando da simples prática de uso do instrumental para fins pessoais, prejudicar, em alguns casos, a segurança do sistema, com introdução de vírus, dentre outros problemas já catalogados⁶⁹, alguns deles já fazendo parte da jurisprudência dos tribunais espanhóis e brasileiros⁷⁰.

Por seu turno, parece óbvio que o uso antissocial ou abusivo por parte do empregado do correio eletrônico durante a jornada de trabalho, seja ele privado ou corporativo, configura falta grave cometida pelo obreiro, capaz até de ensejar a rescisão do contrato de trabalho. Todavia, o que se buscará investigar, a partir dos elementos que serão apresentados, é se essa capacidade potencial do trabalhador de causar a ilicitude, com eventual prejuízo ao empregador, tem ou não o condão de viabilizar a este o acesso ao e-mail utilizado pelo obreiro durante o expediente de trabalho. Ou, em outras palavras, se estaria o empregador autorizado a não observar, nestas circunstâncias, o direito ao segredo das comunicações, previstos no art. 18, apartado 3º, da Constituição Espanhola e art. 5º, XII da Constituição Brasileira ou, ainda, acolhê-lo de forma matizada.

⁶⁸ No Brasil, a responsabilidade da empresa por atos de seus empregados deriva, dentre outros, do art. 932, III, do Código Civil (*Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: (...) III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.*). Na Espanha, deriva, entre outros, da redação do art. 1903 do Código Civil (*Art. 1902 - El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado. Artículo 1903 - La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. (...) Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones...*) e do art. 120.4 do Código Penal, segundo o qual “*las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.*”

⁶⁹ Poder-se-ia falar, ainda, em perda do rendimento do trabalhador pelo uso pessoal e excessivo do e-mail e até de saturação da rede interna da empresa.

⁷⁰ No Brasil, alguns estudos parecem apontar para um fundamento econômico que justificaria o uso para fins particulares do e-mail e demais recursos da internet no trabalho. Em 2009, para ter acesso à internet banda larga, o brasileiro gastava, proporcionalmente à renda per capita, dez vezes mais que os habitantes dos países mais desenvolvidos do globo. Essa é uma das informações do comunicado n. 46 do IPEA (Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas), divulgado em maio de 2010. Intitulado “Análise e recomendações para as políticas públicas de massificação de acesso à internet em banda larga”, o comunicado, produzido pela Diretoria de Estudos e Políticas Setoriais, de Inovação, Regulação e Infra Estrutura (DISSET), avalia a defasagem brasileira no setor e faz recomendações sobre políticas para se massificar esse tipo de acesso. In *Revista Desafios do Desenvolvimento*- maio/junho de 2010, ano 7, n. 61.

Para esse fim, tomar-se-á como ponto de partida o fato de que o uso de e-mail no trabalho não pode ser restrito às duas esferas estanques antes pontuadas no item 3.1 – e-mail particular ou corporativo – visto que nessa seara as ações humanas são dinâmicas e se intercomunicam, de modo que tanto aquele pode ser utilizado como instrumental de trabalho, na execução de atividades atinentes ao emprego, quanto este eventualmente termina por ser utilizado para finalidades sociais, estranhas ao labor contratado. Por outra senda, com a pulverização do chamado “território laboral”, e a crescente possibilidade de trabalho a domicílio e nos mais diversos locais, este instrumental, inclusive o e-mail corporativo, pode ser acessado, no atual contexto, a qualquer dia ou hora ou de qualquer terminal de computador.

Assim, há de se reconhecer que a análise da viabilidade da fiscalização pelo empregador do processo comunicativo, via correio eletrônico utilizado pelo empregado na relação de trabalho, é verdadeiramente uma questão bastante complexa, possuindo, ademais, um rico entorno constitucional.

3.3. Alguns mecanismos de defesa que as empresas vêm utilizando contra o uso indevido do e-mail nas relações de trabalho

Como reação ao mau uso do instrumental correio eletrônico no ambiente de trabalho, algumas empresas têm se valido de mecanismos para fiscalização do uso dos terminais de computador e, em especial, do correio eletrônico posto à disposição dos obreiros. Diversas são as formas de controle deste meio de comunicação, desde aquelas que constituem senso comum, e por isso acessíveis a qualquer usuário padrão, até aquelas outras mais sofisticadas, que demandam um conhecimento técnico específico.

Usualmente, as empresas, dentre outros vários meios tecnologicamente viáveis, utilizam recursos de segurança⁷¹ para bloqueio de anexos das mensagens dos e-mails⁷² ou envio ou percepção de mensagens em massa ou

⁷¹ Firewall é o nome dado ao dispositivo de uma rede de computadores que tem por objetivo aplicar uma política de segurança a um determinado ponto de controle da rede. Sua função consiste em regular o tráfego de dados entre redes distintas e impedir a transmissão e/ou recepção de acessos nocivos ou não autorizados de uma rede para outra. Existe na forma de software e hardware, ou na combinação de ambos (neste caso, normalmente é chamado de "appliance"). A complexidade de instalação depende do tamanho da rede, da política de segurança, da quantidade de regras que autorizam o fluxo de entrada e saída de informações e do grau de segurança desejado.

⁷² Por se tratar da fonte mais usual de vírus, diversos programas vêm sendo desenvolvidos para evitar prejuízos decorrentes de vulnerabilidade das pessoas físicas e jurídicas na abertura de seus anexos de e-mail. Assim, a título de exemplo, a gigante do setor, a Microsoft, desde o lançamento do Outlook 2000,

provenientes de certos “endereços”, ou, ainda, filtros de e-mail antispam⁷³ ou que impedem o recebimento ou o envio de mensagens que tenham determinado conteúdo ou palavras especificadas pelo seu caráter ofensivo à honra alheia ou pela capacidade de gerar prejuízo ao empreendedor.

Outras, que adotam sistemas de defesa mais invasivos, têm se valido daqueles que genericamente têm sido chamados de “programas espões⁷⁴”. Estes permitem que um terminal de computador possa gerenciar diversos outros através de interligação pela rede, permitindo acesso pela administração da empresa às correspondências enviadas ou recebidas pelo empregado. Aqui, a empresa consegue, inclusive, obter acesso ao inteiro teor das comunicações enviadas e recebidas pelos seus empregados.

Vale gizar, todavia que, diante da permanente evolução tecnológica, qualquer tentativa deste estudo de exaurir os meios técnicos de defesa dos sistemas telemáticos⁷⁵ e demais recursos de informática das empresas seria meramente quixotesca, posto que diuturnamente estão sendo envidados esforços na criação e no desenvolvimento de programas mais sofisticados que viabilizam a proteção do patrimônio empresarial.

Relevante, entretanto, a despeito de não se poder negar que o controle da mensagem eletrônica estaria verificado em qualquer dessas hipóteses acima indicadas, reconhecer que há diferentes formas de realização do controle, que pode ser exercido em diferentes graus e com distintos alcance e objetivos.

apresenta em todas as versões posteriores um recurso de segurança para bloquear anexos para proteger o computador contra os riscos relacionados com o vírus e ameaças semelhantes.

⁷³ O termo Spam, abreviação em inglês de “spiced ham” (presunto condimentado), é uma mensagem eletrônica não solicitada enviada em massa. Constitui a versão eletrônica de correio não solicitado. Através dos filtros antispam o e-mail bloqueado pode ser apagado automaticamente ou pode ser enviado a outro endereço de e-mail ou script. Geralmente, as mensagens *spam* veiculam publicidade, ofertas por assistência financeira ou para convidar o usuário a visitar determinada página na *home-page*. Estas mensagens são enviadas a milhares de usuários simultaneamente. É similar ao correio postal com publicidade endereçado a sua casa. Isto ocorre via uma lista legítima de *mailing*. A diferença do *spam* é que neles as mensagens não foram solicitadas.

⁷⁴ *Spyware*, de acordo com o Wikipédia, consiste em um programa automático de computador, que recolhe informações sobre o usuário, sobre os seus costumes na Internet e transmite essa informação a uma entidade externa na Internet, sem o seu conhecimento nem o seu consentimento.

⁷⁵ Telemática é a comunicação à distância de um conjunto de serviços informáticos fornecidos através de uma rede de telecomunicações. De forma mais técnica, pode ser conceituada como o conjunto de tecnologias de transmissão de dados resultante da junção entre os recursos das telecomunicações (telefonia, satélite, cabo, fibras óticas etc.) e da informática (computadores, periféricos, softwares e sistemas de redes), que possibilitou o processamento, a compressão, o armazenamento e a comunicação de grandes quantidades de dados (nos formatos texto, imagem e som), em curto prazo de tempo, entre usuários localizados em qualquer ponto do planeta.

Imperativo reconhecer, outrossim, que, ainda que pareçam todos legítimos em uma primeira mirada, por trás de algumas formas de controle há verdadeiros desvios de finalidade, seja por se tratar, em alguns casos, de meio excessivo em relação ao objetivo proposto⁷⁶, seja porque, muitas vezes, o único ou principal intuito do controle é a obtenção da informação privilegiada, conseguida através do ardil de despertar no empregado a expectativa de segredo.

De forma que é forçoso concluir, em síntese, que o estudo da viabilidade de controle pelo empregador do correio eletrônico do empregado é tema complexo e desafia o desenvolvimento de questões jurídicas de alto relevo, como o âmbito de cobertura do direito ao segredo de comunicações e sua esfera de proteção no marco das relações de trabalho, diante da liberdade empresarial, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, a extensão da autonomia privada individual e coletiva na seara trabalhista, além dos limites à ação concretizadora do Legislador em relação aos direitos fundamentais. Ademais, para a apresentação de conclusões científicas imperioso será um conhecimento transversal que vai um pouco além do estritamente jurídico, já que somente através do descortino de algumas especificidades técnicas do e-mail é que se tornará possível rediscutir certas “verdades intocadas”, até então, e que, ainda não enfrentadas, têm servido de base para diversos julgados em território brasileiro e espanhol a respeito da matéria.

⁷⁶ Em princípio, para evitar o ingresso de vírus através de um sistema telemático soa absolutamente desnecessária a adoção de um programa espião que aceda ao conteúdo integral da mensagem, já que outros recursos técnicos menos invasivos (firewall ou certos filtros de e-mail) seriam suficientes para o objetivo proposto, de forma que o controle necessário seria meramente formal e não ao teor da correspondência.

CAPÍTULO 2 - APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES LABORAIS. ANÁLISE DA JURISPRUDENCIA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS DO BRASIL E DA ESPANHA

1. A vontade dos contratantes e a autorregulação na concepção clássica dos negócios jurídicos

No período posterior à Revolução Francesa, a partir da ideia de que o Estado seria o inimigo natural, a concepção mais tradicional⁷⁷ conceituou contrato como “*espaço reservado pelo direito para a livre e soberana manifestação da vontade das partes*”⁷⁸ em que os contratantes, a partir do acordo de vontades, fixavam direitos e obrigações sob uma perspectiva voluntarista e liberal, à qual o Estado não interfere e participa apenas como mero garantidor das vontades emanadas pelas partes, o que se vislumbra na moderna doutrina de Lima Marques:

A tutela jurídica limita-se a possibilitar a estruturação pelos indivíduos destas relações jurídicas próprias assegurando uma teórica autonomia, igualdade e liberdade no momento de contratar, e desconsiderando por completo a situação econômica e social dos contraentes.

*Na concepção clássica, portanto, as regras contratuais deveriam compor um quadro de normas supletivas, meramente interpretativas, para permitir e assegurar a plena autonomia de vontade dos indivíduos, assim como a liberdade contratual.*⁷⁹

Nesta leitura, portanto, a ideia de negociação das cláusulas está intimamente ligada à concepção de liberdade contratual e à noção de autonomia da vontade que, por sua vez, assume papel decisivo para validação do contrato na sua aceção clássica, posto que tida como fonte que o legitima. Aqui, mais uma vez oportuna a remissão à doutrina de Lima Marques:

*Para esta concepção, portanto, a vontade dos contraentes, declarada ou interna, é o elemento principal do contrato. A vontade representa não só a gênese, como também a legitimação do contrato e de seu poder vinculante e obrigatório.*⁸⁰

⁷⁷ Esta concepção clássica de contrato foi seguida pelos códigos que começaram a surgir a partir do século XIX, como se pode observar no Código de Napoleão (1804), o italiano (1865), o português (1867), o espanhol (1889), o alemão (1896) e o brasileiro (1916).

⁷⁸ Lima Marques, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. v. I. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002, p. 39

⁷⁹ Idem, p. 40.

⁸⁰ Idem, *op. cit.*, p.42.

De fato, a concepção clássica do contrato é uma concepção individualista, liberal e voluntarista, em que a vontade é tida como sua única fonte legítima de criação. É o reflexo da “*pacta sunt servanda*” pela qual o contrato faz lei entre as partes não importando quais consequências adviriam do cumprimento destas obrigações. Nesse passo, as disposições negociais, por mais iníquas de que fossem, eram legitimadas pelo princípio da força obrigatória dos contratos, que resguardava, não somente a vontade determinada pelas partes, como também, a segurança jurídica existente na negociação, garantindo à contraparte o exato cumprimento da palavra escrita empenhada. Sob esta perspectiva é desconsiderada a existência de núcleos de poder estranhos ao aparelho estatal. Ignoravam-se assim as fontes de poder privado que, na prática, transformavam alguns contratos entre particulares, a exemplo do contrato de trabalho, em verdadeiros contratos de adesão, cujas cláusulas eram preestabelecidas unilateralmente por um dos parceiros contratuais, geralmente o economicamente mais forte, sem que o outro parceiro no negócio jurídico pudesse discutir ou modificar substancialmente o seu teor.

A guisa de arremate, pode-se afirmar que os contratos se transformaram de instrumento símbolo de uma mudança de estética do Estado Feudal para o Estado Liberal, em mecanismo de amesquinamento de direitos nas relações contratuais em que se denotava uma verticalização do poder, ainda que na esfera privada.

2. A força normativa da Constituição e sua influência no direito privado enquanto instrumento de unidade do ordenamento

O quadro descrito no tópico anterior se deu no Estado liberal, tendo em vista que as relações privadas constituíam um campo estranho à Constituição, sendo estas matérias tratadas no âmbito do direito civil, centrado na proteção aos interesses burgueses. Assim, as normas constitucionais e os direitos fundamentais, por tabela, só valiam no âmbito e no limite das leis que os reconhecessem, não sendo possível a invocação direta da constituição pelos jurisdicionados⁸¹. Encontramos-nos em presença de constituições programáticas, sem força normativa para se impor às leis.

⁸¹ O Estado moderno tem origem no século XVI, ao final da idade média, em meio a uma sociedade feudal em processo de decadência. A prática jurídica herdada advinha do direito romano, ainda não sistematizado em legislações escritas. O constitucionalismo de então é decorrência de uma reação ao poder absoluto que dominou a Europa até o século XVIII. A realidade social e política então vivenciadas,

Essas Constituições, é certo, eram dotadas de certa intangibilidade, mas apenas em termos políticos para impedir a restauração do poder do Antigo Regime, pois podiam ser modificadas por lei parlamentar, para beneficiar os interesses dos novos detentores do poder, a burguesia e, nessa perspectiva, podiam ser ditas Constituições flexíveis. A Constituição, como afirma Marinoni⁸², enquanto norma

que concentrava o poder e o gozo de direitos apenas nas mãos do monarca e da nobreza, desencadeou o surgimento do jusnaturalismo, de cunho jurídico-moral, em oposição aos excessos da época. Para esta teoria, os direitos naturais representavam valores e pretensões cuja existência e observância prescindiam de norma escrita. À filosofia jusnaturalista deve-se o advento do Estado Liberal e a consolidação dos valores e fins constitucionais em textos escritos. A disseminação dos seus ideais, contudo, representou, paradoxalmente, a ascensão e a decadência dessa filosofia. Se de um lado foi o ‘combustível das revoluções liberais’, a exemplo do iluminismo, da Revolução Francesa, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e da Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776); por outro, o jusnaturalismo viu-se cercado pela própria armadilha, pois, ao lado do iluminismo, passou a promover, num movimento inverso ao até ali traçado, a codificação desses direitos naturais como forma de efetivamente preservá-los, sendo o código civil francês - código napoleônico, a maior expressão desse movimento. Assim, em nome da segurança jurídica, o Direito passou a ser identificado com a lei posta pelo Estado, abdicando da justiça. Assim, na feliz expressão de Clève: “*o culto da lei como forma e conteúdo foi, lentamente, sendo substituído pelo simples culto da lei como forma*” (“Teoria constitucional e Direito Alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória”, in *Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo, Ed. RT, 1995, p. 35). O início do século XIX, portanto, foi marcado pela ascensão do positivismo jurídico e conseqüente derrocada dos direitos naturais, os quais, “...cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos. Já não traziam mais a revolução, mas a conservação” (Barroso, Luis Roberto. “*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*”. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 237). O jusnaturalismo deixa o centro das atenções e assume posição secundária. É nesse processo de transição, de superação desse modelo pela teoria positivista, que surgem as primeiras ‘Constituições’ escritas, fortemente influenciadas pelo ideal jusnaturalista, na medida em que refletiam aspirações do direito natural e do pensamento revolucionário e libertário daquele momento histórico. Estas Cartas Políticas, no entanto, agregavam apenas um conceito político e filosófico, inexistindo, à época, a percepção jurídica daqueles documentos. A doutrina que negava seu valor jurídico predominava e assim impedia a normatividade constitucional. As Constituições eram vistas muito mais como ‘cartas de intenções’, formada por princípios e valores éticos, destituídas de eficácia vinculante e até mesmo de aplicabilidade, do que ‘norma jurídica’. Essa realidade constitucional européia fundava-se na prevalência do princípio monárquico como fonte formal da Constituição; por isso, não atribuía às normas constitucionais a natureza de direitos subjetivos. Sua compreensão jurídica de Constituição estava muito aquém daquela desenvolvida nos Estados Unidos da América, onde desde o início do século XIX (1803), a Suprema Corte, na mais célebre decisão constitucional de todos os tempos – caso *Marbury v. Madison* – já reconhecia a supremacia da Constituição em relação às demais leis. Na Europa, a compreensão era outra: nem mesmo os direitos fundamentais eram tidos como direitos subjetivos. Não bastava a sua inserção na Constituição. Tais direitos representavam apenas um indicativo a ser seguido pelo legislador, destituído de obrigatoriedade. Apenas às leis atribuíam-se imperatividade e coercibilidade. As Constituições, como afirma Monteiro Ramos, Adriana (“*Da falta de normatividade constitucional à judicialização e ao ativismo judicial*”, *Revista direitos fundamentais e democracia* - ISSN 1982-0496 - Vol. 7, n. 7, jan./jun. 2010, p. 234/5, in <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/303/228>) “*eram lidas pelas lentes da lei, somente se estas veiculassem a pretensão constitucionalmente prevista, poder-se-ia falar em direitos subjetivos. Viviam-se a era dos Códigos*”.

⁸² Marinoni, Luiz Guilherme. “*A Jurisdição no Estado Constitucional*.” Disponível em http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/2174/A_Jurisdição_no_Estado_Constitucional.pdf?sequence=1. Acesso em 08.01.2013. Neste estudo, afirma o autor que o que dava unidade à lei no Estado Liberal não era a Constituição, mas sim o poder político e social da classe soberana no Parlamento. A coerência da lei advinha da coesão da força política da burguesia e o ordenamento jurídico era impregnado pelos seus valores e princípios, de modo que a unidade do ordenamento não precisava ser

maior, valia apenas para evitar o retrocesso, ou melhor, para eliminar qualquer resquício do antigo regime, mas não constituía empecilho à realização dos projetos dos novos detentores do poder.

Nesse sentido se justifica o posicionamento daqueles que, durante muito tempo, reconheceram valor jurídico apenas à parte da Constituição que garantia o *status quo*⁸³. Mas também eles sustentavam que as Declarações de Direitos e os Preâmbulos das constituições (normas que impunham transformações e representavam risco para a classe hegemônica) tinham importância apenas política, tornando-os meros conjuntos de princípios gerais e abstratos, desprovidos de qualquer natureza jurídica, sem eficácia vinculante, de aplicabilidade duvidosa quando não impossível, constituindo princípios meramente éticos, aptos apenas para inspirar o legislador segundo diretrizes ideológicas, mas de modo algum idôneos a obrigar os cidadãos ou órgãos estatais⁸⁴. Estas normas ditas programáticas, por dependentes da ação do legislador, muitas vezes, frustravam as potencialidades transformadoras da Constituição que, neste contexto, terminava por pagar um alto preço pela ampliação do espectro de sua atuação, padecendo de uma verdadeira crise de juridicidade⁸⁵

Diante dessa conjuntura, em que na prática alguns dispositivos constitucionais não iam além de meras cartas de intenção, diversos estudos questionavam a efetividade do texto constitucional. Com uma vertente sociológica, por exemplo, Lassale⁸⁶ afirmava que a norma imposta pela Constituição, por si só, nada valia. Para ele, a constituição real de um estado consistia exclusivamente nos “fatores

garantida por uma norma, na medida em que estava alicerçada nos valores da força política que sustentava o Parlamento.

⁸³ A esse respeito, abordagem mais analítica pode ser vista em Sarmento, Daniel. “*Direitos fundamentais e relações privadas*”, 2ª edição, 2ª tiragem, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, pp.52/53.

⁸⁴ A doutrina francesa de então, que predominou nos anos seguintes e influenciou até mesmo autores do século XX, como Esmein, Hauriou e Carré de Malberg, não raro negou valor jurídico às Declarações de Direitos e Preâmbulos, que acabavam reduzidos a um mero conjunto de princípios abstratos, sem eficácia vinculante e de aplicabilidade duvidosa e mesmo impossível (Vasconcelos dos Reis, José Carlos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 12).

⁸⁵ Este modelo destrói a crença da constituição enquanto norma, passando a ser vista por seus destinatários como um repositório de utopias e ideias políticas, com rarefeita valia prática. O modelo se assemelha ao que Karl Lowenstein denominou de ‘constituição nominal’ que não possuiria maior eficácia jurídica, mas teria utilidade quando nada, por manter um certo efeito educativo e prospectivo. Este modelo constitucional seria inferior à constituição normativa, que conseguiria submeter aos seus regramentos a realidade política, mas seria superior à constituição semântica, que apenas formalizaria uma dominação de fato existente na sociedade, em proveito exclusivo daqueles que titularizam em um dado momento o poder, sem qualquer intenção de subordinar estes atores a limites jurídico/constitucionais (era o caso do Brasil durante o período do regime militar, na expressão do próprio Lowenstein). Mais esclarecimentos podem ser vistos em “*Teoría de la Constitución*”. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona, Ariel, 1965, pp. 217 e seguintes.

⁸⁶ Lassale, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Trad. De Walter Stonnes, Rio de Janeiro, Liber júris, 1985.

reais de poder”, e a norma constitucional somente teria eficácia se os refletisse fielmente.

Dois fatores, entretanto, influenciaram decisivamente na mudança desta concepção:

- i) a adoção de controles de constitucionalidade e a introdução de mecanismos de reforma da Constituição distintos do processo legislativo comum, com a conseqüente afirmação prática do valor jurídico e da superioridade normativa da constituição;
- ii) a emergência do Estado Social, a partir do qual foram consagrados nos textos constitucionais direitos sociais, econômicos e objetivos a serem perseguidos com a finalidade de transformar a sociedade.

Fazendo eco nesta mutação na concepção da eficácia da Constituição, Hesse esboçou sua teoria sobre ‘a força normativa da Constituição’⁸⁷. Para ele, a Constituição operaria a síntese dialética entre o mundo do ser e do dever ser, que não poderiam mais ser vislumbrados isoladamente. Ela, então, seria um elemento de unidade do ordenamento jurídico. Não se nega, com base neste pensamento, que a realidade social influencia a Constituição, até porque quem a aplica não é uma máquina, mas um ser humano, que vive imerso numa comunidade partilhando dos seus valores e tradições. Mas a Constituição, a partir desta leitura, tem uma pretensão de eficácia, pois aspira a ordenar o fato social e a influir sobre ele⁸⁸. Ela não se contenta em ser um mero espelho das relações de poder.

Esta nova concepção do texto constitucional, com a expansão de suas potencialidades, penetração de seus princípios e valores nos demais ramos do direito e fortalecimento da jurisdição constitucional como resultado de reconhecimento de sua força normativa tem sido chamada de neoconstitucionalismo⁸⁹, que se caracteriza, entre outros, por concentrar-se na capacidade de fecundar o direito positivo com os ideais

⁸⁷ Hesse, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

⁸⁸ Na Espanha, o TC desde a STC 09/1981 já reconhecia que “*la Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico*” (FJ 3º).

⁸⁹ O termo neoconstitucionalismo pode ser utilizado tanto em referência a uma teoria, ou a uma ideologia ou a um método de análise do direito; ou designando alguns elementos estruturais de um sistema jurídico e político, um modelo de Estado de Direito. Sobre as diversas acepções do termo neoconstitucionalismo, recomenda-se a leitura de: Comanducci, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”. In: Carbonell, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003, p. 75.

presentes nas constituições⁹⁰, inserindo-se assim no marco do que se há denominado pós-positivismo⁹¹.

⁹⁰ Aquilo que a doutrina tem designado como “neoconstitucionalismo”, em princípio, não substancia, organicamente, uma nova teoria constitucional ou um movimento doutrinário. Não se trata, como informa André Rufino do Vale (“Aspectos do neoconstitucionalismo”, in *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007, p. 68), de um movimento, mas “*de um conjunto de posturas teóricas que adquiriram sentidos comuns ao tentar explicar o direito dos Estados constitucionais, especificamente aqueles que, a partir do segundo pós-guerra, em momentos históricos de repúdio aos recém-depostos regimes autoritários, adotaram constituições caracterizadas pela forte presença de direitos, princípios e valores e de mecanismos rígidos de fiscalização da constitucionalidade — manejados por um órgão jurisdicional especializado, normalmente o Tribunal Constitucional — como as Constituições da Itália (1948), Alemanha (1949) e Espanha (1978), contexto no qual as Constituições de Portugal (1976) e do Brasil (1988) inserem-se perfeitamente*”. Seu ponto comum é a busca de soluções mais adequadas para as questões constitucionais diante das insuficientes respostas positivistas. Assim, nessa perspectiva pós-positivista, fala-se de *inevitável intervenção da moral na solução dos casos difíceis* (dentre outros: Dworkin, Ronald. ‘*Levando os direitos a sério*’, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127 e seguintes), *da técnica da ponderação na aplicação do direito* (Alexy, Robert. ‘*Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 115 e seguintes. No Brasil: Daniel Sarmento. “*A ponderação de interesses na constituição federal*”, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003), *no ingresso dos fatos e da realidade na própria estrutura da norma jurídica* (Müller, Friedrich. ‘*Métodos de trabalho do direito constitucional*’, 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 53 e seguintes), reconhece-se certa *liberdade interpretativa criativa aos magistrados* (Streck, Lênio Luiz. ‘*Hermenêutica jurídica e(m) crise*’, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000), a *intervenção de sua esfera de pré-compreensão no processo decisório* (Hesse, Konrad. ‘*Escritos de derecho constitucional*’, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 31 e seguintes), a *união lingüística entre sujeito e objeto* (Hesse, Konrad. *Op. Cit.*, p. 41) e, dentre outras conquistas, a afirmação da *especial normatividade dos princípios* (Dworkin, Ronald. *Op. Cit.*, p. 42 e seguintes). Sobre neoconstitucionalismo, dentre outros, consultar: Aldo Schiavello, ‘*Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*’, in www.dirittoequestionipubbliche.org, acessado em 25.01.2012; Barroso, Luís Roberto. “*Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*”. Themis: Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4, número 02, pp. 13-100, jul./dez. 2006. Documento disponível em: <http://www.tjce.jus.br/esmec/pdf/THEMIS_v4_n_2.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2012.

⁹¹ Luís Roberto Barroso (*Neoconstitucionalismo...*, *op. cit.*, p. 19), tratando dos marcos histórico, filosófico e teórico do neoconstitucionalismo, sustenta que o pós-positivismo é o marco filosófico do novo direito constitucional. O debate acerca de sua caracterização, segundo o autor, situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo. Diz o autor: “*O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª. Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito. A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O póspositivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o*

Este enfoque unitário, que retira do isolamento a Constituição, tem grande importância na discussão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, porque reconhece que direito constitucional e direito privado não podem ser concebidos como realidades estanques de mundos apartados, governados por lógicas distintas. Por outro lado, sem negar o caráter moral dos princípios, nesta nova conjuntura, este passa a ser convertido “*em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais*”⁹², aspecto que tem especial relevância no contexto dos direitos fundamentais.

3. Os direitos fundamentais como princípios constitucionais no marco do pós-positivismo

Uma das principais características do Direito Constitucional contemporâneo, no marco do pós-positivismo, é, como já dito, a importância central atribuída aos princípios, com o reconhecimento de sua força normativa. A ascensão dos princípios, que vivem hoje a sua “idade de ouro”⁹³ coincide com a crise do positivismo, ocorrida após a 2ª grande guerra mundial⁹⁴, e importa numa investida contra a teoria positivista de então, que proclamava a separação completa entre os campos do direito e da moral⁹⁵ e a concepção de que processo de aplicação do direito deve valer-se apenas da racionalidade formal.

desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.”

⁹² Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 257.

⁹³ Esta expressão foi cunhada por Prieto Sanchís, Luis– “*Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 1992.

⁹⁴ Ainda que pareça óbvio, em dias atuais, a admissão da constituição como uma norma jurídica, dotada de caráter imperativo, passíveis de tutela judicial, independentemente de lei que regule as matérias, esta ideia, durante muito tempo não era acatada, vigorando o entendimento de que a constituição seria mera declaração de princípios políticos, dependentes do legislador para produção de efeitos concretos. Em relação aos direitos fundamentais, os direitos só valiam no âmbito e no limite das leis que os reconhecessem (Jellinek).

⁹⁵ Alguns constitucionalistas (por todos Schier, Paulo Ricardo - in “*Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoliberalismo*”, in: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-PAULO%20SCHIER.pdf>. Acesso em 22.11.2012) costumam ilustrar a ausência de força normativa dos princípios no modelo positivista da seguinte forma. Para ele, as descrições mais concretas das regras jurídicas permitiam uma operação lógica dotada de certa e relativa segurança. Todavia, diante da dificuldade de adoção da mesma metodologia operacional em relação aos princípios, que são enunciados dotados de elevada carga axiológica, baixa densidade normativa e enorme grau de indeterminação e abstração, e em face dos quais o processo de subsunção estritamente formal não funcionava, adotou-se como solução, a retirada da normatividade dos princípios, colocando-os como “cano de escape” do ordenamento jurídico em vista de não se enquadrarem na sua lógica. Ou seja, em não conseguindo a teoria explicar a realidade normativa dos princípios, negava-se a juridicidade destes para salvaguardar o modelo teórico. Algo como afirmar-se que a realidade não se enquadra no conceito e, por isso, a realidade está errada. Não sem razão, no contexto positivista, os princípios somente seriam utilizados na ausência de lei, na ausência de costume, na ausência de analogia,

De fato, a estética positivista que serviu de pilar ao chamado *Estado legislativo de direito*⁹⁶, assentava-se sobre o monopólio estatal da produção jurídica e sobre o princípio da legalidade. A norma legislada era então convertida em fator de unidade e estabilidade do Direito, cuja justificação passou a ser de natureza positivista. Nesse contexto, a lei era vista como a expressão da vontade geral, na formulação de Jean-Jacques Rousseau acolhida no art. 6º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. O legislador, assim, era tido como infalível e sua atuação como insuscetível de controle. Na construção do “Estado legal” ou legislativo, cabia à lei estar no centro do ordenamento jurídico.

Neste contexto, graças ao princípio da legalidade e às codificações que lhe deram realização, uma norma jurídica não seria válida por ser justa, mas por haver sido “posta” por uma autoridade dotada de competência normativa. *Auctoritas, non veritas facit legem*: este era o princípio convencional do positivismo jurídico.

Em sentido contrário, como reação aos equívocos decorrentes do positivismo, uma das principais características do direito constitucional contemporâneo é a existência de uma referência direta a valores. Daí que se relacionam diretamente o direito com o universo da ética, por constituírem “*expressão primeira dos valores fundamentais expressos pelo ordenamento jurídico, informando materialmente as demais normas*”⁹⁷. Este papel de encarnação jurídica dos ideais de justiça cabe fundamentalmente aos princípios constitucionais, agora dotados de força normativa. E tal se dá porque é sobretudo através dos princípios “*que se dará uma espécie de positivação constitucional dos valores do antigo direito natural, tornando impossível uma interpretação axiologicamente asséptica da constituição.*”⁹⁸

A outra ideia central refutada consiste na concepção de que processo de aplicação do direito deve se valer apenas da racionalidade formal. Com a visão pós-positivista o direito deixa de ser uma subsunção ou atividade meramente declaratória, havendo um processo de revalorização e de compreensão mais rica da hermenêutica jurídica. Ocorre, por assim dizer, a retomada da racionalidade prática no direito, com a admissão da possibilidade de argumentação sobre os valores envolvidos no litígio e

na ausência de interpretação analógica, na impossibilidade de aplicação de critérios de equidade. A CLT e o Código de Processo Civil são exemplos desta visão.

⁹⁶ No Brasil, a expressão é frequentemente utilizada, entre outros, por Barroso, Luís Roberto, in “*Neoconstitucionalismo...*” op. cit.

⁹⁷ Rothenburg, Walter Claudius. “*Princípios Constitucionais*”, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editora, 1999, p. 16.

⁹⁸ Sarmento, Daniel, “*Direitos fundamentais ...*”, op. cit., pp. 58/59.

sobre a justiça da decisão. Princípios deixam de ser normas não autoaplicáveis (como reflexo da visão positivista) ou meros critérios de orientação hermenêutica, passando a haver o reconhecimento de sua normatividade, por se tratar de norma investida de valor jurídico.

De imediato, entretanto, a despeito de sua relevância na superação do marco positivista, há de se reconhecer a impossibilidade de existência de um sistema jurídico formado apenas por princípios, principalmente diante da enorme imprecisão de seus enunciados, que geraria dúvidas sobre a exata forma de agir nas situações concretas e poderia quebrar a exigência de segurança jurídica imposta pelo Estado de Direito e pela própria função estabilizadora do Direito⁹⁹. Da mesma forma, até como reação ao positivismo superado, forçoso admitir a absoluta impossibilidade de existência de um sistema asséptico formado apenas por regras, na medida em que, entre outros fatores antes enumerados inexistiriam critérios seguros para solução de colisões e resolução de casos difíceis, além do fato de um sistema exclusivamente formado por regras possuir baixa capacidade de ajuste e evolução.

Portanto o sistema jurídico constitucional necessita tanto de regras quanto de princípios¹⁰⁰. Nessa toada, Canotilho¹⁰¹, traduzindo a visão pós-positivista, já divide as normas jurídicas em princípios e regras. Aqueles, na dicção do doutrinador, se diferenciam destes pelos seguintes critérios: grau de abstração (maior entre os princípios), grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto (regras seriam suscetíveis de aplicação direta, enquanto os princípios necessitariam de mediação do legislador ou do juiz), caráter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito (posição fundamental dos princípios), proximidade da ideia de direito (princípios seriam “*standards*” radicados nas exigências de justiça ou de direito, enquanto regras teriam

⁹⁹ Em defesa desta ideia, vide Laporta, Francisco. *El imperio de la ley: una visión actual*, ed. Trotta, Madrid, 2007.

¹⁰⁰ Se é certo que toda a justificação da distinção entre regras e princípios no contexto do neoconstitucionalismo passa pela necessidade de ressaltar a vinculatividade especial da Constituição e permitir uma adequada solução às hipóteses de colisões normativas, assim como para salientar a necessidade de implementação de uma dogmática principialista, também é certo que a metodologia da aplicação constitucional não pode adotar a visão equivocada de reduzir todos os enunciados constitucionais a princípios. Canotilho (op. cit., pp. 175-176), neste sentido, o sistema constitucional carece de regras jurídicas: a constituição, por exemplo, deve fixar a maioria para efeitos de determinação da capacidade eleitoral ativa e passiva, sendo impensável fazer funcionar aqui apenas uma exigência de otimização: um cidadão é ou não é maior aos 18 anos para efeitos de direito do sufrágio.

¹⁰¹ *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª edição, 5ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 1998, pp. 1034/5.

conteúdo meramente funcional) e natureza normogenética (princípios seriam fundamentos das regras¹⁰²).

Assim, se por um lado as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência que é ou não cumprida, impondo, permitindo, autorizando ou proibindo uma conduta¹⁰³, os princípios são normas impositivas de uma otimização do sistema, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos¹⁰⁴. A consequência lógica, na formulação já clássica de Alexy, é que, as regras são aplicáveis de maneira disjuntiva: se os fatos que estipulam uma regra estão dados, então, ou bem a regra é válida, hipótese em que a resposta que se dá deve ser aceita, ou bem não o é, hipótese em que não se aplica à decisão¹⁰⁵. Os princípios, ao contrário das regras, por constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. Por isso, em caso de *colisão entre princípios*, estes podem ser objeto de harmonização ou, em último caso, de ponderação, pois eles contêm apenas exigências ou *standards* que, em primeira linha, devem ser realizados¹⁰⁶, exigindo um esforço hermenêutico maior daquele que aplica a regra.

As disposições de direitos fundamentais têm como marca característica regular, de uma maneira bastante vaga, questões muito discutidas da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade, como é o caso dos direitos à dignidade, liberdade e igualdade. Essa vagueza, generalidade e alto grau de abstração vêm a exigir uma espécie normativa que permita o reconhecimento da normatividade e da justicialidade dos direitos fundamentais, levando em consideração as frequentes

¹⁰² Cito exemplo trazido por Schier, Paulo Ricardo (*in Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo...*, *op. cit.*) de onde o exagero principialista pode levar: “Já se ouviu, em certa ocasião, um juiz afirmar que determinado advogado utilizou a seguinte tese: “Regras decorrem de princípios. A regra que estabelece que o prazo para apelar é de 15 dias, está concretizando o princípio do duplo grau de jurisdição e da própria efetividade da tutela jurisdicional. Num conflito entre o princípio da efetividade da tutela jurisdicional e o princípio da celeridade processual, é certo que a justiça deva prevalecer. Logo, num juízo de ponderação entre princípios, o juiz haveria de aceitar o protocolo da apelação mesmo fora do prazo, até porque o juiz não iria ler mesmo a petição no dia do protocolo”!!!

¹⁰³. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...* *op. cit.*, pp. 88-89.

¹⁰⁴. *Idem*, p. 90.

¹⁰⁵. Dworkin, Ronald, *op. cit.*, p. 39.

¹⁰⁶. Merlin Clève, Clemerson & Reis Freire, Alexandre. “Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais”, *in Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades do Brasil*, n.º 1, 2002, p. 29 e seguintes.

colisões entre si. A teoria dos princípios, nesse contexto, possibilitaria “*um meio termo entre a vinculação e a flexibilidade*”¹⁰⁷.

Stati¹⁰⁸ afirma que “*aquilo que caracteriza particularmente o princípio – e isto constitui sua diferença com a regra de direito (...) – é, de um lado, a falta de precisão e, de outro, a generalização e abstração lógica...*”. Dworkin¹⁰⁹, por seu turno, em sua crítica ao positivismo, afirma que os princípios são pontos de aproximação entre o direito e a moral. Para ele, a diferença entre princípios¹¹⁰ e regras é de natureza lógica, sendo decorrente dos respectivos modos de aplicação. De modo, que as regras seriam aplicadas como proposições disjuntivas, ou seja, se vierem a ocorrer os fatos que se encaixem em sua hipótese de incidência e elas forem normas válidas (conforme o sistema a que pertençam), as suas prescrições incidirão necessariamente sobre esses fatos, regulando-os em sua exata medida e afastando, por inválidas, outras regras que possam concorrer ou entrar em conflito com elas. Daí ser possível afirmar que na análise de casos concretos, as regras valem ou não valem, como um tudo ou nada, umas afastando ou anulando as outras¹¹¹, sempre que as respectivas consequências jurídicas forem antinômicas ou reciprocamente excludentes. Ora, considerando que o Direito enquanto totalidade ordenada (sistema), não tolera antinomias¹¹², necessária a criação de regras para resolução destas antinomias, ora pautadas no critério da especialidade, da hierarquia ou da cronologia entre as normas.

No âmbito da aplicação dos princípios, todavia, prevalece o entendimento de que estes não seriam geradores de antinomia, sendo desnecessária a criação de regras que tratem de hipóteses de colisão. Isto porque os princípios, por

¹⁰⁷ Expressão utilizada por Robert Alexy em “Direitos Fundamentais no Estado Constitucional”. Palestra realizada em comemoração aos cem anos da Faculdade de Direito da UFRGS, proferida em 09.12.1998, publicada pela *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, pp. 67/69, jul/set, 1999, apud Cogo Leivas, Paulo Gilberto. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2006.

¹⁰⁸ Stati, Marcel, *Le standard juridique*. Paris. LAM, 1927, p. 56, apud Ferreira Mendes, Gilmar, Mártires Coelho, Inocência, Gonet Branco, Paulo Gustavo. *Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais*. Brasília jurídica, Brasília, 2000.

¹⁰⁹ Dworkin, Ronald, *Levando os direitos a sério*, p. 74 e seguintes.

¹¹⁰ De acordo com Dworkin, princípios (lato senso) se dividiriam em princípios (sentido estrito) e diretrizes políticas. Para Dworkin (norte-americano e liberal), só estão associados aos direitos fundamentais os princípios em sentido estrito. Amesquinha os direitos sociais e econômicos.

¹¹¹ Norberto Bobbio, (em sua *Teoria do Ordenamento Jurídico*, trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. tec. Cláudio de Cicco; apes. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10ª edição, 1999) ainda que reconheça a insuficiência desses critérios, indica que as regras fundamentais para a solução de antinomias seriam três: critério cronológico, critério hierárquico e critério da especialidade

¹¹² Norberto Bobbio define antinomia como “*situação que se verifica entre duas ou mais normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico e tendo o mesmo âmbito de validade*”, em *Teoria do ordenamento jurídico...*, op. cit. p.88.

definição, não se prestariam a provocar conflitos, criando apenas um momentâneo estado de tensão hermenêutico, passível de ser superado pelo operador do direito. E tal se dá porque os princípios não se apresentam como imperativos categóricos, apenas enunciando fundamentos para que se decida de uma maneira ou de outra. Na dicção de Larenz¹¹³, os princípios não são, ou ainda não são, regras suscetíveis de aplicação direta e imediata, mas apenas pontos de partida ou pensamentos diretores, que apontam para a norma a ser descoberta ou formulada pelo intérprete-aplicador à luz das exigências do caso.

Alexy retomou e desenvolveu as ideias de Dworkin. Porém, como jurista de um Estado social, não diferencia os princípios da mesma forma que Dworkin. Diferem na resposta para o caso concreto por meio de princípios. Dworkin se vale da figura do juiz Hércules, dotado de qualidades ideais, que buscaria sozinho a resposta correta para cada caso, realizando uma reconstrução do direito vigente com base nos princípios morais, os quais, pela sua abertura, permitiriam atualização permanente da constituição. Alexy, considerando a visão de Dworkin errada, entende necessário estabelecer procedimentos racionais intersubjetivos para a procura da melhor resposta judicial nas questões constitucionais difíceis (*hard questions*), permitindo assim um controle social sobre a argumentação jurídica desenvolvida pelos juízes. Substitui o monólogo (do juiz Hercules) pelo diálogo, que se abriria para a participação de toda comunidade de intérpretes da constituição. Colisão entre princípios se resolve por um juízo de ponderação¹¹⁴.

Para o jurista germânico, como já ficou registrado, os princípios são mandados de otimização. Ou seja, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, diante das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Desse modo, se caracteriza por poder ser atendido em diferentes graus. Assim, quando dois princípios entram em colisão, segue Alexy, conforme o caso concreto, um deles deve ceder ao outro, levando em conta a dimensão do peso, não mais a da validade. A solução da colisão levará em conta as circunstâncias do caso, estabelecendo, em concreto, uma precedência condicionada entre os princípios. Assim, indicam-se as condições pelas quais um cede ao outro, de maneira que, sob condições distintas, o mesmo conflito

¹¹³ Larenz, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Madrid. Civitas. 1993, trad Luís Díez Picazo, p. 33.

¹¹⁴ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Teoría de los derechos fundamentales. 2ª edición. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2007.

poderia ser decidido de forma diferente. Em síntese, não haveria relações absolutas de precedência entre os princípios, visto que se referem a ações e situações que não são quantificáveis. Assim, os princípios não teriam mandados definitivos, mas somente *prima facie*, posto que carecem de conteúdo de determinação em relação aos princípios contrapostos e às possibilidades jurídicas. As regras, por seu turno, exigem que seja feito exatamente o que elas ordenam¹¹⁵.

Em síntese, os princípios admitem convivência e conciliação com princípios concorrentes, num processo dialético “*que se inicia no momento de sua aplicação às situações da vida e que se concluem quando o intérprete, concretizando-as, logra apreender o sentido e alcance dessas pautas axiológicas*”¹¹⁶.

Assim, diante da colisão de princípios, quando posto em análise mais de uma pauta de valoração à mesma situação fática, ao invés de o intérprete se sentir obrigado a escolher este ou aquele princípio com exclusão dos demais (inclusive daquele em face do qual colide), este deverá fazer uma ponderação entre as verdades fundantes (princípios) concorrentes, optando por aquela que, naquela circunstância específica, deva ter maior peso¹¹⁷.

Sarmento, após reconhecer a necessidade de o texto constitucional ser dotado de princípios e de regras, salienta a importância daqueles em virtude de sua “plasticidade”, que confere “*maior flexibilidade à constituição, permitindo a ela que se adapte mais facilmente às mudanças que ocorrem na sociedade. Além disso, por estarem mais próximos dos valores, eles ancoram a Constituição no solo ético*”¹¹⁸, *abrindo-a para conteúdos morais substantivos*¹¹⁹.

¹¹⁵ Nesse sentido, Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...*, op. cit.. Em sentido contrário, por todos, Humberto B. Avilla (apud Cogo Leivas, Paulo Gilberto. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2006, p. 43, nota 58) e Luís Prieto Sanchís (apud Ferreira Mendes, Gilmar, Mártires Coelho, Inocêncio, Gonet Branco, Paulo Gustavo. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília jurídica, Brasília, 2000, p. 51, nota 76).

¹¹⁶ Ferreira Mendes, Gilmar, Mártires Coelho, Inocêncio, Gonet Branco, Paulo Gustavo. *Hermenêutica...*, p. 47, citando ideia encontrada em Claus-Wilhelm Canaris em estudo denominado “*Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*”. Lisboa: Gulbenkian, 1989, pp. 88-99.

¹¹⁷ Em contrário, preferindo um juízo de adequação, temos, por todos, o escólio de Jurgen Habermas (*Direito e democracia entre facticidade e validade*, v. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997).

¹¹⁸ De acordo com a visão liberal kantiana, ética e moral não são a mesma coisa. Delimitam, respectivamente, comportamentos sociais universais (a ética) e comportamentos sociais particulares (a moral). Assim, os filósofos kantianos reservam o nome de ética para o estudo da moralidade, como um fenômeno geral; e o de moral para a moral individualizada, que, em certa medida, deriva do próprio homem. Em outras palavras, sob a forma visualizada por Kant, existe uma separação entre o valorativo-subjetivo (individual/moral) e o valorativo-universal (coletivo/ético). É o teor generalizante da ação moral kantiana que vai dar embasamento a sua teoria ética. Sobre o tema, maiores esclarecimentos podem ser obtidos em De Lima, Erick Calheiros, “Observações sobre a fundamentação moral do direito em Kant” *Etic@*, Florianópolis, v.4, n.2, pp.141-155, Dez 2005; Pascal, Georges. *Compreender Kant*, 3ª edição.

Neste contexto de supremacia constitucional, e como adiante veremos, os direitos fundamentais aparecem concebidos, não como regras, mas como princípios constitucionais¹²⁰. Estes direitos fundamentais “elásticos” terminam por apresentar caráter multidimensional, atingindo também as relações privadas, até como exigência da própria democracia substancial, posto que, como afirma Ferrajoli¹²¹, esta só se produz por duas vias: através da expansão dos direitos e de suas garantias e por meio da ampliação do Estado de Direito ao maior número de âmbitos de vida e esferas de poder, de forma que também neles se tutelem e se vejam satisfeitos os direitos fundamentais das pessoas.

E sobre a evolução da eficácia dos direitos fundamentais, de seu perfil originário exclusivamente antiestatal até a sua vertente atual irradiadora a todos os âmbitos das relações jurídicas é que se destaca o tópico a seguir.

4. Sobre o trânsito dos direitos fundamentais: de direitos subjetivos públicos exercitáveis apenas contra o Estado (Estado Liberal) até o reconhecimento da existência de fontes de poder privado

A concepção unidirecional dos direitos fundamentais de liberdade como, então, direitos somente oponíveis frente aos poderes públicos, como já visto, tem suas raízes no Estado liberal de direito. Todavia, como menciona García-Pelayo¹²², os direitos individuais de liberdade não são uma pura emanção da razão, possuindo um conteúdo variável, condicionado pela defesa da personalidade humana frente aos poderes ou métodos que em cada caso a ameacem ou, em outras palavras, a liberdade é uma variável histórica cujo objetivo depende dos fins vitais da classe politicamente ativa em uma determinada época e seu conteúdo concreto, porque não dizer, depende dos obstáculos concretos que se apresentam para a materialização desses objetivos.

Petrópolis, RJ: Vozes, 2007; Barroso, Luís Roberto; Barcellos, Ana Paula de (“O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”) in: Leite Sampaio, José Adércio (Coord.). *Crise e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004; e Pamplona-Silva, Gustavo, “Moral, Ética e Direito em Kant”. *Jurisprudência em Revista*, Belo Horizonte/MG, ano I, nº 23. Disponível em: <http://jurisprudenciaemrevista.wordpress.com/2008/04/21/moral-etica-e-direito-em-kant>. Acesso em: 16/06/2012.

¹¹⁹ Sarmento, Daniel. *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 66.

¹²⁰ Nesse sentido, Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...*, op. cit.

¹²¹ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Edit. Trota, 1995, apud Bilbao Ubillos, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 267.

¹²² García-Pelayo, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Edit, 1984, p. 152, apud Bilbao Ubillos, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares...*, op. cit.

Em sentido praticamente idêntico, corroborando a ideia de que os perigos e ameaças a ensejar proteção do ser humano ainda não são todos conhecidos, Häberle¹²³ sustentou inexistir “*numerus clausus de las dimensiones de la protección de los derechos fundamentales, ni un numerus clausus de los peligros*”. Assim, segundo o autor, “*los derechos fundamentales son la respuesta, según la experiencia histórica, a las principales amenazas para el hombre (derechos humanos) y para el ciudadano (derechos civiles) en el Estado Constitucional, puesto que las específicas situaciones de peligro cambian históricamente y nuevos instrumentos para combatirlas deben desarrollarse*”, o que significa “*apertura de los contenidos, de las funciones y de las formas de tutela de los derechos fundamentales*”.

O Estado liberal coloca uma ênfase especial na soberania individual (que às vezes parece se confundir num primeiro momento com o próprio direito à propriedade¹²⁴) frente ao Estado (firme na lembrança viva da experiência absolutista dos fins do século XVIII) que, então, era visto como sua principal ameaça. Este quadro foi perfeitamente traduzido na dicção do Bilbao Ubillos¹²⁵, quando afirma: “*la libertad se presenta entonces (ideológicamente) como un precipitado de la igualdad (formal o jurídica) y no precisa, por ello, de una protección externa y particularizada, que podría ser contraproducente. Es un dato del que se parte, no un objetivo a alcanzar*”. Ou mais analiticamente como o faz Prata¹²⁶, segundo a qual “*a igualdad de todos os cidadãos é conceitualmente obtida através, pois, deste processo: porque face à lei todos os cidadãos se encontram na mesma situação, porque todos são iguais face a um terceiro, conclui-se que eles são iguais entre si(...)*”.

Mas a própria Prata, ao analisar criticamente as consequências da leitura dos direitos fundamentais oferecida pelo Estado Liberal assevera, entretanto, que “*a afirmação da igualdade dos sujeitos perante a lei não teve a virtualidade de uniformizar situações que em comum apenas tinham o (fato de) estarem na mesma posição relativa face a um terceiro. Daqui que no domínio interprivado (...) muito rapidamente se tenha revelado falso o princípio da igualdade. Falso no sentido estritamente jurídico em que existem relações jurídicas de autoridade/subordinação*

¹²³ *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, 1ª edición, Pontificia Universidad Católica, San Miguel, Peru, 1997.

¹²⁴ Como bem sintetiza Gilberto Bercovici (*Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 139), “*a propriedade liberal é a emanação das potencialidades subjetivas, constituindo instrumento da soberania individual*”.

¹²⁵ Bilbao Ubillos, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares...*, op. cit., p. 240.

¹²⁶ Prata, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, Almedina, Coimbra, 1982, pp. 87-89.

neste domínio, mas sobretudo no sentido em que não é, nesta sua formulação, apto a exprimir qualquer situação de igualdade real recíproca.”

Em suma, a ideologia liberal que conduziu ao conceito de direitos e liberdades fundamentais, ditas de primeira geração, tratou de abstrair a desigualdade real de algumas relações privadas, valendo-se do princípio da igualdade, apenas no plano formal, o qual se limitava a suprimir uma das fontes de desigualdade, aquela consagrada pela lei, ignorando o desequilíbrio que norteia um sem número de relações jurídicas, a exemplo do que ocorre com as relações de trabalho.

O estudo dessas relações de poder privado, das quais o liame laboral é um dos exemplos mais significativos, revelou que a superposição de uns em detrimento de outros, abrindo espaço para situações de abuso em relação aos direitos fundamentais, não configura um elemento identificador apenas das relações entre indivíduos e o Estado, já que também se verifica em certas relações privadas, pelo que se tornava igualmente necessário garantir a extensão da aplicação dos direitos fundamentais nos seios das relações privadas, ainda que para tanto fosse necessário construir uma doutrina que reconhecesse seu caráter distinto quando comparada com a relação com o poder público, já que nas relações entre particulares também o ente que detém o poder privado é titular de direitos fundamentais.

4.1. Breves considerações sobre duas importantes consequências da chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais: a eficácia irradiante e a filtragem constitucional

Como visto anteriormente, a dimensão clássica dos direitos fundamentais teve seu correspondente filosófico-teórico na teoria liberal dos direitos fundamentais, a qual os vislumbra como forma de proteção do indivíduo contra a intervenção estatal em seus direitos e liberdades. Essa perspectiva tem foco principal no sujeito, no titular do direito, pois cuidava-se apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem econômica.

Desta forma, os direitos fundamentais geram direitos subjetivos aos seus titulares, permitindo que estes exijam comportamentos, negativos ou positivos, dos destinatários. De acordo com a formulação de Vieira de Andrade, o reconhecimento de um direito subjetivo está ligado *“à proteção de uma determinada esfera de autorregulamentação ou se um espaço de decisão individual: tal como é associado a*

*um certo poder de exigir ou pretender comportamentos ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos”.*¹²⁷

Entretanto, tais direitos, além de sua dimensão subjetiva, por sua relevância, ao consagrarem interesses essenciais da sociedade, necessários a uma salutar convivência, constituindo, “*as bases jurídicas da coletividade*”¹²⁸, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, configuram uma diretriz para a sua atuação, indicando os valores básicos em torno dos quais todo o sistema jurídico deve ser construído, influenciando e orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário. É o que se conhece como dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Mas, além disso, certo que esta dimensão objetiva decorre do reconhecimento de que os direitos fundamentais configuram valores ou fins que a sociedade deve perseguir, forçoso reconhecer que os direitos e liberdades fundamentais não são apenas uma questão em relação ao Estado, mas que deve ter seus efeitos espalhados por toda a sociedade.

Reconhece-se, então, uma dupla dimensão aos direitos fundamentais, considerando-se que se apresentam como direitos subjetivos individuais, bem como expressão de valores objetivos de atuação e compreensão do ordenamento jurídico. Assim, do Estado passa-se a cobrar não só que não viole os direitos fundamentais, mas também que os protejam ativamente contra agressões e ameaças provenientes de terceiros. Ademais, expandem-se os direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas, protegendo o indivíduo da opressão que lhe seja impingida por outras fontes de poder, não estatais, presentes na sociedade. Nesse sentido, esclarecedora a lição de Perez Luño, quando afirma que além de fornecer diretrizes para órgãos do Poder Público, os direitos fundamentais em sua perspectiva objetiva têm a função de “*sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento y condicionan su deber de obediencia al Derecho*”¹²⁹

¹²⁷ Vieira de Andrade apud Sarlet, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 178.

¹²⁸ Hesse, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 239, apud Sarmiento, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2ª edição, 2ª tiragem, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2008, p. 106.

¹²⁹ Pérez Luño, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2004, p. 22.

E, de fato, esta perspectiva objetiva, enquanto valor informativo de todo o sistema jurídico, faz surgir algumas consequências importantes como a eficácia irradiante e a filtragem constitucional¹³⁰.

A eficácia irradiante significa que os valores que dão suporte a estes direitos penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação dos dispositivos legais e atuando como diretrizes para o legislador, administrador e juiz. Assim, neste diapasão, as autoridades estatais devem produzir, interpretar e aplicar todo o direito infraconstitucional de acordo com os direitos constitucionais. Neste sentido, Sarmento afirma: *“a eficácia irradiante enseja a ‘humanização’ da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo aplicador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional”*¹³¹.

A eficácia irradiante tem na interpretação conforme a Constituição um dos seus mais importantes instrumentos, pois *“configura um meio valioso para permitir a penetração da axiologia constitucional na legislação ordinária”*¹³² e funciona, a um só tempo como princípio hermenêutico, já que o operador do direito deve sempre optar pela exegese que torne a norma compatível com a constituição, e mecanismo de controle de constitucionalidade, na medida em que possibilita a eliminação das possibilidades exegéticas de determinada norma sem a redução do texto. Só que a eficácia irradiante não se exaure nos momentos de patologia jurídica, convertendo-se os direitos fundamentais em eixo gravitacional do direito positivo. Ademais, ligado a esse efeito irradiante também está o tema da eficácia horizontal dos direitos privados, ou seja, a ideia de irradiarem efeitos também nas relações privadas e não somente contra o Poder Público.

Outro desdobramento dessa perspectiva é o fenômeno da filtragem constitucional. Por esse fenômeno, toda legislação, decisão jurídica ou política que não recepcione os valores consagrados pela Constituição ou que não se identifique com os valores prementes numa sociedade democrática, deve ser conformada e orientada a sua aplicação ao atendimento dos aludidos valores. Portanto, trata-se de um

¹³⁰ A doutrina aponta ainda como consequências da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, além da eficácia irradiante e entre particulares, a chamada teoria dos deveres de proteção. Por essa teoria, entende-se que o Estado deve não apenas se abster de violar os direitos fundamentais, mas também deve proteger seus titulares diante de lesões e ameaças providas de terceiros, principalmente de particulares, adotando uma postura ativa na tutela desses direitos.

¹³¹ Sarmento, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas...*, op. cit., p. 124.

¹³² Idem, p. 124.

acondicionamento da ordem jurídico-política ao conteúdo axiológico dos direitos fundamentais, ou, como prefere o constitucionalista Marmestein, “*é como se a Constituição criasse um campo magnético ao redor das leis de modo que toda interpretação acaba sendo afetada por essa força*”¹³³.

5. A elaboração do *Drittwirkung* na Alemanha e sua influência

Conforme já vimos, os direitos fundamentais e sua positivação no âmbito das declarações e constituições, a partir do século XVIII, foram forjados na ideia de garantir um âmbito pessoal imune ao Poder Público. Surgem como direitos de defesa, voltados para a proteção do indivíduo contra ingerências provenientes do setor público na esfera pessoal. São, pois, concebidos, originariamente como direitos de liberdade em relação ao Estado (a grande esfera de poder até então), recebendo, posteriormente, a denominação de direitos de primeira geração, por terem sido os primeiros a serem positivados. Estes direitos, no Estado clássico e liberal, embebidos dos ideais do liberalismo político, e pautados na preocupação de resistência ao governo, tiveram um enfoque marcadamente individual, sendo voltados inicialmente para a inação estatal. Buscavam, através desta ação negativa, a criação de espaços de autodeterminação do cidadão, refletindo a maior nitidez da separação entre público e privado que existia na época.

A transformação do modelo estatal contemporâneo em um modelo “Social de Direito” reconhece, em virtude da desigualdade real que a noção de liberdade combinada com a de igualdade formal poderia conduzir, a necessidade de “interação e inter-relação” entre Estado e sociedade¹³⁴. É o início do reconhecimento de que “*el par Constitución-Código Civil visto en figura de dos líneas paralelas (esto es, sin ningún punto en común) ha cesado de servir de descripción exacta de la estructura fundamental del ordenamiento, porque la idea subyacente, la separación igualmente estricta entre Estado y Sociedad, ha dejado de existir*”¹³⁵. Das relações sociais compreendidas até então, observa-se que a igualdade meramente formal não acompanha

¹³³ Marmestein, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, 3ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2011, p. 328.

¹³⁴ Expressão retirada da STC n. 18/84.

¹³⁵ García Torres, Jesús e Jiménez Blanco, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas AS, Madrid, 1986, p. 12.

a liberdade contratual. Ou na feliz expressão de Bockenforde¹³⁶ “*dado que las personas son distintas en cuanto a su disposición natural, intereses, energías y antecedentes sociales, la acción de la libertad jurídica igual para todos, conduce necesariamente a diversos y desiguales resultados*”. Ou seja, gera uma nova desigualdade social. Daí, sua conclusão de que a liberdade abandonada a sua própria discricionariedade se transforma em falta de liberdade. Rica casuística comprobatória da desigualdade real antes mencionada se infere das relações de consumo, nas quais há absoluta desigualdade entre fornecedor e comprador do produto, nos contratos de adesão, a exemplo dos planos de saúde e contratos de seguro, e principalmente nas relações de trabalho, onde a situação de subordinação jurídica e muitas vezes de dependência econômica¹³⁷ obriga o postulante a aceitar cláusulas e condições contratuais que discorda e lhe são impostas unilateralmente. Admite-se, então, que a posição de superioridade e a propensão ao abuso ou arbitrariedade não é, nem nunca foi, um traço exclusivo do Estado, sendo ponto comum a partilhar com os poderes privados. Diante desse quadro, conclui Bockenforde¹³⁸, não se pode abandonar a sociedade aos seus próprios impulsos naturais.

Reconhecido que há no seio das relações privadas, novas esferas de poder, algumas ainda mais fortes que o próprio Estado¹³⁹, torna-se um imperativo estender-lhes a aplicação dos direitos fundamentais, enquanto mínimos existenciais dentro de um Estado de Direito, instrumentos jurídicos capazes de garantir a autonomia à pessoa enquanto sujeito de direito, cidadão deste Estado.

O poder privado constitui, pois, neste contexto, uma nova ameaça para o exercício dos direitos fundamentais não menos efetivo e inquietante que o Estado¹⁴⁰. E o direito não pode e nem deve ignorá-lo, não sendo lícito admitir-se que a questão dos

¹³⁶ Böckenförde, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Prólogo de Francisco J. Bastida; traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 86.

¹³⁷ A dependência econômica, ainda que seja um fato usual, recorrente no contrato de trabalho, não o caracteriza, havendo alguma casuística de empregados que desempenham seus misteres com subordinação jurídica, não eventualidade, pessoalidade e onerosidade, a despeito de possuírem condições financeiras superiores aos seus contratantes, como soe ocorrer com altos empregados, atletas profissionais de futebol etc. O tema é abordado com maior detalhamento em Reis de Sousa, Otávio Augusto e Mercês Carneiro, Ricardo José das. *Direito e Processo do Trabalho*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2008.

¹³⁸ *Escritos...*, *op. cit.*, p. 88.

¹³⁹ Há grupos empresariais, particularmente dos setores de informática e energia, cujo capital social supera em muitos milhões de dólares os orçamentos anuais de alguns países, em especial da África e da América Latina.

¹⁴⁰ Para Perez Luño (*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9ª edición. Editorial Tecnos, 2005), “*en definitiva, el poder público ha perdido la credencial de ser el ‘único enemigo’ de las libertades fundamentales, compartiendo ahora esta condición con otros poder, económicos e sociales, que en muchas ocasiones son ‘más implacables que el propio Estado en la violación de los derechos fundamentales’*”

direitos fundamentais nessa seara seja resolvida sob o alicerce do dogma, antes equivocadamente sacralizado, da autonomia privada¹⁴¹. E a situação se agrava quando se reconhece que nos dias atuais muitas funções tipicamente estatais cabem a entes privados, fazendo com que a clássica separação seja cada vez mais tênue¹⁴². Sobre o tema, particularmente feliz é o quadro rascunhado por Valdés Dal-Ré¹⁴³, segundo o qual existiria um intercâmbio (verdadeiro amalgama) entre as relações de origem pública e privada, resultando na privatização do público¹⁴⁴ e publicização do privado. Como explica Rua de Almeida¹⁴⁵, em tempos atuais há um deslocamento da centralidade do Estado para a sociedade civil. Em muitos casos, o Estado deixa de ser agente e passa a ser regulador da ordem econômica, o que, à toda evidência, termina por conferir um papel mais importante para a empresa, com conseqüente fortalecimento de seu poder social.¹⁴⁶ Nesse contexto, a autonomia individual passa a também carecer de proteção contra os detentores de poder social e econômico neste novo modelo de sociedade (e não só dos poderes públicos). E, diante dessa nova situação de perigo, torna-se necessário que se implemente novo instrumental.

Exsurge, então, a materialização da chamada dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, passando a vincular também os particulares que, agora, não são mais apenas titulares de direitos subjetivos perante o Estado, mas também sujeitos passivos em face destes direitos (ao menos potencialmente). Nesse contexto passa a ser cobrada uma proteção global dos direitos fundamentais.

¹⁴¹ Não se pretende neste estudo negar a importância da autonomia privada (que será oportunamente investigada), nem tampouco buscar nela solução para todas as lesões que venha a sofrer o trabalhador em seus direitos fundamentais no curso da relação de trabalho.

¹⁴² Nesse sentido, os complexos público-privado do direito norte americano, ou nas empresas de previdência privada espalhadas por todo o mundo ou na gestão privada de estabelecimentos prisionais, como ocorre, hoje em dia, em alguns países.

¹⁴³ Valdés Dal-Ré, Fernando “La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: una aproximación de derecho comparado”. *Revista Derecho Privado y Constitución*, ano 11, n. 17, Enero-Diciembre/2003, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

¹⁴⁴ Oportuna a leitura de Clampham, Andrew, em *Human Rights in the private sphere*, Claredon Press, Oxford, 1993, que enfatiza e denuncia, dentre outros aspectos, o fato de que a tendência de privatização de serviços por parte dos poderes públicos na Europa (regra que vale para praticamente todos os países do bloco ocidental) poderia levar ao raciocínio esdrúxulo, sob a estética do Estado liberal, de que estes direitos fundamentais exercitáveis contra o Estado deixariam de sê-lo a partir da privatização da atividade. Assim, a dicotomia público-privado poderia operar como instrumento arbitrário para excluir grupos e pessoas da proteção reforçada dos direitos fundamentais.

¹⁴⁵ *A teoria da empresa e a regulação da relação de emprego no contexto da empresa*. São Paulo, LTr, v. 69, n. 5, maio/2005.

¹⁴⁶ Segundo o *1996 Policy Studies Report*, citado por Sarmiento (*Direitos Fundamentais e Relações Privadas...*, op. cit. p. 35), das 100 maiores economias mundiais, só 49 são Estados nacionais, enquanto as outras 51 constituem empresas privadas transnacionais.

Sob essa perspectiva, reconhecido que o Estado não é o único ente capaz de macular os direitos fundamentais, passa-se a lhe ser atribuída, agora, uma função positiva de garantidor da realização e tutela dos direitos fundamentais, o que vai redundar para algum autor¹⁴⁷ no princípio da unidade do ordenamento jurídico e a qualidade de princípio constitucional dos direitos fundamentais, conduzindo a uma necessidade de aplicá-los a toda a ordem jurídica. Então, esses direitos fundamentais, que agora não são mais oponíveis apenas contra o Estado, passam, também, a serem cogitados em face das relações privadas (oriunda da necessidade de proteção dos particulares contra outros indivíduos ou entidades particulares). É a chamada eficácia pluridirecional dos direitos fundamentais, afirmada na doutrina da *Drittwirkung der Grundrechte* (que em sentido literal quer dizer efeito frente a terceiros dos direitos fundamentais), que consagra a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, expressão bastante criticada em virtude da verticalização real das relações de poder social, econômico¹⁴⁸.

O *Drittwirkung der Grundrechte* encontra seu maior desenvolvimento na Alemanha a partir da 2ª metade do sec. XX. Curiosamente, a despeito de sua contínua aplicação desde então, não há qualquer previsão expressa nas Constituições alemã, espanhola ou brasileira a respeito da vinculação de entes privados aos direitos fundamentais. Sua influência é percebida, entretanto, em alguns textos constitucionais redigidos a partir da década de 70 do século passado, em especial após o julgamento do primeiro caso de eficácia de direitos fundamentais em face de particulares pelo Tribunal Constitucional alemão (caso Lüth), estando consagrada, em termos literais, nos textos das Constituições portuguesa de 1976¹⁴⁹) e da confederação suíça de 18 de abril de 1999¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Sarlet, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais...*, op. cit.

¹⁴⁸ Na doutrina há quem opte pela expressão “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (ou a expressão similar ‘frente a particulares’)”, a exemplo de Ingo Wolfgang Sarlet, Garcia Torres e Jiménez Blanco, Bilbao Ubillos. Outros, ainda, preferem a expressão eficácia privada ou externa ou em relação a terceiros ou horizontal dos direitos fundamentais (vide, a esse respeito Canotilho, JJ. *Direito Constitucional e Teoria da constituição*. 7ª edição, 5ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 603 e ss).

¹⁴⁹ Art. 18. (*Força jurídica*): “1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

¹⁵⁰ Art. 35 (*Execução de direitos fundamentais*): “1. Os direitos fundamentais devem ser respeitados em toda a Ordem Jurídica. 2. Aquele que exerce funções estatais está comprometido com os direitos fundamentais e obriga-se a colaborar para a sua concretização. 3. As autoridades cuidam para que os direitos fundamentais, desde que aplicáveis, sejam eficazes também entre pessoas privadas”. Texto obtido no site http://www.cigabrasil.ch/curiosidades/constituicao_suica.pdf, visitado em 18.01.2008.

5.1. Notas sobre a doutrina e a jurisprudência constitucional a respeito do *Drittwirkung* na Alemanha

A teoria do *Drittwirkung der Grundrechte* é fruto de construção da doutrina alemã, tendo sido engendrada inicialmente por Nipperdey¹⁵¹, que exerceu entre 1954 e 1963 a Presidência do Tribunal Laboral Federal, deixando suas concepções refletidas na jurisprudência daquele tribunal¹⁵², donde se justifica a estreita conexão entre doutrina e jurisprudência¹⁵³ neste caso. García Torres e Jiménez Blanco¹⁵⁴ sintetizam o pensamento de Nipperdey:

La argumentación de Nipperdey comienza por admitir que (aún) hoy una serie de derechos fundamentales (...) ‘sólo vinculan al poder público en el sentido estricto de la palabra’. No obstante, existen normas sobre derechos fundamentales que no sólo dicen relación a una esfera de libertad que proteger frente al Estado, sino que también garantizan a cada ciudadano un status socialis en sus relaciones jurídicas con los demás y, en especial, con los formidables Sozialmächte, los grupos y organizaciones cuyo descomunal poderío en la moderna sociedad amenaza al individuo aislado e impotente y frente a los que el Estado debe intervenir justamente para defender el inerme ciudadano.

Efetivamente, a Constituição alemã¹⁵⁵ de 1949 dá aos direitos fundamentais uma posição de destaque no ordenamento jurídico, sendo estes, junto com

¹⁵¹ Nipperdey era um defensor da eficácia imediata dos direitos fundamentais na esfera privada, porém seu posicionamento, malgrado tenha influenciado a doutrina do Tribunal Constitucional Alemão, não encontrou eco naquela Corte que, desde que reconheceu a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, adotou a teoria da eficácia mediata (*Mittelbare Drittwirkung*).

¹⁵² A primeira sentença em que se sugere a relevância direta dos direitos fundamentais nas relações de direito privado é de 03 (três) de dezembro de 1954, na qual se afirma que os direitos fundamentais contêm princípios ordenadores para a vida social, de caráter vinculante, que tem uma significação imediata para o tráfico jurídico privado, de modo que nenhum negócio ou ato jurídico privado podem estar em contradição com a estrutura do ordenamento, com seus princípios básicos. Na mesma linha, julgado de 1957 em que se declarou nula uma cláusula contratual que previa a extinção da relação de trabalho de enfermeiras que trabalhavam em hospital privado no caso de contraírem o casamento. Foi considerado que essa cláusula contratual feria os artigos 1.1., 2.1. e 6.1 da Lei Fundamental de Bonn.

¹⁵³ Há quem veja na combinação dos artigos 1.2 e 20 da Lei Fundamental de Bonn a consagração constitucional da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares. Em sentido contrário, a posição majoritária da doutrina, que afirma que não há essa previsão na Constituição Alemã, servindo para este argumento o quanto disposto nos artigos 1.3 e 9.3 LF. Este tema é abordado de forma analítica em artigo publicado por De Domingo, Tomás, intitulado “El problema del *drittwirkung* de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho”, publicado em *Derechos y libertades. Revista del instituto Bartolomé de las Casas*, ano VII, n. 11 (enero/diciembre), Universidad Carlos III, Madrid, 2002.

¹⁵⁴ *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 22.

¹⁵⁵ Curiosamente a Constituição da Alemanha é chamada de Lei fundamental de Bonn, pelo fato de que as leis fundamentais não se aplicavam a todo o país. Assim, diante da separação da Alemanha em dois países por força da divisão engendrada após a 2ª guerra mundial, o texto constitucional da Alemanha Ocidental recebeu o nome de lei fundamental em manifesta expressão de que a Alemanha se considerava uma só, a despeito da formação de dois países que integravam o bloco capitalista (a chamada Alemanha Ocidental) e o bloco socialista (Alemanha Oriental). Com o desmoronamento do Muro de Berlim e da própria

a dignidade humana, o pilar axiológico sobre o qual repousa o ordenamento jurídico¹⁵⁶ ou, como expressa Schneider¹⁵⁷ “*los derechos fundamentales tienen validez no ya por las leyes mismas, sino, por el contrario, las leyes tienen fuerza por los derechos fundamentales*”.

A teoria que propugna uma eficácia imediata ou direta¹⁵⁸ dos direitos fundamentais também no âmbito privado pondera que, na ausência de norma aplicável, a Constituição se aplica diretamente às relações entre particulares. Os direitos fundamentais seriam então direitos subjetivos reforçados pela garantia constitucional, frente à violação dos sujeitos privados. Seus defensores consideram que a autonomia da vontade não exclui a vigência imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Primeiro, porque a aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada não é absoluta ou indiscriminada, mas sim seletiva e moderada. Ademais, o princípio da autonomia da vontade em dias de hoje, que já não coincide com a versão clássica, é plenamente compatível com a aplicação direta dos direitos fundamentais. E tal se dá, até porque se compreende que a autonomia privada real será sempre esvaziada quando não forem asseguradas as condições materiais mínimas para que as pessoas possam desfrutá-la, de maneira que os direitos fundamentais, sempre que o poder privado ameaçar a autonomia de vontade, funcionariam como garantidores de seu exercício real e efetivo.

O fato é que, malgrado tenha origem nas ideias de Nipperdey, a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares já chegou ao Tribunal Constitucional Federal de uma maneira distinta daquela pensada por seu idealizador. O TCF nega a vinculação direta dos direitos fundamentais, acolhe a chamada eficácia mediata dos direitos fundamentais quando em relações privadas, segundo a qual a penetração dos direitos fundamentais na seara privada dependeria da função jurisdicional. Em outras palavras, os juízes, por imperativo constitucional, tomariam em

República Democrática Alemã, em 1989/90, e a conseqüente unificação alemã, a Lei Fundamental de 1949 tornou-se incontestadamente a Constituição da nova República Alemã.

¹⁵⁶ De Domingo, Tomás. “El problema del *drittwirkung* de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho”. *Derechos y libertades. Revista del instituto Bartolomé de las Casas*, ano VII, n. 11 (enero/diciembre). Universidad Carlos III, Madrid, 2002, p. 253.

¹⁵⁷ Schneider, Hans Peter. *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 79.

¹⁵⁸ A *Drittwirkung* direta sofreu, ao longo dos anos, algumas pequenas alterações em relação ao pensamento original de Nipperdey que, por exemplo, entendia que nem todos os direitos fundamentais teriam eficácia direta. María Venegas Grau, em seu *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Marcial Pons, 2004, faz um estudo cuidadoso a respeito da teoria de Nipperdey (eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares).

consideração os direitos fundamentais como critério de integração para interpretar as normas de direito privado¹⁵⁹.

O ponto de partida dessa construção, como salienta Bilbao Ubillos¹⁶⁰, “*es la incapacidad o no idoneidad de las disposiciones constitucionales para solucionar directamente un conflicto entre particulares*”. Esta doutrina da eficácia mediata ou indireta, que teve em Durig¹⁶¹ o seu precursor, reconhece uma dimensão jurídico-objetiva ou institucional dos direitos fundamentais, referindo-se aos mesmos como princípios objetivos e decisões valorativas de aplicação geral no conjunto do ordenamento, de maneira que deixam estes de serem apenas direitos subjetivos que o indivíduo exerce frente ao Estado, passando a constituir um verdadeiro sistema de valores, a influenciar todos os âmbitos do ordenamento jurídico, com sua especial força expansiva, hoje reconhecida como efeito irradiação¹⁶² dos direitos fundamentais

¹⁵⁹ As diversas teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais constituem tema que desperta ainda muitas paixões, em especial no campo doutrinário, havendo ainda alguns poucos proselitistas da ideia de que os direitos fundamentais apenas se aplicam perante o Estado. Há doutrinadores que defendem, ao revés, a eficácia direta perante os particulares (posição da maioria da doutrina espanhola). Há parcela significativa de estudiosos que se filiam à eficácia indireta e ainda, por derradeiro, uma corrente, menos estudada, da qual Schwab é o principal representante, que sustenta uma espécie de responsabilização universal do Estado, na medida em que este, ao organizar e regular com efeitos obrigatórios o trânsito jurídico privado, participaria das intromissões e ingerências que nessas relações um particular causa a outro. Estas intromissões, ainda que ocorridas na esfera privada, demandam a intervenção do Estado, podendo, diante de sua omissão, lhe ser imputada (apud Valdés Dal-Ré, Fernando “La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: una aproximación de derecho comparado”, *op. cit.*). Estudo mais aprofundado a respeito da *Drittwirkung* na doutrina espanhola pode ser efetuado a partir da leitura de alguns títulos clássicos que enfrentam a questão: Venegas Grau, María. *Derechos Fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*. Marcial Pons, 2004; Estrada, Alexei Julio. “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares”. 1ª reimpressão. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001; Canaris, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Traduzido por Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Almedina, Coimbra, 2003; De Domingo, Tomás. “*Derechos y libertades*”. Revista del instituto Bartolomé de las Casas, ano VII, n. 11 (enero/diciembre). “El problema del Drittwirkung de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho”. Universidad Carlos III, Madrid, 2002; Hesse, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado* /Trad. e introd. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Civitas, Madrid, 1995; Böckenförde, Ernst-Wolfgang. “*Escritos sobre derechos fundamentales*.” Prólogo de Francisco J. Bastida ; traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993; Naranjo de la Cruz, Rafael. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000; Clapham, Andrew. *Human rights in the private sphere*. Clarendon Press, Oxford, 1993; Bilbao Ubillos, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997; Prata, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Almedina, Coimbra, 1982.

¹⁶⁰ *La eficacia de los derechos ...*, *op. cit.*, p. 302.

¹⁶¹ Em “Grundrechte und Zivilrechtsprechung” Festschrift zum 75. Geburtstag Von Hans Nawiasky, editado por Th Maunz, Isar Verlag, München, 1956, apud Bilbao Ubillos, *La Eficacia...*, nota 172, p. 305.

¹⁶² Em sentido contrário, ainda que minoritário, leia-se crítica de Claus-Wilhelm Canaris, in *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, segundo o qual constitui um vício o emprego da eficácia de irradiação na decisão Lüth, ocasião em que deviam ter sido aplicados os direitos fundamentais na sua função de proibição de intervenção e de direitos de defesa (p. 47). Mais críticas à teoria da eficácia de irradiação

(*Ausstrahlungswirkung*), que vai muito além da superação da tradicional falta de comunicação entre o direito público e o direito privado, já que se projetaria sobre todas as normas do ordenamento e afetaria a todos os poderes do Estado e não só ao Poder Judicial.

Esta dupla qualificação autoriza Alexy¹⁶³ a externar que os direitos fundamentais manifestam seus efeitos não como regras, mas como princípios. Böckenförde¹⁶⁴, por seu turno, dá aos direitos fundamentais um status de “*princípios supremos do ordenamento jurídico*”, por afetar não só a relação do indivíduo com o Estado, como também a relação recíproca entre particulares, limitando sua autonomia privada.

Assim, baseado nesse contexto científico de fortalecimento da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais, chegou o primeiro caso de eficácia de direitos fundamentais em face de particulares a ao Tribunal Constitucional alemão, conhecido como o caso Lüth. Este, na condição de presidente do clube de imprensa de Hamburgo, por ocasião de um festival de cinema ocorrido em 1950, manifestou-se contrariamente à exibição da película “*Inmortal Lover*”, exortando, posteriormente, a não comercialização da mesma, sob o fundamento de que Veit Harlan¹⁶⁵, seu diretor, havia colaborado com o regime nazista.

Em primeira instância, Veit Harlan obteve êxito na sua pretensão, mediante concessão de medida cautelar e depois condenação de Lüth na obrigação de não fazer, ficando proibido do boicote nos moldes realizados, além de suportar as custas do feito, por sua atitude ser considerada uma incitação ao boicote, contrária aos bons costumes, com base no art. 826 do Código Civil da Alemanha¹⁶⁶. Contra a sentença, Lüth interpôs recurso de apelação ante o Tribunal de Apelação de Hamburgo, sendo este desestimado. Então, foi interposto recurso para a Corte Constitucional, em Karlsruhe, por violação ao direito fundamental à liberdade de expressão (art. 5.1. LF Bonn).

podem ser encontradas em Lerche, *Festschrift für Odersky*, 1996, pp. 216 e ss, citado na mesma obra (“*Direitos Fundamentais ...*”, nota 68, p. 48).

¹⁶³ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Teoría de los derechos fundamentales. 2ª edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

¹⁶⁴ *Escritos...*, *op. cit.*, p. 95

¹⁶⁵ Veit Harlan foi produtor e realizador de propaganda antissemita durante o período de domínio nazista na Alemanha. No auge do nazismo, ele foi o principal responsável pelos filmes de divulgação das ideias nazistas, especialmente por força do filme “*O Judeu Süß*” (1940), considerado como uma das mais odiosas e negativas representações dos judeus no cinema.

¹⁶⁶ O art. 826 do Código Civil Alemão prevê expressamente: “*Quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano*”.

A Corte Constitucional Alemã, em 15 de janeiro de 1958¹⁶⁷, pouco mais de seis anos após a interposição do recurso constitucional, decidiu por afastar o art. 826, sob a alegação de que não se pode interpretar as cláusulas gerais de direito civil em desacordo com os valores previstos e protegidos pela Constituição. Entendeu, ainda, que os direitos fundamentais possuem dupla dimensão, pugnando pela existência de eficácia irradiante dos direitos fundamentais, bem como, acolhendo a tese dos deveres de proteção¹⁶⁸.

¹⁶⁷ BVerfGE, 7, 198 (do ano de 1958).

¹⁶⁸ Textualmente, assim dispôs o TCF: “A concepção segundo a qual somente a expressão de uma opinião é protegida pelo direito fundamental, mas não o efeito pretendido sobre as outras pessoas por meio dela, tem que ser recusada. O sentido da expressão da opinião é justamente deixar o “efeito intelectual atuar sobre o meio”, “mostrar-se convincente e formador de opinião frente à coletividade” (Häntzchel, HdbDStR II, p. 655). Por isso é que os juízos de valor, que sempre têm um efeito intelectual, isto é, objetivam o convencimento dos interlocutores, são protegidos pelo Art. 5 I 1 GG (5.1. LF); a proteção do direito fundamental se baseia, em primeira linha, no posicionamento do falante que expressa um juízo de valor, por meio do qual ele procura influenciar outras pessoas. Uma separação entre expressão protegida e efeito não protegido da expressão não faria sentido. A assim entendida expressão da opinião como tal, ou seja, no seu efeito puramente intelectual, é livre. Se por ela, entretanto, um bem jurídico de outra pessoa, protegido por lei, cuja proteção merece a prevalência em face da liberdade de expressão, for violado, então a intervenção não deixará de ser permitida, porque ela se efetivou por meio de uma expressão de opinião. Faz-se necessário proceder a uma “ponderação de bens jurídicos”: O direito da liberdade de expressão não pode [no caso concreto, n. do org.] se impor, se interesses dignos de proteção de outrem e de grau hierárquico superior forem violados por intermédio do exercício da liberdade de expressão. Para se verificar a presença de tais interesses mais importantes, tem-se que analisar todas as circunstâncias do caso. 4. Partindo deste entendimento, não existe problema em reconhecer também, em relação a normas de direito civil, a qualidade de “leis gerais” na acepção do Art. 5 II GG (5.2. LF). Se isso ainda não aconteceu na literatura (o que também fora apontado por Klein, v. Mangoldt, op. cit., p. 251), quer dizer que os autores só viam os direitos fundamentais em seu efeito havido entre o cidadão e o Estado, pois coerentemente com essa postura só eram consideradas leis gerais limitadoras aquelas que regravam a ação do Estado em face do indivíduo, ou seja, leis de direito público. Se, no entanto, o direito fundamental da livre expressão do pensamento também tem um efeito nas relações jurídicas de direito privado, e sua importância se revela aqui em prol da admissibilidade de uma expressão do pensamento também em face de cada concidadão, então precisa ser também observado de outro lado o eventual efeito contrário, qual seja: o efeito limitador do direito fundamental, próprio de uma norma de direito privado, desde que ela exista para a proteção de bens jurídicos superiores. Não se poderia aceitar o fato de prescrições do direito civil que protejam a honra ou outros bens jurídicos substanciais da personalidade humana não poderem ser consideradas suficientes para colocar limites ao exercício do direito fundamental da livre expressão do pensamento sem que, para o mesmo propósito, prescrições penais tivessem que ser fixadas. O reclamante teme que, através da limitação da liberdade de expressão em face de um indivíduo, se pudesse trazer o risco de o cidadão ver a sua possibilidade de influenciar a opinião pública pela expressão de sua opinião reduzida a um grau ínfimo e por isso a liberdade indispensável da discussão pública de questões importantes para a coletividade não restaria mais garantida. Este perigo existe de fato (v. a respeito Ernst Helle, *Der Schutz der persönlichen Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht*, 1957, p. 65, 83-85, 153). Para enfrentá-lo, não é necessário, entretanto, que o direito civil seja no geral tirado deste grupo das leis gerais. Necessário é aqui também tão somente que o conteúdo de liberdade do direito fundamental seja defendido com consequência. O direito fundamental terá que pesar na balança, sobretudo naqueles casos onde seu uso não se realizar em função de desentendimentos privados, mas naqueles casos onde aquele que se expressa quer, em primeira linha, contribuir para a formação da opinião pública de modo que o eventual efeito de sua expressão nas relações jurídicas privadas de um outro seja somente uma consequência inevitável, mas não represente o escopo por excelência de sua expressão. Justamente neste contexto é relevante a relação entre o propósito e o meio. A proteção de bem jurídico privado pode e deve ser afastada quanto mais a expressão não for diretamente voltada contra este bem jurídico privado, nas relações privadas, principalmente nas relações econômicas e na busca de objetivos egoísticos, mas, pelo

No que tange à eficácia irradiante de direitos fundamentais ou “*vis expansiva dos direitos fundamentais*”¹⁶⁹, como já visto, tem-se que o direito privado estaria à mercê dos preceitos de caráter constitucional. Assim, haveria, portanto, uma eficácia absoluta dos direitos fundamentais. Vale dizer: sob a ótica de uma perspectiva estadual dos direitos fundamentais, pode-se afirmar que os direitos fundamentais exprimem uma ordem axiológica e que tal opção axiológica há de estar fundada em todo o ordenamento jurídico de um determinado país.

Quanto aos deveres de proteção conferidos pelo julgamento do caso Lüth, é curial admitir que houve uma transformação da interpretação das obrigações do Estado frente aos cidadãos. Em outras palavras: as incumbências do Estado foram aperfeiçoadas, sendo que foi aumentado seu âmbito de incidência nas relações em geral. Hoje, é possível cogitar da agressão estatal aos direitos fundamentais tanto por ação, quando o ente público desrespeita qualquer direito fundamental do cidadão, quanto por omissão, que se caracteriza quando o Estado é omissivo ou ineficaz na sua missão de defender os direitos fundamentais dos indivíduos no seu trato relacional privado.

O TCF, desde então, tem reiterado a doutrina da eficácia mediata em diversos casos em que se discute a eficácia de direitos fundamentais no âmbito privado (como se nota de sua jurisprudência nos posteriores casos “Blinkfuer”¹⁷⁰ e Wallraff¹⁷¹).

contrário, se trate de uma contribuição para a luta intelectual das opiniões no contexto de uma questão essencial para a opinião pública, feita por uma pessoa legitimada para tanto; neste ponto existe a presunção pela admissibilidade da livre expressão. Conclui-se, portanto: Mesmo decisões de um juízo cível, que com fundamento em “leis gerais” do direito civil chegue, em conclusão, a uma limitação da liberdade de expressão, podem violar o direito fundamental do Art. 5 I 1 GG (5.1. LF). Também o juiz cível tem que sempre ponderar o significado do direito fundamental em face do valor do bem jurídico protegido pela lei geral para aquele que por meio da expressão fora supostamente ferido. A decisão só pode brotar desta visão completa do caso concreto, observando-se todos os fatores substanciais. Uma ponderação incorreta pode violar o direito fundamental e assim fundamentar a Reclamação Constitucional junto ao Tribunal Constitucional Federal.” Extraído de: Schwab, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Org: Leonardo Martins, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

¹⁶⁹ Cristina M.M. Queiroz adota a terminologia da “vis expansiva dos direitos fundamentais” em lugar de eficácia irradiante dos direitos fundamentais para referir-se à incidência dos direitos fundamentais na seara do direito privado, como se colhe de seu estudo *Direitos Fundamentais: Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra editora, 2002, pp. 267-281.

¹⁷⁰ Blinkfuer era um semanário pró-comunismo que, no início da década de 60 do século passado, foi afetado pelo poderoso editorial Springer que “sugeriu por meio de circular” aos distribuidores de periódicos a não venderem aquela publicação. O TCF entendeu que devido à capacidade de pressão do editorial a liberdade que resultava vulnerada era a do semanário, ainda que tenha negado a existência de um direito à liberdade de expressão imediatamente oponível frente à medida de boicote adotada por uma entidade privada (BVerfGE, 25, 256, do ano de 1969).

¹⁷¹ Neste caso, decidido pelo TCF já em meados década de 80, um periódico ultraconservador (Bildzeitung), integrante do grupo Springer, ajuizou ação em face de Wallraff, um repórter investigativo que revelou em um livro informações comprometedoras sobre as práticas editoriais do referido diário. Diante de reforma da decisão de primeiro grau que lhe era favorável, o periódico intentou recurso constitucional, no qual o TCF ponderou que a confidencialidade editorial seria um dos pressupostos da

Em resumo, uma síntese da posição do TCF pode ser expressa da seguinte forma: não são admitidas as soluções extremas, seja de que os direitos fundamentais só operam frente aos poderes públicos, seja de que os direitos fundamentais têm vigência imediata e incondicionada nas relações privadas. A verdade é que de acordo com a doutrina do TCF o juiz não reconhece a oponibilidade *erga omnes* do direito subjetivo fundamental, limitando-se, diante dos casos concretos, a ponderar os bens e interesses em jogo, tendo presente o efeito irradiação dos direitos fundamentais¹⁷².

5.2. Recepção da teoria do *Drittwirkung* na Espanha e no Brasil. O caso espanhol

Em território brasileiro e espanhol a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares ingressaram no contexto jurídico indubitavelmente sob influência germânica.

Se este é um ponto comum quanto à gênese da jurisprudência constitucional destes países, que nitidamente se percebe através da análise da doutrina científica de cada país, o direito constitucional interno de cada um propicia diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade e de apreciação de lesões a direitos fundamentais, de maneira que a forma como o TC espanhol conhece da lesão a direitos fundamentais nas relações de trabalho nem sempre encontra simetria com aquela pela qual a questão chega à apreciação do STF brasileiro, o que vai repercutir, entre outros,

liberdade de imprensa, que teria, porém como destinatário direto o Estado. Todavia, o TCF, mantendo sua doutrina de eficácia indireta dos direitos fundamentais, utilizou a confidencialidade não como direito subjetivo, mas como princípio objetivo para presidir a interpretação da questão, de modo a reconhecer o direito do periódico (BVerfGE, 66, 116, do ano de 1984).

¹⁷² A despeito de a eficácia mediata dos direitos fundamentais entre particulares ser o posicionamento que a maioria dos autores vê na jurisprudência alemã, o fato de a doutrina da eficácia horizontal ter gerado diferentes leituras nos países que a adotaram, faz com que, ainda hoje, a matéria seja polêmica, existindo quem interprete os julgados do TCF de maneira distinta. O professor Luis Roberto Barroso assegura, por exemplo, que “*o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais.*” (in *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Luis Roberto Barroso, em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>, acessado em 23.02.2008). Por seu turno, adotando a posição majoritária, não comunga da mesma opinião o professor Claus Canaris, segundo o qual: “*Designadamente, mantém-se, por um lado, a posição de que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, já que é também sobre ele que recai a obrigação de os proteger. (...) também no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante o outro. Esta perspectiva corresponde, hoje, à doutrina amplamente dominante, subjaz reconhecivelmente à jurisprudência mais recente do Tribunal Constitucional Federal...*” (*Direitos fundamentais e direito privado*. Traduzido por Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 58-59).

em uma mais detalhada doutrina da Corte Constitucional espanhola a respeito do *Drittwirkung* nas relações de trabalho. Passaremos à análise destas questões, iniciando pelo contexto espanhol.

5.2.1. Recepção da *Drittwirkung* pela doutrina científica na Espanha

A doutrina científica a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares na Espanha foi construída inicialmente marcada por verdadeira confusão entre aspectos processuais e de direito material. Muitos, ao discutir esta questão de direito substancial, terminavam por derivar para uma análise sobre a aplicação do recurso de amparo frente às lesões a direitos fundamentais no marco das relações entre particulares.¹⁷³ Um dos primeiros estudos a separar a questão processual daquela de direito material foi o realizado por García Torres e Jiménez Blanco.

Em seu controvertido trabalho, eles afirmaram que não existiria uma base no texto da CE para afirmar a *Drittwirkung*. Textualmente aduziram que “*no hay precepto constitucional del que pueda afirmarse que proclama, con carácter general y de forma lo suficientemente reconocible como para engendrar un acuerdo general, la eficacia en las relaciones entre particulares de los derechos fundamentales*”¹⁷⁴. Complementam os autores, entretanto, que também não haveria nada que permitisse no texto constitucional ter a certeza de que esta eficácia entre particulares foi negada, de modo que, diante dessa indefinição constitucional, o TC que deveria dar a palavra definitiva quanto ao tema. De acordo com este entendimento, que, no fundo deixava a questão em aberto, seria possível que o TC se pronunciasse até pela negativa da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Daí que não foram poucos os estudiosos que criticaram esta posição, pelo excesso de liberdade que consagra ao intérprete do TC, destacando-se a crítica que formulou Ballarín Iribarren¹⁷⁵, que, em seu estudo, afirma que o intérprete não goza de nenhum grau de liberdade para determinar se os direitos fundamentais se aplicam nas relações entre particulares, pois

¹⁷³ Havia duas posições contrapostas, sendo uma contrária ao cabimento do recurso de amparo em casos de lesão a direitos fundamentais nas relações privadas (por todos González Pérez, J. *Derecho Procesal Constitucional*, Madrid, Editora Latina, 1983) e outra favorável a esta possibilidade (por todos, Quadra-Salcedo, T., *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1981).

¹⁷⁴ García Torres, Jesús & Jimenez-Blanco, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1986, p. 48.

¹⁷⁵ Ballarín Iribarren, J. “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La ‘*drittwirkung*’ en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1988, n. 24.

estes, na dicção do autor, por sua própria natureza, teriam uma eficácia direta nas relações privadas.

Muitos estudiosos, entretanto, se apoiaram na doutrina da eficácia mediata, confiando ao legislador a tarefa de mediação dos direitos fundamentais ao tráfego jurídico privado. Seguindo esta vertente, Pabón de Acuña¹⁷⁶ sustentou que a aplicação direta das normas constitucionais sobre direitos fundamentais encerraria uma clara ameaça aos direitos alheios, além de implicar valoração casuística da jurisdição constitucional, pautada em bases meramente fáticas. Adotando posição similar, Cruz Villalón afirma:

La Drittwirkung debe ser cosa de legislador. Es, en efecto, el legislador el llamado a determinar, en la medida de lo posible, cuáles son las consecuencias que para las relaciones entre particulares se derivan del hecho de que la constitución haya reconocido como derechos fundamentales, por ejemplo, la libertad de expresión, el derecho a la intimidad o el principio de igualdad. Ciertamente (...) al juez le quedará siempre una importante función que realizar en la concreción última de esta eficacia horizontal (...) Pero no cabe negar que en el actual situación de neto protagonismo de la jurisdicción en la concreción del Drittwirkung hay un elemento de anormalidad.¹⁷⁷

Pietro Sanchís, buscando refutar a teoria de García Torres e Jiménez Blanco, que sustentavam não haver preceito constitucional de onde se possa afirmar com clareza a eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares, lança pensamento no sentido de que “*la Constitución española no ofrece ninguna base textual que recomiende excluir dicha eficacia con carácter general*”. Ademais, acrescenta que não crê que o art. 53.1 CE, ao estabelecer que “*los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del presente Título vinculan a los poderes públicos*” esteja proibindo implicitamente que os direitos fundamentais tenham eficácia nas relações entre particulares. Apoiado na contradição entre a autonomia privada, pilar do Estado liberal, e o princípio da igualdade, próprio do Estado social, o autor sustenta que é a quebra da convicção igualitária que “*ha promovido la extensión de los derechos fundamentales al ámbito privado, la que ha permitido preguntarse si acaso los derechos no deben ser preferentes o, al menos, protegibles en el entramado de relaciones jurídicas nacidas de la autonomía privada*”¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Pabón de Acuña, J. “La llamada *drittwirkung*’ de los derechos fundamentales”, in *El poder judicial*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1983, vol. III.

¹⁷⁷ Cruz Villalón, Pedro. “Derechos fundamentales y derecho privado”, in, *Anales de la Academia Sevillana de Notariado*, Sevilla, 1988, pp. 113-114.

¹⁷⁸ Pietro Sanchís, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Edit. Debate, 1991, p. 210.

Assim, de acordo com Sanchís, os direitos fundamentais atuam como uma barreira protetora da liberdade dos sujeitos privados ante as desigualdades encontradas na sociedade civil.

Bilbao Ubillos¹⁷⁹, em estudo sobre a eficácia dos direitos fundamentais frente a particulares, defende a eficácia direta, enfatizando, entretanto, que esta não pode ser tomada de modo uniforme, sendo necessário considerar a diversidade estrutural dos direitos fundamentais. Assim, a eficácia dependeria da “*aptitud intrínseca estructural, de cada uno de los derechos para operar directamente en el ámbito de las relaciones privadas*”. Centrado no problema da *Drittwirkung*, Bilbao Ubillos aponta que o texto da Constituição espanhola não tem pontos de apoio sólidos para acolher ou rechaçar a teoria da eficácia imediata, predominantemente acolhida na doutrina. Aduz que a doutrina majoritária se apoia para fundamentar a exigibilidade imediata destes direitos nas relações privadas em diferentes preceitos constitucionais. De maneira que há quem sustente que o fundamento estaria na cláusula do Estado Social (art. 1.1 CE)¹⁸⁰, no mandato de igualdade substancial previsto no art. 9.2 CE¹⁸¹ ou até na declaração solene do art. 10.1 CE¹⁸². Todavia, pondera que o argumento mais utilizado é de que a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares estaria enunciada no art. 9.1 CE¹⁸³, que reconhece expressamente a sujeição dos cidadãos à Constituição. Ocorre que, como salienta o autor, a sujeição dos cidadãos não tem o mesmo alcance, nem a mesma intensidade da vinculação dos poderes públicos à Constituição. Assim, assevera, valendo-se de palavras do TC, que a sujeição estabelecida no art. 9.1 CE se traduz em um dever de caráter distinto para os cidadãos e para os poderes públicos, na medida em que aos primeiros cabe um dever geral de negativo de abster-se de qualquer atuação que vulnere a Constituição. Ao passo que os

¹⁷⁹ Bilbao Ubillos, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares...*, op. cit., p. 355.

¹⁸⁰ “Art. 1.1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”

¹⁸¹ “Art. 9.2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

¹⁸² “Art. 10.1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”

¹⁸³ “Art. 9.1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.”

titulares dos poderes públicos têm um dever geral positivo de realizar suas funções de acordo com a constituição (STC 101/83, FJ 4).

Diante dessas premissas apresenta dois critérios que a seu juízo deve seguir o juiz na tarefa de resolver os conflitos que venham a ocorrer quanto aos direitos fundamentais nas relações entre particulares. O primeiro consiste em proteger com mais intensidade o direito fundamental da parte mais débil quando em uma relação se verifique a supremacia de uma parte sobre a outra, como se dá na relação entre empresário e trabalhador. O segundo critério passa por considerar que a eficácia vinculante de um direito fundamental será mais intensa quando esteja em jogo a dignidade humana, núcleo intangível e indisponível que deve ser preservado frente a qualquer agressão.¹⁸⁴

Outros estudiosos, sob a influência da doutrina privatista, por considerarem que os direitos fundamentais não tem apoio normativo para garantir vigência entre os particulares, recorreram à figura do dever de proteção estatal, que supõe a necessária mediação estatal. Alfaro Aguila-Real¹⁸⁵, nesse sentido, aduz que *“esta mediación viene delimitada, por un lado, por la obligación de intervención que para los poderes públicos se deduce del carácter de mandatos de protección de los derechos fundamentales. Por otro, por la obligación de respetar el ámbito privado de libertad que deriva del carácter de los derechos fundamentales como prohibiciones de intervención”*. Deste modo, continua Alfaro Águila-Real, realizaria uma distribuição de tarefas entre os distintos poderes estatais e assim corresponde ao legislador estabelecer o nível de eficácia dos direitos fundamentais exigido pela Constituição mediante a promulgação de normas de direito privado que respondam a uma valoração equilibrada dos dois limites expostos anteriormente. Aos juízes corresponderia idêntico labor na interpretação das normas, tarefa que tem especial importância para a interpretação das cláusulas gerais assim como para o controle de constitucionalidade *“de los usos y en la labor del desarrollo judicial del derecho. Al tribunal constitucional corresponde fiscalizar esas actividades estableciendo, en cada caso, si la falta de protección o el exceso de intervención es imputable al legislador o a los jueces.”*¹⁸⁶

¹⁸⁴ Bilbao Ubillos, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares...*, op. cit., pp. 368-370.

¹⁸⁵ Alfaro Águila Real, Jesús. “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Civil*, 1993, p. 120

¹⁸⁶ Idem, p. 120.

Na doutrina laboral, por seu turno, prepondera o pensamento de que a eficácia dos direitos fundamentais será direta no marco das relações de trabalho e tal se dá, em grande medida, por força da evidente desigualdade de posições jurídicas das partes que nela intervém. Aqui, da mesma forma como se viu na doutrina constitucional, os primeiros estudos foram marcados pela confusão inicial entre os aspectos processuais e substanciais da questão. Entretanto, superada a questão, algumas posições destacam essa preferência pela eficácia direta, tornando-se usual, todavia, a ideia de que estes direitos fundamentais não teriam aplicação uniforme. Martin Valverde¹⁸⁷, adotando esse viés, limita a eficácia direta a determinados direitos fundamentais. Assim, afirma que “*los actos del empresario en uso de sus facultades directivas (...) que se dirijan contra la libertad sindical, o el derecho de huelga, o la libertad ideológica, o más genéricamente la no discriminación, deben ser considerados (...) radicalmente nulos*”.

No mesmo diapasão, sobre o direito de não discriminação, Rodríguez Piñero y Fernández López¹⁸⁸ afirmam ser aplicável a eficácia direta, pois o teor do texto constitucional não está adjetivado por sua procedência e é “*rechazable como quiera que surja y cualquiera que la ponga en práctica, poderes públicos o particulares*”.

De fato, sem a pretensão de exaurir o tema, este breve repasse pela doutrina científica espanhola derredor do tema permite aferir que, superado o amálgama inicial entre os aspectos processuais e substanciais do *Drittwirkung*, o debate teórico na Espanha transitou pelas teorias inauguradas pelo constitucionalismo germânico, avançando mais recentemente rumo à noção de que, malgrado a eficácia dos direitos fundamentais possa ser direta, sua aplicação não há de ser compulsoriamente uniforme, de modo que a eficácia dos direitos fundamentais será variável conforme a situação fática que envolve o caso concreto e especialmente conforme o direito que esteja sendo limitado.

¹⁸⁷ Martin Valverde, A., “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, in *Revista de Política Social*, 1983, n. 137, p. 131.

¹⁸⁸ Rodríguez Piñero, M. & Fernández López, M. *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 270.

5.2.2. A *Drittwirkung* na legislação espanhola. Regulação legislativa da possibilidade de acesso ao Tribunal Constitucional

Além do debate doutrinário, a questão da *Drittwirkung* dos direitos fundamentais encontra na Espanha uma resposta normativa, que se concretiza na regulação da proteção jurisdicional dos direitos fundamentais.

As vias pela quais a lesão a direito fundamental pode chegar ao Tribunal Constitucional Espanhol são o recurso de amparo, vocacionado para a tutela dos direitos fundamentais (aplicado aos casos individuais), o controle de constitucionalidade e a questão de constitucionalidade (para os casos de controle em relação às leis). Assim, o controle pode ocorrer em concreto, bem como diretamente em relação à lei que trate da matéria.

O recurso de amparo previsto no art. 53.2 CE¹⁸⁹, conforme informa Pérez Royo¹⁹⁰, é um recurso extraordinário e excepcional. A proteção dos direitos através dele não deve ser a regra, mas a exceção. Para começar, não está previsto para a proteção de todos, mas apenas de alguns direitos fundamentais. Os direitos fundamentais estão enumerados em duas seções do capítulo II do Título I da Constituição espanhola, dispostos em três categorias: “a) *los derechos nominal e sustancialmente fundamentales, que gozan del plus integro de fundamentalidad: los de la sección primera; b) los derechos sustancialmente fundamentales con un plus parcial de fundamentalidad: igualdad y objeción de conciencia; c) los derechos sólo sustancialmente fundamentales: los reconocidos en la sección segunda, con la excepción de la objeción de conciencia (art. 30.2 CE)*”¹⁹¹.

São elementos característicos, comuns a todos os direitos fundamentais, de acordo com o art. 53.1 da Constituição Espanhola: a) eficácia direta e vinculação a todos os poderes públicos, incluído o legislador, para quem são indisponíveis (art. 53.1, primeiro inciso)¹⁹²; b) a existência de reserva de lei e conteúdo essencial (art. 53.1, segundo inciso); c) controle de constitucionalidade (art. 53.1, último inciso). A estas características gerais dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico

¹⁸⁹ Artículo 53. (...) 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

¹⁹⁰ Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, undécima edición, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 513.

¹⁹¹ Royo, Javier Pérez. *Curso de Derecho Constitucional...*, op. cit., p. 236.

¹⁹² Veja-se Cruz Villalón, Pedro. “Formación y evolución de los derechos fundamentales”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 25, enero/april, 1989, pp. 35-62.

de Espanha, os chamados direitos fundamentais da primeira seção (nominal e substancialmente constitucionais) acrescem as seguintes garantias: a) só podem ser objeto de revisão constitucional e jamais de reforma¹⁹³; b) somente podem ser regulados mediante lei orgânica, em virtude de o art. 81.1 CE¹⁹⁴ reiterar expressa e literalmente os termos que constam na seção 1ª, não sendo submetidos, nesse sentido, a decreto-lei, decreto legislativo ou iniciativa legislativa popular; c) são passíveis de tutela através de um procedimento preferente e sumário perante os tribunais de justiça e, conforme o caso, através de recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional, garantia esta que se estende também aos direitos contidos no art. 14 e 30.2 da CE (2ª categoria indicada)¹⁹⁵.

Só os direitos contidos entre os arts. 14 e 29, além do art. 30.2 da CE são suscetíveis de amparo ante o Tribunal Constitucional, ou de proteção ante os tribunais ordinários pelo procedimento preferente e sumário previsto no art. 53.2 CE. Ainda que o art. 53.2 CE não mencione contra quem deve ser interposto o recurso de amparo, se o poder público ou os entes privados, a interpretação que foi feita pelo legislador através da LOTC parece se concretar na restrição do acesso ao TC às

¹⁹³ A Constituição adota um sistema particularmente rígido quando o constituinte derivado busca afetar os direitos fundamentais previstos na seção primeira do capítulo II. Trata-se do procedimento previsto no art. 168, CE, no qual, na essência, se eleva a maioria qualificada para a reforma da Constituição (art. 167), a qual deve ser obtida em duas legislaturas sucessivas, sendo submetida a um referendun para sua ratificação. É o que se colhe do texto dos arts. 167 e 168 CE. “Art. 167. 1. *Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado.* 2. *De no haberse logrado la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso, por mayoría de dos tercios, podrá aprobar la reforma.* 3. *Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.* Art. 168. 1. *Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.* 2. *Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.* 3. *Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.*”

¹⁹⁴ Art. 81.1. *Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.*

¹⁹⁵ Sobre a tutela judicial dos direitos fundamentais na Espanha, por todos, leia-se Carrasco Durán, Manuel. *Los procesos para tutela judicial de los derechos fundamentales.* Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002. Do mesmo autor, sobre o conceito e principais características do recurso de amparo constitucional, leia-se “El Concepto Constitucional de Recurso de Amparo: Examen de Posibilidades para una Reforma de la Regulación y la Práctica del Recurso de Amparo”. *Revista Española de Derecho Constitucional.* 2001, pp. 79-128.

violações de direitos fundamentais perpetradas por poderes públicos (art. 41 LOTC)¹⁹⁶. Assim, de acordo com o referido artigo da LOTC, ainda que a restrição não tenha sido estabelecida pelo texto constitucional (o art. 53.2 CE deixa a questão em aberto), não teria cabimento o amparo contra atos de pessoas privadas, sejam físicas ou jurídicas.

Para os conflitos entre particulares, o legislador previu o recurso a tribunais ordinários¹⁹⁷. Assim o fez, originariamente, no marco da Lei 62/1978, de 26 de dezembro, de proteção jurisdicional dos direitos fundamentais, norma que regulou o art. 53.2 CE. Esta lei regulava a proteção judicial dos direitos fundamentais nas jurisdições civil, penal e contencioso-administrativo. Hoje a Lei 62/1978 foi derogada por três normas: i) pela Lei Reguladora da Jurisdição Contenciosa-Administrativa, Lei 29/1998, de 13 de julho de 1998; ii) pela Lei de Procedimento Civil, Lei 1/2000, de 07 de janeiro de 2000; iii) e pela Lei de reforma parcial da Lei de Procedimento Criminal, voltada para o processamento rápido e imediato de determinados delitos e faltas, Lei 38/2002, de 24 de outubro de 2002. Esta Lei elimina o procedimento preferente e sumário na jurisdição penal¹⁹⁸. O trâmite destes conflitos é complementado pela Lei Reguladora da Jurisdição Social, Lei 36/2011 de 10 de outubro, que entrou em vigor em 12 de dezembro de 2011 (arts. 177 a 184) e pela “Lei da Jurisdição Militar”, Lei Orgânica 4/1987, de 15 de julho de 1987.

Pois bem, as leis que tratam do procedimento laboral e a lei de procedimento civil regulam a proteção jurisdicional de violação de direitos fundamentais originadas em conflitos entre particulares e contemplam a tutela judicial

¹⁹⁶ Lei Orgânica 2/1979, de 3 de outubro, do Tribunal Constitucional (LOTIC). *Artículo 41. Uno. Los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta Ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30 de la Constitución. Dos. El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta Ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes. Tres. En el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso.*

¹⁹⁷ Contudo, o modelo preferente e sumário para proteção de direitos fundamentais pelos órgãos judiciais tem perdido protagonismo ante o amparo constitucional. Para uma análise crítica sobre o modelo preferente e sumário para proteção de direitos fundamentais pelos órgãos judiciais, leia-se, por todos, as conclusões de Carrasco Durán, segundo o qual “*más allá de las diferencias que se registran en cada orden jurisdiccional, puede señalarse que la práctica de los procesos preferentes y sumarios se ha quedado muy lejos del potencial que pudiera derivarse de unos procedimientos destinados específicamente a la protección de los derechos fundamentales*” (Carrasco Durán, Manuel. “Amparo Judicial: Presente y Futuro”. *En: Revista del Departamento de Derecho Político*. 2007, vol. 68, p. 172).

¹⁹⁸ Sobre o tema, veja-se Carrasco Durán, Manuel. “Amparo Judicial: Presente y Futuro”, *op. cit.*, pp. 153 e seguintes.

ordinária diante da violação de direitos fundamentais por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, destacando o primeiro diploma a possibilidade de a lesão ser perpetrada pelo empregador, garantindo uma tutela sumária (com caráter urgente) e preferencial em relação aos demais feitos que tramitam no órgão jurisdicional¹⁹⁹.

Assim, entre os trâmites de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais o legislador regulou procedimentos de tutela frente a particulares, admitindo assim tacitamente a *Drittwirkung* direta, ainda que, em princípio, a violação de direitos fundamentais por particulares se resolva pela via judicial ordinária, e não ante o TC. O amparo interposto perante o TC, e segundo o art. 41 LOTC, somente é admissível quando a lesão a direito fundamental alegada tenha como autor da pretensa lesão um órgão do poder público, e este, de acordo com a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional é classificado em três categorias clássicas: Poder Legislativo (42 LOTC), Executivo (43 LOTC) e Poder Judiciário (44 LOTC)²⁰⁰.

¹⁹⁹ Nesse sentido, temos, por exemplo, o artigo 177 da Lei de Procedimento Laboral, vazada nos seguintes termos: “*Artículo 177. 1. La tramitación de estos procesos tendrá carácter urgente a todos los efectos, siendo preferente respecto de todos los que se sigan en el Juzgado o Tribunal. Los recursos que se interpongan se resolverán por el Tribunal con igual preferencia. 2. La demanda habrá de interponerse dentro del plazo general de prescripción o caducidad de la acción previsto para las conductas o actos sobre los que se concrete la lesión a la libertad sindical. 3. La demanda, además de los requisitos generales establecidos en la presente Ley, deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración alegada. 4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 81.1 de esta Ley, el Juez o la Sala rechazará de plano las demandas que no deban tramitarse con arreglo a las disposiciones de este capítulo, advirtiendo al demandante del derecho que le asiste a promover la acción por el cauce procesal correspondiente. No obstante, el Juez o la Sala podrá dar a la demanda la tramitación ordinaria o especial si para una u otra fuese competente y dicha demanda reuniese los requisitos exigidos por la Ley.*”

²⁰⁰ *Artículo 42. Las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras y Asambleas, sean firmes.*

Artículo 43. Uno. Las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial procedente. Dos. El plazo para interponer el recurso de amparo constitucional será el de los veinte días siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial. Tres. El recurso solo podrá fundarse en la infracción por una resolución firme de los preceptos constitucionales que reconocen los derechos o libertades susceptibles de amparo.

Artículo 44. Uno. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

a. Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.

b. Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.

c. Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.

Agora, registre-se que a interpretação que o Tribunal Constitucional, desde sua primeira jurisprudência, emprestou aos arts. 41 e 44 LOTC lhe permitiu tutelar direitos fundamentais frente a particulares pela via do recurso de amparo, confirmando assim a *Drittwirkung* direta dos direitos fundamentais na normativa espanhola. Com efeito, o amparo mais comum é aquele em face de atos do Poder Judiciário e é justamente por essa via que a lesão a direito fundamental perpetrada por particular pode ser objeto de exame pelo tribunal constitucional. E tal se dá, ainda que, em princípio, e com base na expressão literal dos arts. 41 a 44 da LOTC, não coubesse o amparo perante o TC quando se trata de lesões a direitos fundamentais que tenham sua origem em atos de pessoa física ou jurídica de direito privado. Todavia, a interpretação que o TC deu a esses artigos abriu a possibilidade de atribuir a lesão a um órgão judicial no caso de uma violação efetuada por particular não seja corrigida pelo Poder Judiciário.

Em concreto, essa via consiste em interpretar o art. 44 da LOTC em termos que permitam imputar diretamente ao Poder Judiciário a violação do direito ou liberdade fundamental causada por um sujeito particular, na medida em que a violação não seja corrigida ou remediada pelo Poder Judiciário ao conhecer do caso em questão. Entende o Tribunal Constitucional que quando não se obtenha a tutela do direito lesionado por parte dos órgãos da jurisdição ordinária, será possível atribuir a estes a lesão ao direito, e se valer do recurso de amparo, imputando, nesse caso, a lesão não a um particular, mas à resolução judicial que não reconhece e não repara a citada lesão (é possível verificar a teoria da “asunción judicial” nas SSTC 55/1983, de 22 de junho; 18/1984, de 07 de fevereiro; 51/1988, de 22 de março; e 177/1988, de 10 de outubro, entre várias outras). Deste modo, como informa Pérez Royo²⁰¹:

Las posibles vulneraciones de los derechos fundamentales que ocasionan la presentación del recurso de amparo son originadas por actos de personas privadas en el curso de relaciones jurídicas que se desarrollan entre particulares (por ejemplo, un despido, la publicación de una información o artículo de opinión, etc.). Dado que el recurso de amparo solamente puede ser presentado contra actos de los poderes públicos, en estos casos, el recurso de amparo se interpone contra las resoluciones de los órganos judiciales que hubieran conocido en la vía judicial previa de la demanda presentada por la persona que entienda haber sufrido la vulneración de alguno o algunos de tales derechos, que no hubieran reconocido la existencia

Dos. El plazo para interponer el recurso de amparo será de 30 días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.

²⁰¹ Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 520.

de dicha vulneración y que, por tanto, no hubieran dado la protección debida al derecho o derechos lesionados. Es decir, lo que se achaca al órgano judicial en este particular tipo de asuntos es haber vulnerado algún derecho de los protegidos por el recurso de amparo al no haberle proporcionado la tutela debida. Esta modalidad de recurso de amparo, por tanto, abre la vía para que, siquiera indirectamente, lleguen al Tribunal Constitucional casos en los que la vulneración de tales derechos haya sido causada por personas particulares.

Deste modo a *Drittwirkung* direta dos direitos fundamentais ficou consolidada no sistema espanhol.

5.2.3. A doutrina do Tribunal Constitucional Espanhol a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações laborais (anterior à STC 241/2012)

Como já visto, o julgamento do caso Lüth repercutiu não apenas na Alemanha, mas também em outros países da Europa Ocidental, tendo influenciado a redação da Carta Magna portuguesa e da recente Constituição da Suíça, que consignam a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares expressamente. E como já visto, o texto constitucional espanhol, a despeito de ter sido bastante influenciado no campo dos direitos fundamentais pela Lei Fundamental de Bonn, e de ser um produto do período que é considerado como a última etapa do ciclo de consolidação do constitucionalismo democrático na Europa Ocidental, não trata expressamente do tema.

Diante desse contexto normativo, ainda que na Espanha, como já se viu, a *Drittwirkung* direta dos direitos fundamentais esteja assumida na regulação legal da tutela preferencial e sumária dos direitos fundamentais pelos tribunais ordinários, forçoso reconhecer que, fazendo uma leitura da doutrina do TC, é muito difícil apontar um posicionamento geral e explícito a respeito da eficácia entre particulares dos direitos fundamentais²⁰². Se é verdade que desde primeiro momento o TC admitiu o

²⁰² As incertezas a respeito da teoria adotada pelo TC em relação à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares proporcionam contradição na própria doutrina especializada. Um setor entre os estudiosos do tema qualifica a doutrina do TC como de eficácia mediata (Jesús Alfaro Águila Real, *apud* Bilbao Ubillos (*La eficacia...*, *op. cit.*, p. 384). Há, ainda, doutrinadores que definem que a eficácia é imediata (C. Molina, L. Aguiar, em alguns trabalhos, e F. R. Blat Gimeno, *apud* Bilbao Ubillos in *La eficacia...*, *op. cit.* p.384). Ultimamente, diante da indefinição do TC, já apresentam caráter majoritário os estudos em que se afirma que a eficácia é mediata ou imediata conforme o caso concreto, não existindo, assim, uma doutrina bem definida pelo Tribunal Constitucional espanhol. Alguns estudiosos, como Garcia Torres e Jimenez Blanco vão mais longe, ao afirmar que não há nenhuma necessidade de que os diferentes direitos fundamentais tenham um grau uniforme de *Drittwirkung* (*apud* Bilbao Ubillos, *La eficacia...*, *op. cit.*, p. 355).

Drittwirkung, por outro lado, como acentuam estudiosos do tema²⁰³, não se pode extrair um pronunciamento inequívoco favorável ou contrário à vigência imediata de tais direitos nas relações particulares. Isso porque, ainda que em muitas sentenças esta tenha sido reconhecida implicitamente, em muito poucas houve alguma menção expressa a esta questão, não tendo o TC entendido até o presente momento seja necessário ofertar uma resposta de caráter geral a esta questão substancial²⁰⁴, ainda que já tenha resolvido uma infinidade de casos de conflitos de direitos, principalmente dos direitos da personalidade reconhecidos no art. 18.1 CE (honra, intimidade e própria imagem) frente à liberdade de expressão e direito à informação, reconhecidos no art. 20.1 CE.

No que se refere especificamente à seara trabalhista, o Tribunal Constitucional não tem tido nenhum prurido em reconhecer a existência de direitos fundamentais dos trabalhadores ou admitir que certos direitos fundamentais têm sua projeção na relação laboral. É o que reconhece expressamente Bilbao Ubillos²⁰⁵ ao externar que *“los pronunciamientos más significativos del tribunal y, desde luego, aquellos en los que se ha llegado a reconocer de una forma más nítida la eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales, se han emitido casi siempre con motivo de un conflicto de carácter laboral”*.

E, nesta mesma seara, ainda que na maior parte dos julgados o amparo se dirija contra empresas que lesionam direitos fundamentais de trabalhadores, o TC igualmente tem admitido a aplicação dos direitos fundamentais quando violados por qualquer outra fonte de poder não estatal. É o que se verifica no Auto 254/2001²⁰⁶, no qual a decisão não deixa margem de dúvida quanto à aplicação dos direitos fundamentais em face de terceiros, permanecendo a discussão apenas quanto ao fato de ser a eficácia direta ou indireta. Neste caso, em que a Comunidade de Pescadores de “El Palmar” (criada para explorar economicamente a riqueza piscícola lacustre – albufera - de Valencia) recorreu de amparo diante de seguidas decisões que consideraram lesivas

²⁰³ Por todos, vale a menção a Roig Batalla, Antoni et al (*El uso laboral y sindical del correo electrónico e Internet en la empresa*. 1ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 31 e seguintes) e Bilbao Ubillos (*La eficacia...*, *op. cit.*, p. 383 e seguintes).

²⁰⁴ O professor Ignacio Diez-Picazo, entretanto, acredita que o TC se vale de uma ficção útil de imputação da vulneração dos direitos fundamentais ao juiz para ocultar a eficácia direta dos direitos fundamentais entre particulares, *in* “Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo”, *in* AAVV, *La sentencia de amparo constitucional*. *Actas de las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEC, 1996, p. 21.

²⁰⁵ *Op. cit.*, p. 388. No mesmo sentido, o já citado artigo publicado por Fernando Valdés Dal –Ré. *La vinculabilidad...*

²⁰⁶ Recurso de amparo, Auto: 254/2001, de 20/09/2001, Sección Primera, Magistrados: Excms. Srs. Cruz Villalón, García Manzano y Garrido Falla.

ao direito à igualdade (art. 14 CE) a inadmissão de mulheres para ingressar em seus quadros, por considerar a hipótese discriminatória por motivo de sexo. Os recorrentes invocavam violação de seus direitos à igualdade e a não sofrer discriminação (art. 14 CE) e de associação (art. 22 CE). O Tribunal Constitucional assentou suas premissas derredor da aplicação dos direitos fundamentais em face das associações privadas nos seguintes termos²⁰⁷:

Alega asimismo la recurrente en amparo que las Sentencias impugnadas han lesionado su derecho de asociación (art. 22 CE), al imponerle la admisión de cinco nuevas asociadas al margen de los procedimientos de ingreso aprobados por la Comunidad y sin tener en cuenta que el derecho a la igualdad ante la ley es oponible por los ciudadanos frente a los poderes públicos, mas no frente a una entidad asociativa privada como la Comunidad de Pescadores de "El Palmar", cuya creación, organización y funcionamiento se rige por disposiciones de los propios asociados, de conformidad con el principio de autonomía de la voluntad, consustancial al derecho de asociación, por lo que pueden legítimamente establecer los requisitos que consideren oportunos para poder formar parte de la Comunidad y determinar si los aspirantes a ingresar en la misma cumplen los requisitos exigidos para ello.

En respuesta a este alegato ha de afirmarse que el derecho a asociarse conlleva sin duda la potestad autoorganizatoria de las asociaciones privadas, libre en principio de injerencias del poder público (SSTC 218/1988, 244/1991, 185/1993 y 56/1995, por todas), pero debiendo precisarse que el ejercicio de esa potestad no puede suponer en ningún caso la lesión de derechos fundamentales de terceros. En efecto, es doctrina reiterada de este Tribunal que los derechos fundamentales no son derechos absolutos e ilimitados. Por el contrario, su ejercicio está sujeto tanto a límites establecidos directamente en la propia Constitución como a otros que puedan fijarse para proteger o preservar otros derechos fundamentales, valores o bienes constitucionalmente protegidos o intereses constitucionalmente relevantes (entre otras muchas, SSTC 11/1981, 2/1982, 91/1983, 22/1984, 110/1984, 77/1985, 159/1986, 120/1990, 181/1990 y 143/1994). (Auto 254/2001, FJ 4).

²⁰⁷ No fundamento jurídico terceiro o TC salienta que a comunidade de pescadores não promove sua demanda de amparo para reagir a uma discriminação que tenha sofrido, mas contra a decisão que não permitiu que mantivesse seu posicionamento de não admitir o ingresso das candidatas mulheres, por ser a medida lesiva ao direito à igualdade. Para o TC, a questão trazida pela via de amparo não se trata de uma vulneração a direitos fundamentais, mas de interpretação de direito fundamental, pretensão alheia ao recurso de amparo, como ressalta a STC 114/1995 (FJ 2), "*el recurso de amparo no es una vía procesal adecuada para solicitar y obtener un pronunciamiento abstracto y genérico sobre pretensiones declarativas respecto de supuestas interpretaciones erróneas o indebidas aplicaciones de preceptos constitucionales, sino sólo y exclusivamente sobre pretensiones dirigidas a restablecer o preservar los derechos fundamentales Pues la jurisdicción de amparo, en rigor, no ha sido constituida para reparar infracciones de preceptos sino vulneraciones de derechos...fundamentales... En pocas palabras, si se prefiere, el recurso de amparo no es una casación en interés de ley*".

Entre as questões que mais comumente são alçadas ao conhecimento do TC pela via de amparo (relações empregado/empregador), oportuno fazer um registro expresso às declarações externadas na STC n. 88/1985. Nesse processo em que se discutia a licitude constitucional de despedida perpetrada como sanção em virtude de manifestações públicas feitas pelo trabalhador acerca do funcionamento da empresa, a Sala Primeira do TC consignou:

la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una das partes, el trabajador, de los derechos que la constitución le reconoce como ciudadano (...) y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación, que en el ámbito de las relaciones laborales se instrumenta, por el momento, a través del proceso laboral.” Para, em seguida, concluir: *“Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades publicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de feudalismo industrial repugnan al Estado social y democrático de derecho....*

Posição similar vai ser defendida em diversas sentenças a partir da STC n. 06/1988, de 21.01.1988.²⁰⁸

No que tange particularmente ao trato das faculdades de controle do empregador²⁰⁹, o TC demonstra a operatividade dos direitos fundamentais nas relações de trabalho na STC n. 292/1993, de 18.10.1993, especificando que a relação de trabalho além de não poder gerar lesão aos direitos fundamentais trabalhistas típicos não autoriza que o empresário lesione os direitos fundamentais inespecíficos: *“además de los derechos fundamentales típicamente laborales, la conducta que desarrolla el empresario en relación con la actividad en los centros productivos puede incidir en otros derechos fundamentales del trabajador que con mayor o menor frecuencia emergen en las relaciones de trabajo, como son, principalmente, los derechos a la*

²⁰⁸ Na STC 06/1988, depois de consignar em seu extrato que *“la utilización de un derecho fundamental, si el derecho es, de verdad, reconocible, no puede nunca ser objeto de sanción”*, o Tribunal Constitucional pontua em seu fundamento jurídico 6º que *“esta libertad (referindo-se à liberdade de informação), sin duda, no podrá invocarse lícitamente para romper el marco normativo y contractual de las relaciones jurídico-privadas, pero tampoco los principios que informen a estas últimas, y que preservan el honesto y leal cumplimiento por las partes de sus obligaciones respectivas, podrán entenderse en términos tales que se impida, más allá de los imperativos propios impuestos por el contrato, el ejercicio de la libertad civil que la Constitución preserva.”*

²⁰⁹ Este tema será aprofundado no capítulo 3º deste estudo.

igualdad y no discriminación, de libertad ideológica, de intimidad personal y de libertad de expresión e información”(STC 292/1993, FJ 4).

Até então, o TC, reconhecendo a eficácia dos direitos fundamentais na seara laboral, se baseava fundamentalmente nos princípios trabalhistas para prolatar suas sentenças, valendo-se excessivamente de critérios um tanto quanto subjetivistas como a boa-fé. Alguns autores criticaram fortemente esta posição adotada no passado pelo TC, por entenderem que a boa fé em um negócio jurídico bilateral acabava tendo um viés unilateral, já que somente em relação a um dos contratantes (o empregado) a jurisprudência constitucional enfatiza a boa fé como um limite ao exercício dos direitos fundamentais²¹⁰. Para Roig Batalla²¹¹ esta primeira etapa é criticável por substituir a harmonização de direitos constitucionais por uma suposta ponderação alicerçada exclusivamente em princípios contratuais. Assim, interpretava o Tribunal Constitucional os princípios laborais sem abordar seu novo conteúdo à luz do texto constitucional.

Todavia, a partir de meados dos anos 90, há uma mudança no entendimento do TC, que introduz a ponderação constitucional e passa a fazer menção progressivamente à noção de estrita necessidade, como requisito para a admissibilidade de restrições a direitos fundamentais do trabalhador, uma noção que, como em seguida veremos, têm duas dimensões. Dessa nova forma de enfrentamento, a STC 99/1994 é o seu primeiro modelo²¹². Nela, o TC acrescenta a este rol de direitos, antes nominado na STC 292/1993, a possibilidade de lesão à imagem do trabalhador, ponderando sobre os direitos fundamentais de uma maneira muito próxima daquela que hoje adota:

²¹⁰ Sobre este tema e outros esclarecimentos a respeito da aplicação do princípio na jurisprudência do TC, recomenda-se a leitura de Naranjo de la Cruz, Rafael, em *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, no qual faz detalhado estudo sobre o instituto da boa fé contratual, enfatizando os direitos a liberdade de expressão e informação..

²¹¹ *El uso laboral y sindical...*, *op. cit.*, p. 38.

²¹² Ainda que não se possa apontar um caráter linear na doutrina do TC posterior à STC 99/1994 e que em alguns julgados ulteriores este tenha voltado a se valer da boa-fé como elemento legitimador do exercício de um direito fundamental pelos trabalhadores (STC 04/1996, dentre outras), este modelo de utilização da regra da estrita necessidade como mecanismo de abordagem dos conflitos dos direitos fundamentais dos trabalhadores nas relações de trabalho foi seguido pela STC 06/1995, dentre outras decisões que a sucederam (SSTC 106/1996, 186/1996 etc.). Sobre a mudança de parâmetros adotada pelo TC, muito valioso o estudo desenvolvido pelo professor Javier Pardo Falcón (“Los derechos fundamentales como límites de los poderes jurídicos del empresario”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 17, n. 49, Enero-abril, 1997, p. 299-309), no qual o autor enfatiza que o abandono por parte do TC de critérios subjetivistas, como a boa-fé, na hora de abordar os conflitos oriundos do exercício pelo trabalhador dos direitos fundamentais que lhe correspondem como cidadão, e sua substituição por instrumentos de controle dos limites dos direitos fundamentais muito mais elaborados, como o princípio da proporcionalidade, supõe, sem dúvida, uma notável e acertada mudança jurisprudencial sobre a matéria.

el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada (STC 88/1985). Pero que, partiendo de este principio, no puede desconocerse tampoco que la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (arts. 38 y 33 C.E.). Es en aplicación de esta necesaria adaptabilidad de los derechos del trabajador a los requerimientos de la organización productiva en que se integra, y en la apreciada razonabilidad de éstos, como se ha afirmado que manifestaciones del ejercicio de aquéllos que en otro contexto serían legítimas, no lo son, cuando su ejercicio se valora en el marco de la relación laboral (SSTC 73/1982, 120/1983, 19/1985, 170/1987, 6/1988, 129/1989, 126/1990, entre otras).

Assim, o TC, a despeito de reconhecer que não bastaria a mera afirmação por parte da empresa do interesse empresarial para restringir as liberdades do trabalhador, em virtude da posição prevalente dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico espanhol, admite que esta possa derivar explícita ou implicitamente da própria manifestação de vontade do trabalhador, expressada ao celebrar o contrato, quando de acordo com a natureza deste, a tarefa encomendada implique necessária restrição aos direitos do trabalhador (a exemplo da imagem de trabalhador contratado para promoção de produtos). Ademais, reconhece o TC, ainda quando a restrição não derive implícita ou explicitamente do consentimento contratual, que uma restrição de direitos fundamentais no âmbito laboral é também legítima se é imprescindível para satisfazer interesses legítimos da empresa. No caso concreto, na STC 99/1994, este aspecto fica bem claro quando o TC implicitamente registra que, ainda que a atividade de demonstração do produto em feira gastronômica não fosse inerente ao contrato de trabalho do demandante no processo, se não houvesse outro cortador de presunto que pudesse substituí-lo na citada atividade, legítima seria a restrição do seu direito de imagem por força da liberdade contida no art. 38 CE. É o que se infere do fragmento abaixo (STC 99/1994, FJ 7):

Los requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquéllos (al margen de los conectados de forma necesaria con el objeto mismo del contrato) deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar -por parte de quien pretende aquel efecto- que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo

objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra.

En este contexto, la posición de la empresa no podría legitimarse por la sola orden dada al trabajador; era preciso, además, que se pusiera de manifiesto la necesidad organizativa estricta de que ese trabajador -y no otro, o de otra manera- cumpliera la orden dada, en los términos en que se le dio, dadas las circunstancias concurrentes en el caso y en la empresa concreta (Destaque não consta no original).

Importante gizar que um completo resumo da doutrina do TC sobre o exercício dos direitos fundamentais no âmbito laboral, como salienta Bilbao Ubillos²¹³, se vê na STC 90/1997, de 06 de maio de 1997, em doutrina seguida posteriormente em diversos julgados, a exemplo das SSTC 80/2001, de 26 de março de 2001, (FJ 3), 20/2002, de 28 de janeiro de 2002, (FJ 4), 213/2002, de 11 de novembro de 2002, (FJ 7), 126/2003, de 30 de junho de 2003, (FJ 7), 181/2006, de 19 de junho de 2006, (FJ 6)²¹⁴.

²¹³ *La eficacia ...*, op. cit., p. 393.

²¹⁴ Neste julgado mais recente é catalogada boa parte da jurisprudência do TC espanhol, enfatizando a preeminência do direito do trabalhador sobre a liberdade de empresa, mas enfatizando que o seu confronto conduz à matização de ambos. Veja-se fragmento do fundamento jurídico 6º: “*No obstante, debemos recordar que en el presente caso la protección que la recurrente demanda de su derecho a la libertad de expresión se efectúa en relación con el ejercicio por parte del empresario de sus poderes disciplinarios, en el seno de una relación laboral. Se trata, por lo tanto, de un ámbito en el cual el ejercicio de la indicada libertad no sólo está sujeto a las restricciones genéricas antes apuntadas, sino también a los límites adicionales derivados del vínculo contractual que une a trabajador y empresario (SSTC 106/1996, de 12 de junio, FJ 5; 1/1998, de 12 de enero, FJ 3; 90/1999, de 26 de mayo, FJ 3; y 241/1999, de 20 de diciembre, FJ 4). Tal modulación contractual en modo alguno significa, como hemos dicho con reiteración, que exista un deber genérico de lealtad con un significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no resultaría acorde con el sistema constitucional de relaciones laborales (SSTC 186/1996, de 25 de noviembre, FJ 3; 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2; 1/1998, de 12 de enero, FJ 3; 197/1998, de 13 de octubre, FJ 2; y 241/1999, de 20 de diciembre, FJ 4). Este Tribunal ha puesto de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales preserven, en casos como el presente, "el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito -modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente- de su libertad constitucional" (STC 6/1988, de 21 de enero). Dada la posición preeminente de los derechos y libertades constitucionales en el ordenamiento jurídico, la modulación que el contrato de trabajo pueda producir en su ejercicio habrá de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin (SSTC 6/1982, de 21 de enero, FJ 8; 106/1996, de 12 de junio, FJ 5; 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2; 1/1998, de 12 de enero, FJ 3; 90/1999, de 26 de mayo, FJ 3; 98/2000, de 10 de abril, FJ 7; 80/2001, de 26 de marzo, FJ 3; 20/2002, de 28 de enero, FJ 4; 213/2002, de 11 de noviembre, FJ 7; y 126/2003, de 30 de junio, FJ 7). En definitiva, los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen, por lo que ahora interesa, que también las facultades organizativas empresariales se encuentren limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetarlos (STC 292/1993, de 18 de octubre, FJ 4). Este Tribunal viene manteniendo que, desde la prevalencia de tales derechos, su limitación por parte de las facultades empresariales sólo puede derivar, bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho (SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 7; y 106/1996, de 12 de junio, FJ 4), bien de una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador (SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 7; 6/1995, de 10 de enero, FJ 3; y 136/1996, de 23 de*

Efetivamente, na STC 90/1997, em seu fundamento jurídico 4º, encontram-se sistematizados alguns dos pilares sobre os quais está assentada a jurisprudência constitucional, conforme se colhe da leitura dos seguintes fragmentos:

La jurisprudencia de este tribunal (TC) ha insistido reiteradamente en la plena efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral, ya que ésta no puede implicar en modo alguno la privación de los derechos para quienes prestan servicios en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo.

(...)

“el ejercicio de tales derechos únicamente admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 38 y 33 CE y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos.

Sobre os direitos fundamentais no contrato de trabalho, o TC sedimenta alguns pontos em sua doutrina. Inicialmente, pontua que dele derivam equilíbrio e limitações recíprocas para ambas as partes contraentes, e então sinaliza para o fato de que há um conflito entre os direitos fundamentais dos trabalhadores e a liberdade da empresa garantida constitucionalmente pelo art. 38 CE.

A respeito deste tópico, consigna o TC que “*también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquellos*”²¹⁵. Em seguida, no mesmo fundamento jurídico, rejeita, como já visto quando tratamos da STC 99/1994, que a mera alegação do interesse empresarial seja suficiente para sacrificar o direito fundamental do trabalhador, materializando a evolução de sua doutrina para a ideia de aplicação da regra da estrita necessidade da restrição imposta ao direito do trabalhador, jurisprudência que se aplica ao exercício das facultades disciplinares do empregador, na qual se encontra a facultade de controle sobre o uso dos correios eletrônicos.

julio, FJ 7). Pero, además de ello, la Jurisprudencia constitucional ha mantenido, como no podía ser de otro modo, que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador (así, entre otras, SSTC 94/1984, de 16 de octubre, FJ 3; 123/1992, de 28 de septiembre, FJ 5; 134/1994, de 9 de mayo, FJ 5; y 173/1994, de 7 de junio, FJ 3), ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 22). En definitiva, la libertad de expresión, que no es un derecho ilimitado y absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, debe conciliarse, cuando se ejerce en el marco de una relación de trabajo, con la lícita protección de los intereses empresariales, deducidos éstos conforme a un juicio de ponderación, de manera que las restricciones que hayan de aplicarse habrán de ser adecuadas, imprescindibles y proporcionales a la protección de la libertad de empresa. Queda por determinar, en consecuencia, en qué medida la resolución judicial impugnada efectuó adecuadamente este juicio de ponderación”.

²¹⁵ Entre outras, na STC 90/1997, FJ 5.

E aqui parece que a admissão do critério da estrita necessidade pelo TC expressa o reconhecimento de que, o trabalhador, ao firmar o contrato de trabalho, consente expressamente, através do seu ato volitivo não viciado (contrato de trabalho ou norma coletiva) ou implicitamente (considerando ser o contrato de trabalho um “contrato realidade”), em favor da restrição desde que esta seja necessária ao próprio desenvolvimento da atividade laboral, considerando o próprio objeto do contrato. De forma que, descartado que a restrição do direito fundamental venha imposta pela natureza da atividade contratada, não se pode entender que esse consentimento do obreiro para a restrição ao direito fundamental exista, hipótese em que se analisará a colisão dos direitos fundamentais dos obreiros com os interesses dos empresários, a ser resolvida baseada no princípio de que a restrição deve estar justificada na satisfação de interesses empresariais legítimos e necessários para o desenvolvimento da atividade produtiva.

Neste sentido, quanto ao exercício das faculdades de controle, não bastaria ao empregador alegar a conveniência ou a oportunidade para a restrição de direitos, fazendo-se necessário apresentar motivos objetivos que assinalem a necessidade de levar a restrição a cabo, a exemplo de suspeitas do cometimento de irregularidades baseadas em seguros indícios, necessidade de segurança patrimonial ou do sistema da empresa entre outras razões, não sendo suficiente a pura e simples discricionariedade empresarial, evitando-se que o exercício do direito fundamental seja limitado como resultado de vontade pura, simples e caprichosa do empregador. E tal se dá porque a doutrina constitucional espanhola hoje não dá o mesmo peso aos dois interesses em colisão (trabalhadores e empresários). Ao se exigir que toda limitação seja justificada e estritamente necessária, o TC está afirmando seu caráter excepcional. Faltando algum dos elementos cumulativos, blindado estará o direito fundamental. O próprio TC enfatiza seu caráter prevalente quando afirma que as restrições a serem impostas aos direitos dos obreiros estão limitadas pela noção de imprescindibilidade. E tal se dá porque o TC reconhece que entre empregado e empregador há um verdadeiro desequilíbrio quando levado em conta o poder empresarial e a posição subalterna dos empregados nas relações obreiras. Daí o TC adotar para estes casos um critério de solução a meio caminho entre a utilização do princípio de proporcionalidade e o uso da noção de ponderação entre poder empresarial e direitos fundamentais limitados dos empregados. Vale dizer, entretanto, que este critério de resolução dos casos está mais inclinado para a proporcionalidade, na medida em que na relação de trabalho estamos

diante de uma relação de poder que, malgrado esteja sustentada em um direito fundamental, não perde essa condição (de poder).

Assim, basicamente, ressalvados um ou outro julgado discrepante, desde então, no período que antecedeu a STC 241/2012, esta é a posição mais frequente nos processos que chegaram ao Tribunal Constitucional envolvendo restrição de direitos fundamentais de trabalhadores em virtude do exercício das faculdades diretivas empresariais na relação de trabalho. Nestas hipóteses, o Tribunal Constitucional, ainda que na prática evite abordar com clareza o direito à liberdade de empresa (aspecto que será delineado no capítulo 3) reconhece, ao menos formalmente, a existência de uma tensão hermenêutica entre este e os direitos fundamentais dos obreiros, o que, vai exigir para viabilizar as futuras conclusões uma análise mais detalhada dos direitos colidentes, de modo a que se possa chegar a um raciocínio seguro a respeito de qual deles, na circunstância fática especificamente proposta, deva ter preponderância.

Assim, situada a evolução do pensamento do Tribunal Constitucional a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações laborais, esta poderia ser esquematizada da seguinte forma:

a) A celebração de um contrato de trabalho não implica a privação ao trabalhador dos direitos que a Constituição lhe reconhece como cidadão (STC 88/1985, FJ. 2º, reiterado em várias outras sentenças, a exemplo da STC 106/1996²¹⁶).

E tal se dá porque, na expressa dicção do Tribunal Constitucional “*el ejercicio de las facultades organizativas del empleador no puede traducirse en la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, ni en la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél*” (por todas, veja-se a STC 41/2006, FJ 4).

Reforça-se, pois, a visão de que nem as organizações formam mundos separados do restante da sociedade, nem o poder empresarial legitima que aqueles que nela prestam serviços devam suportar despojos transitórios ou limitações injustificadas de seus direitos fundamentais.

b) A inserção na empresa obriga a modular os direitos fundamentais inespecíficos dos trabalhadores.

²¹⁶ No todo ou parcialmente a ideia é reproduzida nas SSTC 6/1988, de 21 de janeiro, FJ 5; 99/1994, de 11 de abril, FJ 4; 197/1998, de 13 outubro, FJ 2; 21/2000, de 31 de janeiro, FJ 5; 80/2001, de 26 março, FJ 3; 201/2002, de 28 janeiro, FJ 4; 126/2003, de 30 junho, FJ 7; 151/2004, de 20 setembro, FJ 7, 196/2004, de 15 de novembro, FJ 3; 125/2007, de 21 de maio, FJ 2 e 75/2010, de 19 de outubro, FJ 7.

Os direitos fundamentais dos trabalhadores no curso da relação laboral estão sujeitos a limites que são derivados da própria formação do liame, enquanto ato resultante de manifestação da autonomia da vontade²¹⁷. Estes limites específicos e adicionais derivados da relação de trabalho, na dicção do TC, seriam reflexos de direitos consagrados na Constituição, como é o caso da liberdade de empresa. Assim, quando um trabalhador se insere na empresa fica submetido, em virtude de sua posição subordinada, às ordens, instruções, controles e sanções impostas por seu empregador, devendo, entretanto, numa síntese do que dispõe o TC, esta dependência compatibilizar-se com o respeito aos direitos fundamentais do trabalhador, ainda que este, de um modo geral, não venham a ser exercitados nas exatas mesmas dimensões que ocorrem quando age desprovido de sua condição de empregado.

Dessa forma, como acentua Sempere Navarro²¹⁸, a título de exemplo, o direito à intimidade em virtude da qual decidimos como nos vestimos, o penteado a ser adotado etc., pode perder peso numa relação laboral em que se exija o uso de um determinado uniforme²¹⁹ ou igualmente a liberdade de manifestar as convicções religiosas quando se ministra aulas em um colégio com ideário religioso²²⁰.

c) Algumas relações laborais, por sua própria natureza, impõem limites específicos e adicionais a que os direitos fundamentais dos trabalhadores estão sujeitos²²¹ (entre outras a STC 99/1994).

Assim, de acordo com a jurisprudência do TC, não há uma limitação padrão dos direitos fundamentais do trabalhador no seio da relação laboral, devendo esta variar conforme o tipo (a natureza) da atividade que esteja sendo desenvolvida.

²¹⁷ Como já mencionado anteriormente neste capítulo, o trabalhador, ao firmar o contrato de trabalho, consente expressamente ou implicitamente (considerando ser o contrato de trabalho um “contrato realidade”), em favor da restrição desde que esta seja necessária ao próprio desenvolvimento da atividade laboral.

²¹⁸ Sempere Navarro, Antonio V., “Modulación Laboral de los derechos cívicos”, *Revista Persona y Derecho*, n. 54, (2006), pp. 471-493.

²¹⁹ É o que ocorre, por exemplo, em diversos restaurantes com os cozinheiros e seus ajudantes que usam uniforme característico e mantêm seus cabelos presos durante o preparo das refeições (STC 170/1987, de 30 de outubro).

²²⁰ Em termos literais diz o autor que “*el derecho a la intimidad en virtud del cual decidimos cada día cómo vestimos o cómo peinamos, puede perder algo de fuerza en una relación laboral, si pensamos en el caso de un puesto de trabajo que exija llevar un uniforme determinado; la libertad de manifestar las propias convicciones religiosas no parece que pueda ser total en el caso de quien presta su actividad docente en un colegio con ideario católico*”. (“Modulación Laboral de los derechos cívicos”, *Revista Persona y Derecho*, n. 54, (2006), p. 477).

²²¹ Aqui não se confunda a relação de trabalho com a natureza pura e simplesmente do contrato, uma vez que aquela é ao mesmo tempo mais e menos que o contrato. Tal se dá na medida em que pode haver um limite contratual inconstitucional e outro não contemplado no contrato que seja inerente à relação laboral e, por consequência, conforme a constituição, conforme se extrai da dicção da STC 99/94.

Assim, diferentes direitos fundamentais poderão ser matizados em distintos graus, conforme o tipo de labor desempenhado. É o que se dá, a título de exemplificação, com a integridade física de atletas profissionais de futebol, lutadores de boxe, ou, ainda, com a vida e a saúde (integridade física) dos policiais ou bombeiros, em relação aos quais o mero desempenho, nos termos das leis respectivas, de suas atividades laborais já os expõem naturalmente a situações de risco em relação aos direitos fundamentais mencionados.

Nestas hipóteses, à toda evidência, estamos diante de consentimento explícito ou implícito para essas limitações que são inerentes à atividade laboral.

d) Os direitos fundamentais dos trabalhadores só podem ser modulados no estritamente necessário, dada sua posição proeminente.

Aqui se consagra o ponto nodal da jurisprudência constitucional em torno da matéria e que repousa na ideia de que todo recorte a direitos fundamentais há de se revelar *como necessário para lograr o fim legítimo objetivado*. A projeção laboral desta previsão geral deu lugar ao chamado princípio da indispensabilidade ou estrita necessidade da limitação dos direitos fundamentais, antes mencionado.

Assim, o equilíbrio entre as obrigações contratuais para o trabalhador e o âmbito subsistente de sua liberdade constitucional há de produzir-se, antes que nada, *“en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva”*.²²² Nesse sentido, o Tribunal Constitucional coloca em destaque em alguns julgados que as decisões judiciais devem preservar o equilíbrio entre as obrigações contratuais e o âmbito de liberdade constitucional, enfatizando a posição proeminente dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico espanhol, de modo que as modulações só devem ocorrer na medida estritamente necessária para o correto e ordenado desenvolvimento da atividade produtiva (SSTC 20/1990, 171/1990, 240/1992 e em sentido muito similar as SSTC 20/2002, FJ 4²²³ e 213/2002, FJ 7).

²²² STC 99/1994, FJ 4.

²²³ Refletindo este pensamento, neste feito, textualmente consta no fundamento jurídico 4º *“(…) planteándose nuevamente ante este Tribunal la cuestión relativa a la protección del derecho fundamental a la libertad de expresión frente al ejercicio del poder disciplinario empresarial en el seno de una relación de trabajo, se hace preciso recordar que la celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, así como también que la libertad de empresa (art. 38 CE) no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas (por todas, STC 80/2001, de 26 de marzo, FJ 3, con cita de la STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2). Es cierto que tanto el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1.a CE), como el derecho a la información (art. 20.1.d CE), revisten matices específicos cuando su ejercicio se realiza en el ámbito de*

5.3. Recepção da teoria da *Drittwirkung* no Brasil

5.3.1. A *Drittwirkung* na doutrina científica brasileira

Com a Constituição brasileira de 1988 ocorreu a restauração do regime democrático, por essa razão o texto constitucional brasileiro conferiu especial relevância aos direitos fundamentais. Desde o art. 1º da Carta Magna buscou o constituinte a proteção aos direitos humanos, tendo este estabelecido como fundamento do Estado brasileiro o valor da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), decorrendo deste todos os direitos fundamentais. Ademais, a Constituição brasileira consagra um modelo de Estado social, voltado para a promoção da igualdade material (art. 3º, I e III – “constituem objetivos fundamentais da república Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária (...) III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”), não se sustentando a separação rígida entre Estado e sociedade civil, cujo matiz ideológico serve de fundamento para a exclusão dos direitos fundamentais da seara das relações entre particulares.

Como salienta Sarmiento²²⁴, “a constituição brasileira é francamente incompatível coma tese radical, adotada nos Estados Unidos, que simplesmente exclui a aplicação dos direitos individuais sobre as relações privadas. Da mesma forma, ela nos parece inconciliável com a posição mais compromissória, mas ainda assim

la relación laboral, pues la buena fe o la especial confianza recíproca entre el trabajador y el empresario inherente al vínculo contractual que les une actúa como límite adicional a ese ejercicio. Hemos dicho en reiteradas ocasiones que la relación contractual laboral genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que modula el ejercicio de los derechos fundamentales, de manera que manifestaciones de los mismos que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de esa relación contractual, dado que todo derecho ha de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe (SSTC 106/1996, de 12 de junio, FJ 5; 1/1998, de 12 de enero, FJ 3; 90/1999, de 26 de mayo, FJ 3; y 241/1999, de 20 de diciembre, FJ 4). Sin embargo, esto no significa que exista un deber genérico de lealtad con un significado omnicomprendido de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues no resultaría acorde con el sistema constitucional de relaciones laborales (SSTC 186/1996, de 25 de noviembre, FJ 3; 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2; 1/1998, de 12 de enero, FJ 3; 197/1998, de 13 de octubre, FJ 2; y 241/1999, de 20 de diciembre, FJ 4). Por este motivo, es preciso que en casos como el presente, los órganos judiciales preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones del trabajador dimanantes del contrato de trabajo y el ámbito de sus derechos y libertades constitucionales, pues dada la posición preeminente de éstos en el Ordenamiento jurídico, en cuanto "proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona" (art. 10.1 CE) y fundamentos del propio Estado democrático (art. 1 CE), la modulación que el contrato de trabajo puede producir en su ejercicio ha de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin (SSTC 6/1982, de 21 de enero, FJ 8; 106/1996, de 12 de junio, FJ 5; 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2; 1/1998, de 12 de enero, FJ 3; 90/1999, de 26 de mayo, FJ 3; 98/2000, de 10 de abril, FJ 7; y 80/2001, de 26 de marzo, FJ 3, entre otras)”.

²²⁴ Direitos fundamentais ..., op. cit., p.237.

conservadora, da eficácia horizontal indireta e mediata dos direitos individuais, predominante na Alemanha, que torna a incidência destes direitos dependentes da vontade do legislador ordinário ou os confina ao modesto papel de meros vetores interpretativos das cláusulas gerais do direito privado”.

De fato, na constituição brasileira, há direitos que tem como destinatário necessário o Estado e outros tantos que têm nos particulares seus destinatários²²⁵. Ademais, a linguagem adotada pelo constituinte quando da referência aos direitos fundamentais (art. 5º) transmite a ideia de vinculação passiva universal.

Em coerência com o que dispõe o texto constitucional, na doutrina e na jurisprudência brasileiras prevalece o reconhecimento de que a eficácia dos direitos individuais nas relações privadas é direta e imediata, não dependendo da atuação do legislador ordinário, nem se exaurindo na interpretação das cláusulas gerais de direito privado.

Entre os constitucionalistas brasileiros, sem qualquer tentativa de ofertar um rol exaustivo, a maioria esmagadora dos estudos nos permite concluir por um reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais. Wolfgang Sarlet²²⁶, em estudo baseado na dogmática alemã consignou que “(...) *também na ordem constitucional pátria (...) inexistente respaldo suficientemente robusto a sustentar uma negativa no que diz respeito com a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, ao menos nas hipóteses em que não tenham por destinatário exclusivo o poder público.*” Reconheceu, mais adiante, que a resolução de situação que envolva aplicação de direitos fundamentais na seara privada dependeria de ponderação, diante do caso concreto, entre o direito fundamental e a autonomia privada do particular.

No mesmo sentido, Steinmetz²²⁷ sustenta que a eficácia direta deveria ser “*matizada por estruturas de ponderação (ordenadas no princípio da proporcionalidade e seus elementos) que, no caso concreto, tomem em consideração os direitos e/ou princípios fundamentais e as circunstâncias relevantes*”. Para ele, ademais, quando o direito for concretizado pelo legislador privado “*em virtude dos princípios democráticos e da separação de poderes, não deve, de plano e sem a*

²²⁵ Quase todos os direitos fundamentais previstos no artigo 7º da constituição brasileira têm por objetivo as relações privadas (laborais).

²²⁶ Wolfgang Sarlet, Ingo. *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, in <http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/200-artigos-nov-2007/5948-direitos-fundamentais-e-direito-privado-algumas-consideracoes-em-torno-da-vinculacao-dos-particulares-aos-direitos-fundamentais>. Acesso em 26/01/2012.

²²⁷ Steinmetz, Wilson. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Editora Malheiros, São Paulo, 2004, p. 295.

apresentação de razões jurídico-constitucionais de peso (ônus da argumentação), afastar-se da solução legislativa”.

Gonçalves Pereira²²⁸, com visão praticamente idêntica, defende que a eficácia direta traduz “*consequência natural e lógica da adoção de um modelo hermenêutico comprometido com o caráter normativo da constituição*”. A aplicação, segundo a autora, deveria ser matizada pelo intérprete através da ponderação, levando em consideração a autonomia privada. Os critérios que adota como pauta argumentativa podem ser assim sintetizados:

- Direitos fundamentais devem ser aplicados se ação violadora puder ser indiretamente imputada ao Estado.
- Quanto mais poderosa a pessoa ou instituição privada, maior deve ser o grau de vinculação aos direitos fundamentais.
- Quanto maior a proximidade da relação jurídica à esfera pública, maior deve ser a proteção dos direitos fundamentais em jogo, e menor a proteção à autonomia privada.
- A aplicação dos direitos fundamentais no setor privado não pode “*conduzir a uma homogeneização da comunidade*”, ou seja, é preciso preservar a identidade e as peculiaridades dos diversos agentes sociais.

Barroso²²⁹ apresenta, em relação ao caso brasileiro, solução similar. Para ele, a eficácia direta é mais adequada para a realidade brasileira. Haveria, a seu juízo, a necessidade de ponderação direta entre o direito fundamental em jogo e o princípio da autonomia privada. Sob sua ótica, os principais fatores a serem analisados neste juízo de ponderação seriam: 1) igualdade ou desigualdade material entre as partes; 2) manifesta injustiça ou falta de razoabilidade de critério; 3) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; 4) risco que a lesão ao direito fundamental propicia à dignidade da pessoa humana.

²²⁸ Gonçalves Pereira, Jane Reis Gonçalves. “Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares”. In: Barroso, Luís Roberto (coordenador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 185.

²²⁹ Barroso, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito...*, p. 28.

Até aqueles, a exemplo de Afonso da Silva²³⁰, que entendem que o art. 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal, que impõe expressamente a aplicação imediata dos direitos fundamentais, não excluindo de seu âmbito de aplicação a relação entre os particulares, “*não diz absolutamente nada sobre quais relações jurídicas sofrerão seus efeitos*”²³¹, terminam por apresentar um quadro que não se distancia muito da eficácia direta. Em seu estudo sobre o tema, o autor cria um modelo que pretende romper a dicotomia entre eficácia direta e indireta. O modelo parte do pressuposto de que, sempre que possível, os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares serão indiretos, através da mediação do legislador privado, mas, quando isso não for possível (por omissão ou insuficiência legislativa) os efeitos poderão ser diretos.

Assim, sem qualquer tentativa de esgotar o tema, é legítimo concluir que no pensamento dos constitucionalistas brasileiros prevalece a ideia de que a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares é direta.

Todavia, a despeito da dicção expressa do texto constitucional, e da posição majoritária adotada pela doutrina constitucionalista no Brasil, forçoso reconhecer que também há quem apresente argumentos contrários à eficácia imediata. Em estudo sobre a matéria, Sarmiento²³² assim os sintetiza. Para o autor, o primeiro destes argumentos apresentados reside no fato de que a eficácia imediata comprometeria a autonomia privada. Alicerçam-se na necessidade de serem mantidas mínimas condições materiais de liberdade, razão pela qual não se poderia propor vinculação irrestrita dos particulares aos direitos fundamentais, sendo curial, quando nada, a ponderação destes direitos com a autonomia privada.

Sarmiento aponta, ainda, um segundo fundamento contrário à aplicação da eficácia direta se baseia no fato de que a eficácia imediata consistiria em uma medida antidemocrática, geradora de poderes excessivos ao juiz, em detrimento do legislador. Sustenta-se, ainda, na defesa da aplicação mediata dos direitos fundamentais, que a eficácia imediata seria geradora de insegurança jurídica, posto que sua admissão conduziria a uma situação em que a solução de conflitos privados terminaria por ser baseada em princípios constitucionais vagos e abstratos. Por fim, acrescenta Sarmiento, alega-se também que a eficácia imediata dos direitos fundamentais poria em risco

²³⁰ Afonso da Silva, Virgílio. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 2ª edição, Malheiros editores, 2008.

²³¹ Idem, p. 139.

²³² Sarmiento, Daniel. *Direitos Fundamentais ...*, op.cit., pp. 239-246.

autonomia e identidade do direito privado, que terminaria por ser colonizado pelo direito constitucional.

Nenhuma dessas ideias, entretanto, pode prosperar no ordenamento brasileiro, conforme se pode demonstrar seguindo a ordem cronológica dos fundamentos acima indicados.

Em relação à primeira alegação, de que haveria um comprometimento da autonomia privada, há de se ponderar inicialmente que esta, a despeito de sua importância, não se trata de um valor absoluto, devendo, diante de conflitos, ser ponderada com outros direitos e interesses constitucionais. Ademais, só há autonomia privada onde há condições materiais de liberdade. Assim, a manifesta desigualdade material entre as partes constituiria obstáculo intransponível ao exercício da autonomia. Os direitos fundamentais seriam assim garantias de autonomia nas relações entre entes particulares. Aqui, oportuno o escólio de Nunes de Abrantes²³³, segundo o qual a “*autonomia privada e a liberdade negocial só fazem sentido se forem exercidas de forma livre e esclarecida, isto é, pressupõem, para serem reais, a possibilidade de uma verdadeira autodeterminação daqueles sujeitos, o que só pode ser garantido pela actuação dos direitos fundamentais*”.

Quanto à tese de que a eficácia direta e imediata seria antidemocrática, contribuindo para uma hipertrofia do Judiciário em detrimento do Poder Legislativo, cumpre dizer que dita eficácia é consequência geral do caráter normativo e diretamente aplicável da Constituição. Segura é, ademais, a argumentação de Sarmento²³⁴, quando, reconhecendo a prioridade do legislador na tarefa de concretização dos direitos fundamentais, pontifica que nada obsta, entretanto, a aplicação direta da Constituição Federal aos casos concretos quando não houver norma ordinária específica ou estas estiverem em descompasso com seu texto. A crítica, sob seu pensamento, seria, *ultima ratio*, ao Poder Judiciário (cuja legitimidade não deriva da expressão majoritária da população), que não deveria decidir, com base na Constituição, questões polêmicas. Esta crítica, como bem pontua Sarmento²³⁵, não é nada além de “*puro preconceito ideológico*” daqueles que não reconhecem na jurisdição constitucional uma aliada da democracia, por temer que a “*constituição ‘contamine’ o reino de suposta neutralidade e de justiça comutativa do direito privado*”.

²³³ Nunes de Abrantes, José. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, p. 97, apud, Sarmento, Daniel, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., p. 240.

²³⁴ Sarmento, Daniel, *Direitos fundamentais ...*, op. cit., pp. 242-243.

²³⁵ Idem, p. 242

A respeito do terceiro argumento de que a eficácia imediata terminaria por proporcionar insegurança jurídica, posto que a solução de conflitos privados terminaria por ser baseada em princípios constitucionais vagos e abstratos, cumpre dizer, entretanto, que o direito privado também tem conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais. Além disso, a segurança não é o único valor a ser protegido, havendo outros, talvez mais caros e importantes, como a justiça substancial. Ademais, há várias formas e fórmulas de reduzir incertezas, de maneira que os “decisionismos” podem ser evitados através da criação de standards, incremento da racionalidade prática e da argumentação jurídica²³⁶.

Em tempo, quanto ao reclame de que a eficácia direta conduziria a uma colonização do direito privado pelo direito constitucional, este não resiste ao fato de que é reconhecida a supremacia formal e material da Constituição, que inaugura o ordenamento jurídico, não podendo qualquer ramo do direito viver à margem da normatividade constitucional. Outrossim, o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como centro de gravidade da ordem jurídica implica reconhecer uma visão expansiva para os direitos fundamentais. Dessa forma, condicionar a garantia da dignidade do ser humano nas suas relações privadas à vontade do legislador ou às cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados do Direito Privado significaria, na prática, a admissão da possibilidade de, havendo omissão legislativa, por exemplo, ficar comprometida uma proteção que deve ser completa e cabal.

Em resumo, observa-se, de uma forma generalizada, prevalece a aceitação da *Drittwirkung* direta por parte da doutrina brasileira. Passemos agora a ver os mecanismos que o ordenamento jurídico brasileiro prevê para a proteção dos direitos fundamentais e as possibilidades que estes abrem para a afirmação prática da *Drittwirkung* destes direitos.

5.3.2. O controle de constitucionalidade concentrado e difuso (incidental) no Brasil no contexto da lesão aos direitos fundamentais inespecíficos dos trabalhadores no Brasil

No Brasil, há duas formas pelas quais o STF pode conhecer de uma lesão a direitos fundamentais no ambiente do trabalho. Primeiramente, se a restrição ao

²³⁶ Um exemplo é a consolidação das “relações de procedência condicionada entre princípios” a que se referiu Alexy e que vem sendo sedimentado pela jurisprudência nos casos em que não há lei tratando da matéria, reduzindo a margem de insegurança e subjetividade em futuras decisões sobre questões semelhantes. Nesse sentido, veja-se Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais ...*, *op. cit.*, p. 243.

direito for objeto de lei federal, esta poderá ser passível de controle concentrado de constitucionalidade²³⁷. A respeito do controle concentrado pode-se afirmar que tal denominação se justifica pelo fato de "concentrar-se", quanto à legislação federal²³⁸, em um único tribunal, o Supremo Tribunal Federal, sem prévios exames pelos demais órgãos que integram o Poder Judiciário. Este controle, também conhecido por via de ação, tem no ato normativo o objeto do pedido. Nesse método, o legitimado tem em mira a invalidação da norma. Por isso, é também denominado de controle *principalis tantum*. Ele é feito através da ADIn (ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual)²³⁹, da ADPF (arguição de descumprimento de preceito fundamental)²⁴⁰, da ADIn por omissão²⁴¹, da ADIn interventiva²⁴² e pela ADC (ação

²³⁷ O Brasil adotou, para fazer o "filtro" das normas infraconstitucionais, um sistema de controle de constitucionalidade eclético ou híbrido, na medida em que reúne o controle Político-Preventivo, adotado na França, e o controle Judicial-Repressivo, vigente no EUA. Há no Brasil um controle desde a criação da lei, feito, a priori, pelo poder Legislativo e Executivo. Aquele é feito quando da tramitação do projeto pelas casas do Congresso Nacional. Já o controle pelo executivo é posterior, no momento de sancionar ou vetar o projeto de lei. Dispõe a o §1º do art.66 da Constituição Federal que se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional vetá-lo-á. É o chamado veto jurídico. Todavia, estando a lei vigente, somente o Poder Judiciário, em regra, fará o controle de constitucionalidade.

²³⁸ O confronto da lei estadual com a Constituição Federal também é apreciado por meio de ADIN, julgado pelo STF, todavia quando a lei estadual entra em conflito com a Constituição do respectivo Estado membro, a ADIN se processa perante o Tribunal de Justiça respectivo. Daí se dizer que apenas o exame abstrato da lei federal se concentra no STF, já que esse exame quanto à lei estadual pode se dar no Tribunal de Justiça, quando não se observe prescrição da Constituição Estadual.

²³⁹ Também chamada de ADIN genérica, caberá sua propositura quando houver necessidade de se declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital, "no exercício de competência equivalente a dos Estados-membros, editados posteriormente à Constituição Federal e que ainda estejam em vigor". A referida ação possui um caráter dicotômico, híbrido, uma vez que se trata de uma ação judicial objetiva, mas com possíveis consequências legislativas, no que tange aos casos em que o Supremo Tribunal Federal, julgando procedente o pedido do autor, expurga do ordenamento jurídico nacional o ato normativo que foi, total ou parcialmente, entendido inconstitucional, agindo como verdadeiro legislador negativo. A ação direta de inconstitucionalidade pode ser de competência do Supremo Tribunal Federal, visando exclusivamente a defesa do princípio da supremacia constitucional, quando destinada a obter a decretação de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, federal ou estadual, sem outro objetivo senão o de expurgar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical. Os Tribunais de Justiça de cada Estado também são competentes para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, dependendo da previsão desta.

²⁴⁰ Segundo o § 1º do art. 102 da Constituição Federal, "a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei". Trata-se de instituto de natureza subsidiária pois "*não será admitida a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade*" (§ 1º do art. 4º da Lei 9822/99). Pode ser proposta pelos mesmos legitimados da ADIN.

²⁴¹ De reconhecida inspiração lusitana, o Controle da Inconstitucionalidade por Omissão está previsto no art. 103, §2º da Constituição Federal, nos seguintes termos: "*declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias*". Assim, não só a ação (criação de ato normativo ou lei), mas também a omissão serão alvo do controle de constitucionalidade. O principal motivo da criação deste controle é fazer com que todas as previsões constitucionais sejam alcançadas, de forma a garantir todos os direitos previstos na Carta Política.

declaratória de constitucionalidade)²⁴³, instrumentos de legitimidade restrita a determinados órgãos²⁴⁴, cuja relevância e pertinência com o tema veiculado justificam a intervenção na atuação do Poder Legislativo.

Além disso, há características que marcam o controle concentrado, quais sejam: a generalidade, a impessoalidade e a abstração. Esta última é própria do controle por via de ação. Quando o STF, por intermédio da ADIn, ADC ou ADPF, manifesta-se sobre a inconstitucionalidade ele o faz de maneira abstrata, em tese. Em suma, não há um caso concreto, mas sim uma norma que compõe o objeto litigioso do processo. Assim, no caso brasileiro, é por essa via que o STF poderá futuramente efetuar o controle de constitucionalidade de lei²⁴⁵ que regulamente a matéria atinente ao desfrute de direitos fundamentais no ambiente laboral.

Por outro lado, a restrição de direitos fundamentais no ambiente laboral, seja por previsão contratual, em norma coletiva²⁴⁶ ou em regulamento da empresa, é passível de controle difuso de constitucionalidade, que não constitui atribuição exclusiva da Corte Constitucional, sendo passível de exame *in concreto* pelos

²⁴² A Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva pode ser federal ou estadual. A federal só pode ser proposta pelo Procurador-Geral da República e é de competência do Supremo Tribunal Federal. A estadual competente ao Procurador de Justiça do Estado. São assim denominadas porque consistem na intervenção federal em algum Estado, ou Estado em Município, caso haja descumprimento das exigências do art. 34, VII, alíneas "a" a "e", da CF brasileira, a saber: "observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde".

²⁴³ A mora do judiciário no julgamento final de arguição de inconstitucionalidade de leis e atos normativos foi o principal móvel para a criação deste instituto. Assim, o STF pode declarar tal constitucionalidade, pondo fim às dúvidas existentes antes do referido julgamento pelos tribunais e juízes inferiores. Vale a pena ressaltar que tal ação somente é aplicável aos atos e lei federais, e não estaduais, como ocorre com a Adin. Neste caso, a decisão do STF que declara a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal tem um caráter de imutabilidade, salvo quando passe a imperar uma nova ordem constitucional.

²⁴⁴ Todos estes remédios jurídicos têm a legitimidade restrita, sofrendo pequenas variações quanto às entidades e autoridades que podem propor as medidas. No caso da ADI e da ADC, por exemplo, o art. 103 da Constituição expressamente consigna que podem ser propostas pelo Presidente da República (inciso I), Mesa do Senado federal (inciso II), Mesa da Câmara dos Deputados (inciso III), Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal (inciso IV), Governador de Estado ou do Distrito Federal (inciso V), Procurador Geral da República (inciso VI), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (inciso VII), Partido Político com representação no Congresso Nacional (inciso VIII) e Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (inciso IX).

²⁴⁵ Esta lei, quando promulgada, será necessariamente federal por versar sobre direito do trabalho, na forma do art. 22, I, da Constituição brasileira que diz que "*compete privativamente à União legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.*"

²⁴⁶ O Supremo não tem admitido controle concentrado de normais coletivas, por entender que a apreciação não seria apenas de direito, sendo, igualmente fática a análise, posto que, ao pactuarem, as partes fazem concessões recíprocas, cuja análise seria estranha à competência do STF. Maiores esclarecimentos sobre o tema serão colhidos no capítulo 6 deste estudo.

órgãos jurisdicionais de todas as instâncias²⁴⁷, chamado controle difuso ou incidental de constitucionalidade.

Dessa forma, a matéria somente chegará ao STF se for devidamente prequestionada em todas as instâncias, até que, através de recurso extraordinário, o pretório excelso possa emitir seu posicionamento²⁴⁸. A seu respeito, esclarecedoras são as palavras de Cunha Júnior²⁴⁹:

Assim, à semelhança do paradigma norte-americano, o controle incidental ou 'incidenter tantum' é provocado, no direito brasileiro, por via de exceção, entendendo-se aqui, por exceção, não um meio de defesa indireta no processo, mas no seu sentido amplo que abrange qualquer defesa oposta a uma lesão ou ameaça de lesão a direito, pouco importando, hodiernamente, se essa defesa é realizada passivamente, ou seja, pelo interessado residindo no polo passivo de alguma ação contra ele intentada, ou se ela se dá numa ação proposta pelo interessado, em posição ativa, atacando, desde logo, o ato violador a direito seu, já praticado ou simplesmente ameaçado de ser praticado, com fundamento em lei ou ato normativo inconstitucional. Daí porque a doutrina também denominou a "via de exceção" de "via de defesa". Enfim, a jurisdição constitucional incidental pode ser provocada por qualquer ação, desde que exista, ou possa existir, um litígio e para sua decisão seja mister o exame da eficácia da lei, pouco importa a forma processual adotada. A ação, portanto, não pode visar diretamente ao ato inconstitucional, limitando-se a se referir à inconstitucionalidade do ato apenas como fundamento ou causa de pedir, e não como o próprio pedido.

Em resumo, pode-se dizer que o controle difuso, por suas características, é importante instrumento de proteção de direitos subjetivos constitucionalmente consagrados, haja vista qualquer cidadão poder provocar a jurisdição para ver apreciada (incidentalmente) a questão constitucional.

5.3.3. Doutrina do STF sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

A jurisprudência constitucional brasileira, assentada nessas premissas, não discrepa desta toada, seja por influência da literalidade do texto constitucional, seja

²⁴⁷ Quanto ao número de órgãos com a incumbência de efetuar o controle de constitucionalidade frente à Constituição Federal, houve por bem o legislador, incumbir ao Supremo Tribunal Federal o controle quando se tratar do reservado. Já quando diante do controle difuso, além do Supremo Tribunal Federal, todos os demais tribunais e juízes do Poder Judiciário devem fazê-lo.

²⁴⁸ Doutrinariamente, crescem os estudos que reconhecem certa abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, baseados principalmente no julgamento ainda pendente da Reclamação n.º. 4.335/AC pelo Supremo Tribunal Federal.

²⁴⁹ Cunha Júnior, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade. Teoria e Prática*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2006, pp. 100-101.

por meio da interpretação sistemática ou, ainda, como reflexo da posição adotada pelos estudiosos do tema. Porém, estes julgados, em sua grande maioria, infelizmente não são precedidos de nenhuma fundamentação teórica que dê lastro à aplicação do preceito constitucional ao litígio entre particulares. Assim, somente agora começam a existir julgados que atentam para os condicionamentos e limites para aplicação dos direitos humanos na esfera privada.

Nesse diapasão, aqui se faz referência a três precedentes do STF. No primeiro deles, o Recurso Extraordinário (doravante RE) n. 158215-4/RS (1996), a questão versava sobre a expulsão de associado de uma cooperativa que desta foi excluído, como punição, sem que lhes tenha sido dada oportunidade de defesa (devido processo legal). A ementa²⁵⁰ do acórdão, que teve como Relator o Ministro Marco Aurélio de Mello, estava vazada nos seguintes termos:

COOPERATIVA. EXCLUSÃO DE ASSOCIADO. CARÁTER PUNITIVO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado, decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõem-se a observância do devido processo legal, viabilizando o exercício da ampla defesa.

O segundo precedente do STF que se destaca é o RE n. 161.243-6/DF (1997), e que teve como relator o Ministro Carlos Mário Velloso. Neste caso, em que, por primeira vez se fez a análise da aplicação do direito fundamental em uma relação de emprego, um trabalhador brasileiro da empresa aérea Air France buscava o reconhecimento de direitos trabalhistas assegurados no Estatuto Pessoal da empresa que, na forma desta norma, apenas beneficiavam os obreiros de nacionalidade francesa. O pedido de tratamento isonômico entre brasileiros e franceses se deu baseado no princípio da igualdade.

O STF, sobre a matéria, assim se pronunciou:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTO DE PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. CF, 1967, art. 153, parágrafo 1º; CF, 1988, art. 5º, caput.

I – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto Pessoal da

²⁵⁰ No direito brasileiro, a ementa de uma decisão é o seu resumo, com palavras-chave, no qual se aborda a matéria principal que foi debatida no processo. Nela consta também a conclusão do julgado.

Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: (CF 1967, art. 153, parágrafo 1º, CF, 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, Célio Borja, RTJ 119/465.

Vale dizer que este posicionamento do STF, no caso da AIR FRANCE, *leading case* em matéria trabalhista, vai ao encontro de pronunciamento pouco posterior da Corte Interamericana de Direitos Humanos exarado na Opinião Consultiva n. 18/03, de 17.09.2003, em caso submetido pelo México. Este versava sobre confronto que se verificava entre leis e interpretações internas que negavam ou reduziam direitos trabalhistas aos imigrantes frente aos princípios da igualdade e não discriminação (previstos em diversos tratados internacionais sobre direitos humanos²⁵¹). Na ocasião, a Corte se manifestou pela obrigatoriedade do respeito à igualdade e não discriminação, tanto em relação aos Estados como em relação aos particulares. Eis os termos literais da decisão: *“que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares”*²⁵².

O terceiro precedente, já fora da estética das relações de trabalho, mas ratificando a doutrina da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, mais recentemente e com um caráter mais didático que as decisões anteriores, o STF se pronunciou sobre o tema no RE 201819 (2005) – no chamado caso da União Brasileira de Compositores, em que foi redator do acórdão o Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Neste feito, diferentemente dos anteriores em que se aplica o direito fundamental de forma direta, mas não havia construção de uma doutrina a respeito do tema, o STF sistematiza seu posicionamento (majoritário²⁵³) favorável à aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. No caso, um

²⁵¹ Este direito está previsto, entre outras normas internacionais ratificadas pelo Brasil, no Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), em seu art. 24, cuja redação é a seguinte: *“artigo 24 - Igualdade perante a lei - Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.”*

²⁵² Item 5 da opinião consultiva 18/03, disponível na internet no sítio http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Acesso em 31.03.2011.

²⁵³ Foram vencidos os Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, que defenderam que as associações privadas têm liberdade de se organizar e estabelecer normas para o seu funcionamento, devendo o sócio, ao ingressar, sujeitar-se às regras estabelecidas.

associado foi expulso da União Brasileira de Compositores (UBC), sociedade civil sem fins lucrativos, sem que lhe fosse assegurada a ampla defesa. No voto vencedor prevaleceu a tese de que os direitos fundamentais não devem ser observados apenas nas relações entre cidadão e Estado, mas igualmente nas relações entre particulares. Nos termos da decisão, os direitos fundamentais vinculam não só os poderes públicos, estando também direcionados à proteção dos particulares frente aos poderes privados²⁵⁴.

A ementa, ainda que faça referência ao caráter quase público da UBC explicita este posicionamento:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico

²⁵⁴ Há de se ressaltar que algumas poucas vozes tentaram desmistificar o teor do acórdão, sob o argumento de que o STF teria decidido neste sentido por reconhecer na UBC um caráter quase público, porém esta não é a conclusão que se retira do teor do voto vencedor.

e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

Em igual sentido o voto do Ministro Celso de Mello, que acompanhou o relator do feito, quando afirma que *“a autonomia privada (...) não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares (...) o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais”*. (retirados os grifos que constam no original)

Desta forma, com base nos julgados antes mencionados, ainda que a casuística do STF em matéria trabalhista seja muito rarefeita se comparada com seu paradigma espanhol, é possível afirmar, em especial baseado no recente caso UBC, em que o posicionamento do STF foi apresentado com uma argumentação clara e racional, que, ao que tudo indica, a corte constitucional brasileira adotou, em definitiva, a tese da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, aí incluídas as relações decorrentes de vínculo de emprego.

5.3.3.1. Efeitos do contrato de trabalho sobre os direitos fundamentais dos trabalhadores na leitura do STF

Em relação à doutrina do STF quanto aos efeitos do contrato de trabalho sobre os direitos fundamentais do trabalhador, imperioso reconhecer que, na contramão de seu paradigma espanhol, dificilmente a casuística permitiria que o

intérprete afirmasse a existência de uma doutrina sedimentada a respeito da matéria. Alguns fatores contribuem para tanto.

O primeiro deles é a disciplina judiciária que, ainda que não vincule, direciona as decisões dos diversos tribunais à linha jurisprudencial adotada pelo STF, de forma que, em relação aos poucos temas que a Corte Constitucional já se pronunciou, há uma tendência dos órgãos jurisdicionais inferiores seguirem o norte jurisprudencial apontado pela Corte Constitucional.

A este fator se somam uma certa morosidade do STF na apreciação do volume gigantesco de processos que assolam a Corte Constitucional brasileira²⁵⁵ e, ainda, a pouca cultura de se levar a demanda trabalhista para análise de suas questões constitucionais²⁵⁶. Seguramente, entretanto, reconhecidos estes e outros fatores, não se tem dúvida em afirmar que o mais significativo entre todos é resultante da dificuldade de subida dos recursos extraordinários em matéria trabalhista, o que permitiria, por via de consequência, viabilizar a formação de uma jurisprudência no Supremo. De fato, os demais meios de controle de constitucionalidade do STF não permitem, na prática, a análise concreta da constitucionalidade ou não das medidas restritivas adotadas pelo empregador. Assim, sendo o recurso extraordinário a única medida judicial propícia para o conhecimento destas matérias, sua não admissibilidade perante a Corte Constitucional, na maior parte dos casos, tem gerado uma grave dificuldade na formação da doutrina constitucional derredor do tema.

Nesse sentido, duas súmulas²⁵⁷ do STF muito têm contribuído para esta interpretação restritiva, impedindo a Corte Constitucional de conhecer as demandas trabalhistas que envolvem restrição a direitos fundamentais.

²⁵⁵ A despeito do número exacerbado de processos que tramitam perante o STF, estatísticas do Supremo Tribunal Federal (STF), elaboradas pela Assessoria de Gestão Estratégica, apontam que o acervo de processos na Corte teve uma redução de aproximadamente 20 mil processos em um ano. Atualmente, tramitam na Corte 67.398 processos. No mesmo período de 2010, havia 21.303 processos a mais, totalizando a quantia de 88.701 ações no acervo. Entre os processos julgados, neste ano foram proferidas 100.294 decisões pelo STF, excluindo-se apenas as decisões interlocutórias. Ainda assim, segundo os dados, em 2011 chegaram à Corte 63.328 processos, tendo sido distribuídos 37.519 aos ministros-relatores. A média de distribuição foi de 3.752 processos por ministro, que receberam 312,65 novos processos por mês. Dando uma breve dimensão dos números de julgamentos, a Primeira Turma do STF julgou, em 2011, 5.470 processos. Enquanto que a Segunda Turma do Supremo julgou, neste ano, 5.613 ações. Houve, ainda, o julgamento de mérito, entre outros feitos, de 39 processos em temas de repercussão geral. Informações obtidas no site <http://m.stf.jus.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=196796>, visitado em 30.04.2012.

²⁵⁶ Dos principais julgados recentes do TST sobre controle do correio eletrônico no ambiente de trabalho, apenas o chamado caso HSBC rendeu ensejo à interposição de recurso extraordinário, ainda pendente de exame de admissibilidade pelo TST (se admitido ainda passará por novo exame pelo STF).

²⁵⁷ A expressão súmula, no direito processual brasileiro, é um pequeno resumo que registra a interpretação pacífica ou majoritária adotada por um Tribunal a respeito de um tema específico, a partir

Súmula 279. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

Súmula 454. Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário.

Com base nestes dois enunciados de súmula, tanto o TST não tem admitido a subida de muitos recursos extraordinários, como, uma vez admitidos pelo juízo *a quo*, o STF, mesmo após este exigente crivo, tem deixado de conhecer diversos apelos, sob a alegação mais rotineira de que, na prática, estaria reexaminando provas ou interpretando cláusulas contratuais.

Essa situação ainda mais se agravou após a vigência da EC 45/2004, que estabeleceu no parágrafo 3º, do art. 102 da CF/88, que no recurso extraordinário o recorrente deve demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, a fim de que o tribunal examine a admissão do recurso. Dessa forma, evidentemente que o recurso extraordinário se tornou um recurso mais seletivo para todos os ramos do direito, pois há de ser nele demonstrado um interesse maior, de repercussão não só no caso em debate, mas de interesse geral.

Nesse sentido, a jurisprudência do STF, que já vinha restringindo os processos oriundos da Justiça do Trabalho, passou a limitar o seu exame de forma tão extrema que chega propriamente a afastar do exame constitucional questões trabalhistas da mais alta relevância. Em relação a este requisito, ao menos em tese, ele deveria proporcionar apenas uma dificuldade relativa, posto que quando se trata de lesões a direitos humanos/fundamentais²⁵⁸ a jurisprudência do Supremo tem se inclinado por

do julgamento de diversos casos análogos, com a dupla finalidade de tornar pública a jurisprudência bem como de promover a uniformidade entre as decisões.

²⁵⁸ Ainda que não poucas vezes sinalizem que o amálgama entre direitos fundamentais e direitos humanos seja meramente circunstancial, já que os direitos fundamentais seriam simplesmente direitos reconhecidos em uma constituição com eficácia normativa, independentemente de serem direitos humanos (v.g. liberdade sindical é um direito fundamental previsto nas Constituições do Brasil e da Espanha e dificilmente pode ser considerado como direito humano), alguns autores, ainda que os distingam, apresentam uma zona de afinidade bastante ampla entre ambos. A título de exemplo, para traçar a diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais, Wolfgang Sarlet confere ao aspecto espacial da norma o primeiro fator preponderante de distinção, informando que “o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”. Acrescenta o autor que apesar de existir uma progressiva positivação interna dos direitos humanos, não poderão tais conceitos ser entendidos como sinônimos, pois a efetividade de cada um é diferente. Neste ponto Ingo Wolfgang Sarlet é incisivo ao afirmar que: “...além disso, importa considerar a relevante distinção quanto ao grau de

reconhecer repercussão geral às lesões que envolvam a matéria, como se verificou em recente caso no qual se apreciava a prisão civil por dívida de um depositário infiel.

Neste feito, o RE 562051-4 (2008), restou expressamente consignado o seguinte: “quando o tema do recurso é sobre direitos humanos, o reconhecimento do princípio da repercussão geral é certo, pois aqueles, já trazem consigo o caráter geral que transcende os limites da causa”. Neste acórdão em que se reconheceu ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito, consoante interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, fez-se expressa referência ao fato de que a matéria estava prescrita no art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica²⁵⁹). Nesse ponto, curial lembrar que praticamente todos os direitos fundamentais atípicos dos trabalhadores, em especial a intimidade e o segredo das comunicações também encontram previsão no mesmo diploma supraestatal²⁶⁰. De forma que, em princípio, a origem trabalhista do processo

*efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional), sendo desnecessário aprofundar, aqui, a ideia de que os primeiros que – ao menos em regra – atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação, particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos”. Em apertada síntese, os direitos humanos são aquelas garantias inerentes à existência da pessoa, albergados como verdadeiros para todos os Estados e positivados nos diversos instrumentos de Direito Internacional Público, mas que por fatores instrumentais não possuem aplicação simplificada e acessível a todas as pessoas”. Finalizando a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, ressalta Ingo Wolfgang Sarlet que estas duas categorias se excluem: “...importa, por ora, deixar aqui devidamente consignado e esclarecido o sentido que atribuímos às expressões ‘direitos humanos’ (ou direitos humanos fundamentais) e ‘direitos fundamentais’, reconhecendo, ainda uma vez, que não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de positivação, cujas consequências práticas não podem ser desconsideradas.” (Sarlet, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006).*

²⁵⁹ A despeito da referência feita pelo STF neste caso, a falta de instrumental para execução das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos dificulta o cumprimento das normas do Pacto. Daí que, embora o Brasil tenha aceitado sua jurisdição a partir de 1998, através do Decreto Legislativo nº 89/1998, suas decisões são de eficácia bastante discutível, já que a execução forçada não é possível, pois a Corte não dispõe de aparato coercitivo para tanto, cabendo ao Estado condenado respeitar voluntariamente os compromissos que assumiu. Na hipótese de inexecução dos julgados, o Pacto de São José prevê o envolvimento da Assembleia Geral da OEA (art. 65). Assim, a Corte deve submeter anualmente um relatório de suas atividades à Assembleia, indicando os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças. Seu objetivo com este expediente é exercer uma determinada pressão política no Estado condenado, diante da insuficiência dos esforços de supervisão da Corte. Existe, entretanto, uma única possibilidade de executar coercitivamente suas sentenças, e tal se dá no caso em que se determina o pagamento de uma indenização. Nesta hipótese, a vítima ou seus representantes podem obter uma execução forçada, mas a coerção, ainda assim, não virá do sistema internacional, mas dos próprios meios do Estado condenado.

²⁶⁰ A título de exemplo, na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), são reconhecidos a Liberdade de consciência e de religião (art. 12), a Liberdade de pensamento e de expressão (art. 13), a Proteção da honra e da dignidade, à vida privada, à inviolabilidade de domicílio e em sua correspondência (art. 11, apartados 1 e 2).

não deveria consistir em qualquer obstáculo ao seu conhecimento, algo que, infelizmente, se verifica na prática.

Ainda assim, com enormes dificuldades para a subida e apreciação do recurso extraordinário no processo do trabalho²⁶¹, alguns desses direitos, a exemplo da liberdade de ir e vir, a intimidade (caso de revista íntima), a igualdade (não discriminação por critério de sexo, raça, opção religiosa etc.) já foram objeto de apreciação pelo STF, o que permite apresentar um embrião de doutrina sobre algumas limitações que, na jurisprudência constitucional, já foram reconhecidas por força do contrato de trabalho.

Um primeiro caso que permite esta análise é o RE 160.222/RJ (1995). Neste caso, as operárias das empresas “De Millus S.A.” eram submetidas a revista íntima, prevista em contrato de trabalho, sob ameaça de demissão por justa causa. Em razão disso, o diretor-presidente da empresa foi condenado em primeira instância pelo crime de constrangimento ilegal (art. 146, Código Penal)²⁶². Porém, foi absolvido pelo Tribunal de Alçada Criminal do Rio de Janeiro (Tacrím-RJ), que considerou a conduta decorrente de norma regulamentar de trabalho e, por isso, legal. Sustentou, ainda, que o ato de revistar empregadas na saída da fábrica é procedimento admitido por elas mesmas quando da assinatura do contrato de trabalho. Em reação a esta decisão, foi interposto recurso extraordinário a favor das empregadas ofendidas, que sustentaram que *“o acórdão, ao considerar legal a revista íntima, contrariou o art. 5º, X, da CF, que estabelece a proteção do direito à intimidade e à imagem das pessoas”*.

De fato, não se trata de uma cláusula contratual qualquer, pois os particulares estariam aqui renunciando - ainda que temporariamente - ao exercício de direitos de personalidade não por convicções pessoais, mas por força do contrato de trabalho. O recurso foi admitido pelo STF, pois se reconheceu a violação da intimidade, *“o que é, na realidade, o tema constitucional sub examen (CF, art. 5º, X)”*, discordando, deste modo, do posicionamento do Tribunal de Alçada Criminal do Rio de

²⁶¹ Recentemente foi reconhecida repercussão geral no RE 603397, de relatoria da ministra Ellen Gracie, a União alega que a transferência de responsabilidade dos encargos trabalhistas para a Administração Pública por inadimplemento da empresa prestadora de serviços implicaria violação artigos 5º, inciso II, e 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. Segundo a ministra, a definição da constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8666/93, que veda a responsabilidade subsidiária da Administração Pública para o caso em questão, tem amplo alcance e por isso possui relevância do ponto de vista econômico, político, social e jurídico. Nesta votação, ficou vencido o ministro Cezar Peluso.

²⁶² Eis a redação do art. 146 do Código Penal Brasileiro: *“constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa”*.

Janeiro, que havia considerado a revista íntima um constrangimento legal, pois tinha sido imposta pelo contrato de trabalho, cujas cláusulas o autorizavam.

O alicerce que serviu de base para a admissão do recurso foi o de reconhecer que a garantia fundamental à privacidade tem sede constitucional, estando acima, pois, do contrato e da legislação ordinária. Contudo, apesar de o STF ter admitido o recurso, a discussão sobre o tema ficou prejudicada no acórdão devido à alegação, por parte da empresa, de uma série de vícios formais no processo. O ministro Sepúlveda Pertence, relator do feito, começa seu voto examinando estas questões e constata que, neste caso, houve a consumação da prescrição superveniente ao recurso, não lhe existindo outra possibilidade além de declarar prejudicado o recurso extraordinário devido à extinção da punibilidade do fato pela prescrição da pretensão punitiva. Nesse sentido, alegou o ministro Relator: *“lamento que a irreversibilidade do tempo corrido faça impossível enfrentar a relevante questão de direitos fundamentais da pessoa humana que o caso suscita, e que a radical contraposição de perspectivas entre a sentença e o recurso, de um lado, e o exacerbado privatismo do acórdão, de outro, tornaria fascinante”*.

Todavia, revelando que, além da rarefeita casuística, o entendimento dos Ministros do STF, por vezes, sinalizam caminhos diversos, interposto recurso desta decisão acima indicada, no AgR AI 220.459-2/RJ (1999), do mesmo caso do RE 160.222/RJ: versando sobre a revista íntima das operárias das empresas “De Millus S.A.”, em sentido diverso, para mostrar que esta visão prevalente em relação aos direitos fundamentais dos trabalhadores não pode ser tida como definitiva, vale registrar que no despacho em que foi negado seguimento ao agravo de instrumento, o Ministro Relator deste caso, Moreira Alves, adotando posição privatista e discrepante da que havia sido exposta pelo Ministro Sepúlveda Pertence em relação ao mesmo tema, alega a inexistência de ofensa ao art. 5º, inciso X da Constituição:

As revistas pessoais em causa, dada a natureza dos produtos fabricados pelas ora agravadas e feitas por amostragem, não infringem, por si sós, o citado dispositivo constitucional, não dando margem a danos morais.

(...)

A chamada revista nos empregados de indústria do ramo da empresa apelada tem sido considerada procedimento rotineiro e inclusive, de previsão contratual. Não deve ser rotulada de deprimente, aprioristicamente, se colocada em prática com resguardo dos atributos da dignidade da pessoa, sem constrangimentos, mas, de modo previamente divulgado e aprovado pelo empregado da empresa.

Tal conduta, quando processada segundo os padrões éticos, com discrição, privacidade, respeitando e preservando a essência dos valores morais do ser humano, não deve ser, só por si, chamada de afrontosa ou agressiva à dignidade pessoal.

Conforme a argumentação desenvolvida neste trecho, parece que o ministro dá ênfase ao fato de existir mediação contratual entre os particulares autorizando a revista íntima, não considerando que a autonomia de vontade do empregado poderia não ser totalmente livre ou consciente quando da realização do pacto laboral. Se a situação for caracterizada por uma assimetria das partes envolvidas (empregado e empregador) e a liberdade em jogo for relacionada a questões econômicas ou negociais, faz-se necessário maior questionamento da relação, a fim de se averiguar se a desigualdade fática presente no caso concreto inviabiliza ou não o pleno exercício da autonomia privada.

Como se vê, ainda que esta demanda, até por não ter havido decisão de mérito e se tratar de decisões monocráticas²⁶³, não permita indicar uma conclusão peremptória sobre a posição adotada pela Corte (nem tenha origem em uma ação trabalhista), o fato de ser indicada como *leading case*²⁶⁴ para aplicação dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, permite concluir, ao menos, que o STF reconhece uma espécie de duplo condicionamento, visto que a Constituição e os direitos ali dispostos, em especial os fundamentais, constituem limites ao quanto pactuado no contrato de trabalho e, ao mesmo tempo, o liame laboral também teria o condão de relativizar a aplicação destes direitos, na medida em que sejam exercitados no âmbito empresarial.

É certo que, ainda que este pilar revele enorme abstração e não permita a concreção objetiva destes limites, trata-se de um indicativo que será melhor delimitado em outros processos julgados pela Corte. É o que ocorre no caso (já referido) de trabalhador brasileiro da empresa Air France, que teve negada a aplicação do estatuto da empresa por não ter nacionalidade francesa. Neste caso, enfrentando o mérito do litígio, o STF teve a chance de aplicar *in concreto* um direito fundamental para não admitir uma restrição a direito fundamental prevista no contrato de trabalho. Textualmente, neste processo, o STF, na ementa assim se pronunciou:

²⁶³ É uma decisão de juiz único em caráter liminar.

²⁶⁴ Foi indicado como precedente no caso UBC.

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 (ITEM II DA EMENTA).

Assim, a adoção de qualquer *discrimen* injustificado²⁶⁵ pelo empregador, ainda que esta encontre previsão no contrato de trabalho, é considerado pelo STF como medida incompatível com o que proclama a Constituição Brasileira.

Por fim, em caso em que se discutia se a competência para julgar o crime de redução à condição análoga à de escravo da Justiça Comum Estadual para a Justiça Comum Federal, já analisado (RE 398.041-6/PA), também o STF fez, ainda que de forma superficial, já que o caso não pedia esta análise, uma apreciação sobre as relações de trabalho e, em particular sobre a figura central do empregado. Há diversas referências à dignidade da pessoa humana²⁶⁶ como um pilar diferencial para a relação empregatícia, enfatizando que seu elemento central é a pessoa, que não pode ter sua dignidade vilipendiada pela atividade produtiva. Neste feito, em que vários ministros externaram posicionamento sobre o tema, muito se enfatizou que a livre iniciativa do empregador e o seu direito de propriedade não podem ser vistos dissociados na esfera econômica do valor social do trabalho, que constituiria, assim, mais um fator de limitação ao exercício daquelas faculdades.

Diante destes casos, e reconhecida a precariedade decorrente do número reduzidos de feitos em que o STF (a súmula 454 veda o exame, pela via do recurso extraordinário, de cláusulas contratuais e seus efeitos) aborda a temática e a ausência de situações concretas em que ela seja enfrentada, é possível, à guisa de conclusão, apontar alguns pilares de seu embrião de jurisprudência sobre efeitos dos direitos fundamentais no contrato laboral:

- a) Afirma-se a prevalência da norma constitucional sobre o pacto de trabalho, admitindo tacitamente que os direitos fundamentais são limites ao quanto pactuado em contrato;

²⁶⁵ As chamadas ações afirmativas (em favor de mulheres, negros etc.) não se enquadram nesta limitação imposta pelo STF, já que encontram amparo na própria Constituição.

²⁶⁶ Referências à dignidade do trabalhador e a fixação deste como pilar limitador do poder diretivo constitui argumento presente em quase todos os casos que o STF apreciou o tema dos direitos fundamentais dos trabalhadores nas relações de trabalho. No caso “De Millus”, por exemplo, até a decisão monocrática que considerou legítima a revista íntima consignou este posicionamento por entender que a prática seria legítima quando realizada “*com resguardo dos atributos da dignidade da pessoa*” (AgR AI 220.459-2-RJ)

- b) Há uma relativização dos direitos fundamentais no marco do contrato de trabalho;
- c) A dignidade da pessoa humana é admitida como pilar limitador do poder diretivo e da autonomia das partes, não podendo o trabalho ou as obrigações que dele sejam provenientes servir de fator de menoscabo ao empregado no exercício da atividade;
- d) Na apreciação concreta de lesão a direitos fundamentais na relação de trabalho, não se admite que o empregador se valha de qualquer critério discriminatório em relação aos trabalhadores no ambiente de trabalho, seja por critério de sexo, raça etc.

Como se vê, ainda que muito esforço se faça para construir uma síntese da doutrina do STF em relação ao exercício dos direitos fundamentais na relação de trabalho, é forçoso reconhecer que a doutrina é bastante superficial se comparada à do Tribunal Constitucional espanhol, fruto menos da pouca profundidade na análise do tema, mas principalmente da reduzida casuística, resultado da admissibilidade muito restritiva dos recursos extraordinários.

Cumprе destacar, ademais, que esta doutrina se constrói exclusivamente à custa de restrições a direitos fundamentais do trabalhador vedadas pelo ordenamento e tipificadas penalmente (no caso do trabalho escravo) ou de direitos fundamentais que usualmente não são objeto de contratação pelo empregador, como a igualdade e a liberdade de ir e vir. Destas considerações gerais sobre a jurisprudência do STF igualmente não se pode concluir, ainda, o papel que joga o poder diretivo do empregador, que, na jurisprudência constitucional espanhola, assume um papel evidentemente secundário diante da exigência de estrita necessidade das medidas restritivas.

Assim, especificamente no caso brasileiro, a análise sobre a base constitucional do poder empresarial e o alcance que lhe é dado pelo STF será de grande importância para descortinar o seu papel quando do conflito com os direitos fundamentais dos empregados no marco da relação de trabalho.

CAPÍTULO 3 - A LIBERDADE DE EMPRESA E SEUS REFLEXOS NA RELAÇÃO LABORAL

1. Introdução

Como visto no capítulo 2 deste estudo, na Espanha e no Brasil os direitos fundamentais se fazem valer no âmbito laboral a partir de uma concepção direta da *Drittwirkung*, e em uma aplicação da mesma que, mais que apoiar-se na lógica dos conflitos de direitos, parte, sobretudo na Espanha, de uma aproximação das relações laborais com as relações de poder. Não cabe desconhecer, contudo, que nestas relações quem exerce o poder empresarial o faz com base em um direito fundamental. Torna-se necessário, então, aprofundar na justificação e no conteúdo jurídico do poder empresarial, e em suas possibilidades de atuar como limite dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Igualmente, como apreciado no capítulo anterior, o direito privado cada vez mais cede espaço para que a Constituição avoque a centralidade do sistema jurídico. Assim, como aduz Perlingieri²⁶⁷, “*o papel unificador do sistema [...] é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. [...] O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos*”.

De fato, se essa é uma questão recorrente em dias atuais, sinalizar para uma gênese constitucional dos direitos, faculdades e deveres típicos de uma relação de trabalho nem sempre teve esta relevância, sendo comumente ignorada por ilustres juslaboralistas, que se valiam de outras grandes categorias jurídicas para apresentar o fundamento último dos institutos do direito laboral.

Por essa razão é que usualmente, três teorias clássicas costumam ser apontadas como justificadoras do poder diretivo do empregador. A corrente mais antiga é a que dá à *propriedade privada* o título e a fundamentação²⁶⁸. Assim, o proprietário da

²⁶⁷ Perlingieri, Pietro. *Perfis de direito civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 6.

²⁶⁸ Esta teoria que vincula o poder diretivo à propriedade será vista de forma mais detalhada e aprofundada no item 2.2 quando da análise da origem constitucional do poder diretivo à luz da Constituição do Brasil. Aqui, neste tópico, ela é tomada enquanto referência histórica e desvinculada de

empresa, a partir do momento em que obtém este status, passaria a ter as faculdades diretivas do empreendimento. Esta doutrina se constrói, como salienta Godinho Delgado²⁶⁹, impressionada com a estrutura e dinâmica rigidamente unilaterais e assimétricas do fenômeno de poder no âmbito da empresa.

Dentre várias outras críticas, apontam-se contra esta teoria o fato de que não absorvem a complexidade que norteia o poder diretivo, reduzindo-o a um conjunto de prerrogativas unilaterais deferidas pelo estatuto da propriedade a seu titular. Ademais, a insuficiência desta concepção sobressai por não levar em conta o fato de que há vários empreendimentos cuja titularidade não é do titular do direito de propriedade. Ademais, algumas faculdades típicas da direção do empreendimento são anteriores à titularidade do mesmo, a exemplo da própria escolha de entrar ou não no mercado para explorar uma atividade.

Por seu turno, a *teoria institucionalista*, cuja origem remonta às teorias de inspiração política autoritária²⁷⁰, remonta o fundamento do poder diretivo ao 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 econômico-social²⁷¹. Essa concepção que se afasta como fundamento do poder diretivo na mesma velocidade em que se aparta da condição de teoria informadora do direito do trabalho, não indica a fundamentação do poder, antes o justifica. Igualmente, nega o caráter dialético da relação, reduzindo-a um instrumento de manipulação e direção uniformes.

Já a terceira teoria clássica faz repousar a origem do poder diretivo no *contrato*. Esta teoria, ainda hoje majoritária entre os juslaboralistas, se justifica pelo caráter dinâmico do contrato de trabalho, no qual, inclusive, após a pactuação inicial celebrada, é possível atuar a vontade coletiva (através de acordos e convenções coletivas), visando garantir o alcance de um processo mais democrático de gestão de poder no contexto empresarial interno.

Se é fato que a visão mais complexa e dinâmica do contrato, melhor justifica o poder diretivo, quando comparado às teorias antecedentes, podendo, inclusive, servir de fundamento para o poder disciplinar (ao menos em relação ao

qualquer referência constitucional, tomado o direito de propriedade enquanto grande categoria jurídica a partir da qual, até meados do século XX, vários outros institutos jurídicos eram justificados.

²⁶⁹ Godinho Delgado, Maurício. *Curso de Direito do Trabalho* - 6ª Edição, São Paulo: LTr, 2007, pp. 635-636.

²⁷⁰ Fascismo, na política; organicismo e corporativismo no Direito.

²⁷¹ Mesquita, Luiz José de. *Direito Disciplinar do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1950, p. 64, *apud* Godinho Delgado, Maurício, *Curso de Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 636.

empregado), não justifica a teoria contratual, por exemplo, o poder organizacional (uma das faces do poder diretivo) que é anterior ao advento da própria empresa e dos primeiros contratos de trabalho.

Importante registrar, entretanto, que independentemente das críticas que se possa formular às teorias retromencionadas e a outras também desenvolvidas nos últimos anos²⁷², é fato que a centralidade constitucional, que alguns privatistas denominaram colonização dos demais ramos do direito pelo direito constitucional, tem proporcionado, pela relevância deste fator constitucional, um número cada vez maior de estudos que buscam a gênese do poder diretivo na norma fundamental de cada país. Nesse sentido, atualmente, em relação às possibilidades de controle e fiscalização utilizadas pelo empregador, a doutrina e a jurisprudência tendem a reconhecer que tanto o sistema espanhol quanto o brasileiro garantem status constitucional às faculdades relacionadas com a liberdade de organizar e desenvolver os recursos produtivos.

No caso espanhol, de forma bem mais sedimentada, estas faculdades estão reconhecidas como exercício do direito fundamental à liberdade de empresa, consagrado no art. 38 CE²⁷³. No Brasil, entretanto, ainda que esteja pacificado o reconhecimento de um fundo constitucional para o exercício da atividade de controle e organização do empreendimento, a doutrina e a jurisprudência se dividem em apontar se seriam derivações do direito fundamental de propriedade²⁷⁴ (de bens de produção), ou se a base estaria no princípio da livre iniciativa²⁷⁵, informador da ordem econômica,

²⁷² Alguns autores, por todos Godinho Delgado (*Curso de Direito do Trabalho, op. cit.*, pp. 636-642) apresentam, ainda, como fundamentos do poder diretivo outras teorias, a exemplo da *delegação do poder público* (de concepção publicista, o poder público seria derivação do poder público) e da teoria da *autonomia* (fundamento residiria na autonomia das diversas instâncias de organização grupal existentes na sociedade, afirmativas do pluralismo democrático)

²⁷³ Entre tantos outros, veja-se a esse respeito, Sánchez Trigueros, Carmen & González Díaz, Francisco A. (directores). *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales*. Aranzadi Thomson Reuters, Editorial Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011).

²⁷⁴ Entre outros, sustentam ser sua base, Ana Carolina da Costa Magalhães em artigo intitulado *A dignidade humana como fundamento protetor dos direitos de personalidade do empregado em face ao poder diretivo do empregador*, publicado http://www.faf.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic2/vi_encontro/A_dignidade_humana_como_fundamento_protetor_dos_direitos_de_personalidade_do_empregado_em_face_ao_poder_diretivo_do_empregador.pdf, visitado em 21.01.2012.

²⁷⁵ Ana Paula Pavelski representa esta última vertente em sua dissertação de mestrado, denominada *Os direitos da personalidade do empregado em face do exercício abusivo do poder diretivo do empregador*, 2008, p. 44, in <http://tede.unicuritiba.edu.br/dissertacoes/AnaPaulaPavelski.pdf>, visitado em 10.12.2012. Textualmente consigna: “o poder diretivo do empregador tem duas origens: uma dita mediata e outra dita imediata. A mediata é a realização da atividade econômica, ou seja, a livre iniciativa. A imediata, por sua vez, é o contrato de trabalho”.

havendo, ainda, muitos estudiosos e alguns julgados que apontam os dois dispositivos como alicerces do chamado poder diretivo²⁷⁶.

Nesse sentido, buscando esclarecer as bases em que se assenta essa faculdade do empregador, será destacada no próximo tópico a matriz constitucional do poder diretivo no Brasil e na Espanha, com algum detalhamento do conteúdo destes direitos donde derivam as faculdades do empregador, para, em seguida, abordar-se o poder diretivo, suas fontes normativas infraconstitucionais e, posteriormente, suas implicações na jurisprudência constitucional do Brasil e da Espanha, com ênfase na sua capacidade de interferir no exercício dos direitos fundamentais pelos trabalhadores.

2. A origem constitucional do poder diretivo na Espanha e no Brasil

Se é certo que, como diz Cunha Ferraz, "*a Constituição não esgota, por sua própria natureza e índole, o conteúdo que cristaliza em suas normas, não podendo regular, em minúcias e pormenores, toda a matéria constitucional*"²⁷⁷, não se pode olvidar, por outro lado que os ordenamentos jurídicos do Brasil e da Espanha reconhecem a constituição como norma fundamental, como a regra matriz do sistema, sendo forçoso admitir que todo o sistema legal deverá desenvolver-se a partir de sua estrutura normativa, lógica e funcional. Ou, em outras palavras, considerada a unidade da ordem jurídica, a Constituição é norma superior às demais, de forma que as normas inferiores devem necessariamente estar em conformidade com ela.

Sendo assim, diante da supremacia da norma constitucional sobre as outras normas do ordenamento que nela têm sua fundamentação, torna-se bastante relevante reconhecer em relação a cada direito consagrado de forma mais concreta no âmbito infraconstitucional a sua matriz na norma fundamental, que o fortalece no confronto com outros direitos.

Nesse sentido, certo que o objeto deste estudo nos conduz a um confronto entre direitos, será destacada a seguir a origem constitucional do poder

²⁷⁶ Os professores Otavio Calvet, Cláudio Armando Couce de Menezes, Gláucia Gomes Vergara Lopes, Roberta Ferme Sivoiella, em artigo conjunto, intitulado *Direitos Fundamentais e Poderes do Empregador: o Poder Disciplinar e a Presunção de Inocência do Trabalhador*, publicado no sítio da internet <http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/DireitosFundamentais/Empregador/PoderDisciplinar/PresunçãodeInocenciadoTrabalhador/OtavioCalveteoutros.pdf>, visitado em 31.01.2012, defende este duplo fundamento do poder diretivo, sustentando que "*no plano constitucional, é voz corrente que esses poderes têm como base a livre iniciativa e o direito de propriedade, valores consagrados em inúmeras Constituições, inclusive a brasileira*".

²⁷⁷ Cunha Ferraz, Anna Cândida, *Processos informais de mudança na Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 65.

diretivo do empregador que, a partir da invasão dos sistemas tecnológicos no ambiente de trabalho, têm ampliado exponencialmente a capacidade de o empregador interferir nos direitos da personalidade do trabalhador.

2.1. Noções gerais sobre liberdade de empresa na Espanha. Trata-se de um direito fundamental?

Como mencionado anteriormente, não há vozes que se apartem na doutrina e na jurisprudência espanholas da ideia de que o fundamento constitucional do poder diretivo seja o direito à liberdade de empresa. E tal se dá, a despeito de se reconhecer que não são muitos os estudos na doutrina constitucional espanhola que enfrentam o direito à liberdade de empresa²⁷⁸. Talvez por isso, igualmente são raros os trabalhos de investigação voltados para o conflito desse direito com os direitos fundamentais dos trabalhadores²⁷⁹, optando a doutrina especializada pelo enfrentamento do tema, durante muitos anos, sob um viés essencialmente privatista, alegando que as medidas restritivas derivariam do contrato de trabalho.

Essa conclusão, que parece simples e lógica, parte de um raciocínio que omite dois dados de suma importância: o primeiro, consistente no fato de que essas restrições são fruto do exercício das faculdades organizativas pelo empregador, que, enquanto expressão de poder, não estaria compelido a exercitá-las, podendo fazê-lo ou não. A segunda informação omitida é que o exercício desta faculdade é apenas uma das

²⁷⁸ Alguns dos estudos mais importantes sobre a liberdade de empresa são os seguintes: Cidoncha, Antonio. (*La libertad de empresa*), 2006, 1ª edición, Editorial Arazandi; Borrajo Dacruz, Efrén (dir). (*La reforma del mercado de trabajo*). Actual editorial SA, Madrid, 1993; Lopez Aguilar, Juan Fernando. (*Derechos Fundamentales y libertad negocial. Sobre el espacio constitucional para la autonomía de la voluntad entre particulares*). Ministerio de justicia, Centro de publicaciones, Madrid, 1990; Pérez Pedrero, Enrique Belda “Aproximación a la libertad de empresa del artículo 38 de la constitución”. *Cuadernos Constitucionales de Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n. 24, Universidad de Valencia, Valencia, 1998; Aznar López, Manuel. (“Libertad de empresa y otros fundamentos constitucionales de la acción voluntaria”). In *Cuadernos de Derecho Público* n. 09. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000; Muñoz Machado, Santiago. (“Los limites constitucionales de la libertad de empresa”), in *Estudios de Derecho Público Económico* (Coordinador: Luis Cosculluela Montaner), Civitas ediciones, 1ª edición, Madrid, 2003; Ariño Ortiz, Gaspar. (*Principios Constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo*). Marcial Pons, Madrid, 1995.

²⁷⁹ Há numerosos trabalhos sobre o tema, porém com enfoque genuinamente trabalhista, em que a liberdade de empresa é mencionada, porém não estudada, ficando a análise no plano infraconstitucional, centrado exclusivamente na noção de controle e direção do empreendimento, enquanto derivações do contrato de trabalho. Na Espanha, para citar apenas um estudo, em que as teorias contratualistas sobre o fundamento do poder diretivo são vistas de forma bastante analítica, temos a tese doutoral apresentada por Consuelo Chacartegui Jávega, intitulada “*Contrato de trabajo y empresas de trabajo temporal*”, Departament de Dret, Universitat Pompeu Fabra, Diretora: Dra. Julia López López, Barcelona, junho, 1998, e que deu origem ao livro *Empresas de trabajo temporal y contrato de trabajo*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2000.

diversas modalidades por meio das quais se manifesta o direito consagrado no art. 38 CE, até então ignorado em grande parte dos trabalhos que abordam o tema.

Em grande medida, essa postura algo contraditória de parte significativa da doutrina se dá em virtude da vacilante jurisprudência do TC a respeito da natureza jurídica da liberdade de empresa. Não é comum o Tribunal Constitucional, tratando de restrições a direitos trabalhistas motivadas pelo exercício de faculdades diretivas do empregador, abordar o tema sob a forma de colisão entre “direitos fundamentais”, tendo este preferido durante seus primeiros anos e até metade dos anos noventa, expressões de caráter ambíguo, como matização de direitos ou influência do contrato nos direitos fundamentais.

Assim, uma análise constitucional sobre a viabilidade da utilização pelo empregador de mecanismos de controle sobre o uso do correio eletrônico do empregado durante o contrato de trabalho necessita elucidar um primeiro aspecto preliminar, que pode ser resumido na seguinte interrogante: é efetivamente a liberdade de empresa, da qual se origina o poder diretivo do empregador, um direito fundamental?

Em um primeiro plano, impossível escapar de certo apego formal para responder afirmativamente, visto que a Constituição Espanhola incorpora como direito fundamental, consagrado em seu art. 38, a liberdade de empresa (seção 2ª do capítulo 2º da CE). Porém, a despeito da enorme clareza do dispositivo e do tratamento que lhe dispensa a Constituição Espanhola, a jurisprudência do TC tem gerado na doutrina acirrada controvérsia, isto porque ora considera a liberdade de empresa como direito fundamental²⁸⁰, em suas dimensões objetiva e subjetiva, como o faz nas SSTC 227/1993 (FJ 3) e 109/2003 (FJ 15), ora diz que o direito previsto no art. 38 CE é uma garantia institucional, como o faz, dentre outras, nas SSTC 111/1983 (FJ 10), 87/1985 (FJ 8), 136/1991 (FJ 1). Por fim, há um terceiro grupo de decisões em que o TC, sem se posicionar claramente por nenhuma das duas posições, assevera que nesse direito predomina o caráter de garantia institucional, como ocorre nas SSTC 83/1984 (FJ 3) e 225/1993 (FJ 3)²⁸¹.

²⁸⁰ Também está qualificado como direito fundamental nas SSTC 46/1983 (FJ 6), 17/1990 (FJ 17), 64/1991 (FJ 6), 89/1994 (FJ 7), 99/1994 (FJ 4).

²⁸¹ É ainda chamada de garantia constitucional (STC 84/1993, FJ 2) e de princípio (SSTC 62/1991 FJ 2 e 135/1992 FJ 8, dentre outras), havendo vários julgados em que recebe mais de uma qualificação, como, por exemplo, na STC 109/2003 em que é chamada ora de direito fundamental, ora de princípio, algo que, neste caso, pode-se admitir diante da adoção pelo TC da teoria dos princípios e regras, que inclui os direitos fundamentais entre aqueles, por se tratar de mandados de otimização. Veja-se sobre o tema, por todos, Alexy, Robert (“*Teoría de los derechos fundamentales*”. *op. cit*) e Atienza, Manuel e Ruiz Manero,

A confusão e a insegurança jurídica se tornam ainda mais graves quando o TC, com intenção de “esclarecer”, estabelece, como o faz na STC 26/1987 (FJ 4) que “*derecho fundamental y garantía institucional no son categorías jurídicas incompatibles o que necesariamente se excluyan*”. Para depois concluir que boa parte dos direitos fundamentais previstos na Constituição Espanhola são também garantias institucionais, ainda que existam outras garantias institucionais que não sejam direitos fundamentais²⁸².

Assim, como se percebe, não é sem razão a heterogenia de trato que a liberdade de empresa tem recebido em diversos estudos, havendo alguns doutrinadores que, baseados na jurisprudência constitucional, lhe negam a condição de direito fundamental. Dentre eles, Ariño Ortiz²⁸³ considera que a liberdade de empresa não vem sendo tratada pelo TC como um direito fundamental, já que não lhe vem reconhecendo a dupla vertente de direito subjetivo (aspecto subjetivo) e valor superior do ordenamento jurídico (aspecto objetivo). Para ele, de acordo com suas decisões, o TC tem se inclinado por qualificar de forma expressa a liberdade de empresa como uma mera garantia institucional. Ademais, acrescenta o autor “*la subordinación de este derecho a las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación en el propio artículo 38 de la Constitución, las limitaciones derivadas de la función social de la propiedad, las facultades de intervención que posee el Estado en la actividad económica, así como la garantía de lo que la doctrina denomina intereses difusos o contraderechos que están en la actualidad reconocidos por la constitución llevan siempre al Tribunal a negar la existencia de violaciones del contenido esencial del derecho de libertad de empresa...*”

Malgrado esteja amparado parcialmente na jurisprudência constitucional, não nos parece seja este o melhor entendimento que mereça ser dado à questão. Inicialmente, antes mesmo de estudar analiticamente qual seria a natureza jurídica da liberdade de empresa, cabe, de imediato, rejeitar a posição do Tribunal Constitucional, exarada na STC 26/1987 (FJ 4) que, antes de esclarecer, maximiza a

Juan no estudo intitulado “Sobre principios y reglas”, publicado em *Seminário de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante*, Centro de Estudios Constitucionales, Alicante, 1991.

²⁸² Sobre o tema das garantias institucionais que são também direitos fundamentais e as idiosincrasias daí decorrentes, em particular a compatibilização entre estabilidade e abertura, leia-se Ignacio Gutiérrez Gutiérrez (*La garantía del matrimonio en la Constitución: estabilidad y apertura como criterios de interpretación*. Ano LXV, BMJ n. 2137. Diciembre 2011 – ISSN: 1989-4767 – www.mjusticia.es/bmj).

²⁸³ *Principios constitucionales de la libertad de la empresa...*, op. cit., pp. 92-97, Marcial Pons, Madrid, 1995.

dúvida, ao tentar aproximar e até por vezes confundir os direitos fundamentais com as garantias institucionais.

Aqui, oportunas as palavras do professor Cidoncha²⁸⁴ quando esclarece que “*los derechos subjetivos son situaciones jurídicas activas (poderes jurídicos) conferidos a la persona, que se integran en su patrimonio jurídico (...) por el contrario, las instituciones son ámbitos objetivos de la realidad (...) respecto de las cuales se impone una prohibición objetiva de destrucción o desnaturalización*”. Na mesma linha, objetivando diferenciar os institutos, Aragón Reyes²⁸⁵ apresenta os diferentes objetivos destas figuras: “*el derecho fundamental protege derechos subjetivos y la garantía institucional protege instituciones; el derecho fundamental garantiza un contenido esencial y la garantía institucional sólo una ‘imagen maestra’ mucho más abierta a la acción del legislador*”.

É certo que pode ocorrer que um direito fundamental possa estar conectado com uma garantia institucional.²⁸⁶ Mas, trata-se, reitero, de objetos distintos. Para exaurir dúvidas, de grande valia o estudo de Jimenez Blanco²⁸⁷, que sistematiza alguns critérios a respeito do que seja uma garantia institucional, simplificando a análise hermenêutica:

a) Existe garantía institucional cuando determinados objetos (instituciones, organizaciones y figuras jurídicas), formados con complejos normativos y con realidades fácticas, se encuentran contempladas en la Constitución con fines de protección.

b) La función de garantía puede referirse a normas y a realidades o sólo a lo primero. En el primer caso estamos ante instituciones y en el segundo ante institutos, y en tal sentido puede recuperarse la terminología tradicional: con carácter general, las garantías institucionales se encuentran en la parte organizativa de la Constitución; las primeras suelen encontrarse en la parte

²⁸⁴ Cidoncha, Antonio. *La libertad de empresa*, 2006, 1ª edición, Editorial Arazandi, apud Aragón Reyes, Manuel, “El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa”, em *25 años de economía de mercado III Libertad de empresa y relaciones laborales en España. Revista del Instituto de Estudios económicos*, ano 4, n. 4, 2004, p. 3.

²⁸⁵ Aragón Reyes, Manuel, “El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa”, em *25 años de economía de mercado III Libertad de empresa y relaciones laborales en España. Revista del Instituto de Estudios económicos*, ano 4, n. 4, 2004, p. 3.

²⁸⁶ Aragón Reyes (“El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa”, op. cit, p. 4) aponta, por exemplo, que o direito à liberdade de expressão e informação pode estar conectado com a garantia institucional da opinião pública. Indica, ainda, o direito à liberdade de empresa teria no marco da economia de mercado a sua garantia institucional.

²⁸⁷ “Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución”. *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo Garcia de Enterría*, tomo II, Madrid: Civitas 1991, p. 648.

organizativa – orgánica – de la Constitución, y las segundas entre los derechos fundamentales – parte dogmatica.

c) Entre las garantías, las hay vinculadas a derechos fundamentales y no vinculadas a los mismos. La distinción no es relevante a efectos de protección y sí sólo en lo que hace a la posible fundamentación de pretensiones individuales.

d) Cuando coexisten la garantía y el derecho fundamental, la primera sirve para fortalecer al segundo, protegerlo y no limitarlo.

Por seu turno, como já visto, são características de todos os direitos fundamentais: a) eficácia direta e vinculação a todos os poderes públicos, incluindo o legislador, para quem são indisponíveis (art. 53.1, primeiro inciso); b) a existência de reserva de lei e conteúdo essencial (art. 53.1, segundo inciso); c) controle de constitucionalidade (art. 53.1, último inciso). Desse modo, forte na caracterização do que sejam as garantias institucionais, e, conhecedores daqueles elementos que pautam a essência dos direitos fundamentais, considerando, ainda, que o art. 53.1 da Constituição Espanhola estende as garantias acima enumeradas à liberdade de empresa, não parece lógico ou razoável entender que esta seja, conforme o caso, um direito fundamental ou uma garantia institucional.

Para classificar a liberdade de empresa como direito fundamental, leva-se em conta prioritariamente o fato de que a Constituição expressamente dispõe tratar-se de um direito fundamental, posição reforçada pelo Tribunal Constitucional que, em sua STC 109/2003, FJ 15, reconhece que a liberdade de empresa tem um conteúdo essencial (art. 53.1 CE), ainda que não o tenha delimitado nesta oportunidade²⁸⁸. Ademais, a liberdade de empresa, submetida a reserva de lei e a controle de constitucionalidade, é um direito criado pela Constituição, não podendo ser desfigurada por lei, sob pena de inconstitucionalidade. Assim, a liberdade prevista no art. 38 CE vincula a todos os poderes públicos, não podendo ser alegado perante os tribunais apenas de acordo com o que disponham as leis que a regulamentem, mas também contra essas leis (*contra legem*) e inclusive se não houver lei regulamentadora (*extra legem*).

Desta forma, por mais que a jurisprudência do TC não facilite essa qualificação, a partir dos dados até então apresentados, já é possível concluir tratar-se a

²⁸⁸ Textualmente, consta no FJ 15 que “*en relación con el derecho a la libertad de empresa hemos declarado que viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad. El mantenimiento de esos límites está asegurado por una doble garantía, la de la reserva de ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer, de un contenido esencial.*”

liberdade de empresa de um direito fundamental. E como tal, este direito possui uma dimensão objetiva e outra subjetiva (de caráter predominantemente patrimonial), donde se depreende uma série de faculdades que poderão ser exercidas pelo empresário, as quais merecerão uma visão mais detalhada no tópico seguinte.

2.1.1. Algumas notas sobre o conteúdo do direito à liberdade de empresa

Todo direito fundamental necessariamente tem um conteúdo essencial²⁸⁹. Todavia, destrinchar os elementos caracterizadores do núcleo duro do direito à liberdade de empresa não é uma tarefa fácil, seja por sua singularidade²⁹⁰, que dificulta a busca de paralelos no direito comparado, seja pela ausência de uma doutrina consolidada pelo TC.

Quanto ao primeiro aspecto, salienta o professor Rubio Llorente²⁹¹ que *“en el momento de su promulgación, la única norma semejante a nivel constitucional, era la contenida en el artículo 41 de la Constitución Italiana²⁹², que sin embargo no se refiere expresamente a la libertad de empresa, sino a otra categoría,*

²⁸⁹ A respeito do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tema que será destacado no capítulo 4 deste estudo, o TC oferece uma definição global nos seguintes termos: *“constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así”* (STC 11/1981, FJ 8). Para mais adiante, no mesmo fundamento jurídico (FJ 8 da STC 11/1981), assinalar na mesma sentença que *“la esencialidad del contenido del derecho (hace) referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”*. Na doutrina, entre outros, destacam-se os estudos dos espanhóis Parejo Alfonso (*“El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”*), em *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 3, septiembre-diciembre, 1981; Prieto Sanchís (*Estudios sobre derechos fundamentales*), Madrid, 1990; Medina Guerrero (*“La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”*). McGraw-Hill, Madrid, 1996. e Aragón Reyes (*“El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa”*). No Brasil, entre outros, Afonso da Silva, Virgílio (*“O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais”*). *Revista de Direito do Estado* n. 4, 2006, p. 23/51), Ventura Peixoto, Marco Aurélio. (*Os direitos fundamentais e o princípio da legalidade: uma compatibilização possível?*, encontrado em: https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista?Ano_V_dezembro_2005/marco_aurelio_direitosFundamentais.pdf). Ainda sobre o tema, indispensável a leitura da obra universal de Peter Haberle, *Garantía del contenido esencial de los Derechos fundamentales*, Dykinson, S. L., Madrid, 2003.

²⁹⁰ Contra essa pretensa singularidade, leia-se Ariño Ortiz (op. cit, p.34), segundo o qual o artigo 38 da CE constitui a expressão atual do princípio da liberdade de indústria e comércio previsto no direito espanhol até a Constituição de 1931 (*“art. 33. Se reconoce la libertad de industria e comercio, salvo las limitaciones que, por motivos económicos y sociales, impongan las leyes”*).

²⁹¹ *“La libertad de empresa en la constitución”*, p. 25, em Borrajo Dacruz, Efrén (dir). *La reforma del mercado de trabajo*. Actual editorial SA, Madrid, 1993.

²⁹² Art. 41. A iniciativa econômica privada é livre. A mesma não pode se desenvolver em contraste com a utilidade social ou de uma forma que possa trazer dano à segurança, à liberdade, à dignidade humana. A lei determina os programas e os adequados controles, afim de que a atividade econômica pública e privada possa ser dirigida e coordenada para fins sociais. (texto obtido no site www.arci.it/dwn.php?trigger=BFFAAA, acessado em 10.04.2008).

aunque próxima, ligeramente distinta, la libertad de iniciativa económica privada.” Efetivamente, ainda que os textos constitucionais em questão não sejam idênticos, parte da doutrina vê na Constituição Italiana, de 1947, fonte de inspiração para o constituinte espanhol de 1978.

De qualquer sorte, ainda que se questione, ao menos em termos parciais, o caráter singular do art. 38 CE, de uma rápida leitura dos textos constitucionais que mais se aproximam da dicção espanhola a respeito do tema, a conclusão que facilmente se chegará é que não há tratamento idêntico ao dispensado na Espanha nos diversos ordenamentos jurídicos, que ora o reduz ao princípio de liberdade combinado com o direito à propriedade, como soe ocorrer na França ou, ainda, associado como parte do direito a livre eleição de profissão que consagra a Lei Fundamental de Bonn em seu art. 12. De maneira que, talvez com certo exagero, se possa dizer que o direito à liberdade de empresa espanhol, da forma como foi consagrado, não encontra paralelo no direito comparado.

Não é sem razão que Pérez Royo²⁹³ expressando uma angústia de parte da doutrina e do próprio TC, informe que, constitucionalizado como direito fundamental, tratar-se-ia a liberdade de empresa de “*un derecho fundamental sui generis, cuyo contenido es difícilmente delimitable*”. Porém, se é forçoso reconhecer a dificuldade em delimitar o conteúdo essencial da liberdade de empresa e a esse respeito desnecessário acrescentar argumentos aos que o próprio Tribunal Constitucional até agora já esgrimiuiu²⁹⁴, não é menos imperativo reconhecer a relevância de sua definição, seja para sua proteção contra leis que o violem, seja, e este último aspecto é o que interessa particularmente no presente estudo, para reconhecer em seu entorno aquelas particularidades que o fazem reconhecível como tal.

Nesse sentido, a partir da expressa dicção do texto constitucional e de algumas sinalizações ofertadas pelo Tribunal Constitucional, a literatura científica já começa a traçar os seus contornos, de maneira que algumas contribuições doutrinárias viabilizam detectar uma espécie de núcleo integrante do direito em questão. Nesse

²⁹³ *Curso de Derecho Constitucional, op. cit.* p. 480.

²⁹⁴ Textualmente, a STC 37/1981 (FJ 2) externa a preocupação do TC em evitar se pronunciar sobre o que constitui o conteúdo essencial da liberdade de empresa: “*No hay pues lugar a entrar en el análisis de que es lo que haya de entenderse por libertad de empresa o cual sea el contenido esencial de esta libertad...*”. Posteriormente, reitera preocupação semelhante na STC 37/1987 (FJ 5): “*(...) El enjuiciamiento del presente motivo de inconstitucionalidad que los recurrentes reprochan a la ley andaluza no precisa que nos detengamos, con carácter previo y general, en ahondar sobre el contenido de la libertad de empresa y sobre los límites que pueden establecerse por las normas que regulen su ejercicio, cuestión que no está exenta de graves dificultades de definición a priori con carácter abstracto y de general aplicación*”.

prisma, valiosa a contribuição de Pérez Pedrero²⁹⁵, que tenta indicar qual seria o concreto círculo intangível da liberdade de empresa. Primeiramente, o autor indica que o direito prescrito no art. 38 CE autoriza seus titulares a iniciar e manter uma atividade empresarial em liberdade. Assim, os titulares da empresa terão a faculdade de decidir sobre os objetivos da empresa, sobre sua direção e sobre sua planificação, conforme estabelecido na STC 225/1993 (FJ 3). Esse núcleo abstrato e geral se concretizará, como acentuam De Juan Asenjo e Garcia Pelayo²⁹⁶, em uma série de direitos e liberdades mais específicas, como a livre concorrência, a liberdade de investimento, de contratação, aquisição de materiais e venda de produtos, organização de fatores produtivos, gestão e organização do negócio, entre outras. Assim, grosso modo, a garantia do art. 38 da Constituição Espanhola impede, a título de exemplo, que os poderes públicos imponham metas de produção ou resultados, cabendo, por seu turno, à direção da empresa, quanto aos seus recursos humanos, fixar horários e demais regras de trabalho, sempre atendendo, nesses casos, ao marco legal geral e setorial que, neste último caso, será a legislação laboral. Em sua faceta negativa, essa liberdade, a contrário senso, garante que ninguém está obrigado a iniciar uma atividade econômica ou continuá-la contra a sua vontade.

Como segundo traço inerente ao conteúdo do direito²⁹⁷, aponta-se a exigência de que a atividade empresarial se exerça em condições de igualdade entre as empresas que apresentem semelhantes características e com plena sujeição à normativa sobre ordenamento de mercado e da atividade econômica em geral (STC 225/1993, FJ 3º), ressaltando que os termos da comparação devem ser sempre obtidos entre empresas de um mesmo campo da atividade econômica. Daí o reforço que faz Aragón Reyes²⁹⁸ ao pontuar que não há liberdade de empresa igual para todas as empresas ou para todo o

²⁹⁵ *Op. cit.*, pp. 122-124.

²⁹⁶ *La Constitución Económica Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984 e *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1982, *apud* Román de la Torre, María Dolores, in *Poder de dirección y contrato de trabajo*, 1ª ed. Valladolid, Ediciones Grapheus, 1992, p. 24.

²⁹⁷ Sobre o tema, veja-se Rubio Llorente, Francisco. “La libertad de empresa en la constitución”, em Borrajo Dacruz, Efrén (dir). *La reforma del Mercado de Trabajo*. Actual editorial SA, Madrid, 1993; Pérez Pedrero, Enrique Belda. “Aproximación a la libertad de empresa del artículo 38 de la constitución”. *Cuadernos Constitucionales de cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n. 24, Universidad de Valencia, Valencia, 1998; e Aragón Reyes, Manuel. “El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa”, em *25 años de economía de mercado III Libertad de empresa y relaciones laborales en España*. *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, ano 4, n. 4, 2004.

²⁹⁸ “El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa”, in *25 años de economía de mercado III Libertad de empresa y relaciones laborales en España*. *Revista del Instituto de Estudios económicos*, ano 4, n. 4, 2004.

mercado, porém há um conteúdo essencial único da liberdade de empresa como direito subjetivo.

Reconhecido o núcleo mínimo necessário para caracterizar o direito como tal, a doutrina²⁹⁹ tem buscado detalhar as variadas possibilidades lícitas de ação, apresentando como faculdades inerentes à liberdade de empresa: a) liberdade de criação de empresas e de acesso ao mercado (livre fundação da empresa e livre acesso ao mercado de bens e serviços); b) a liberdade de organização do empresário (eleição de formas, nome ou identidade da empresa, constituição interna etc.); c) liberdade de direção da empresa, também chamada de liberdade de exercício da atividade empresarial e que consiste na faculdade de tomar decisões e de competir em um mercado livre (liberdade de produção, de investimento, de fixação de uma política ou estratégia comercial, liberdade de distribuição e venda etc.).

Dentre essas faculdades de exercício legítimo do direito previsto no art. 38 CE, serão analisados agora, com maior grau de detalhamento aquelas que apresentam mais frequentemente zonas de atrito com os direitos fundamentais dos trabalhadores.

2.1.2. Pontos de intersecção entre as faculdades inerentes à liberdade de empresa e a atividade laboral

De uma leitura mais detalhada dos poderes inerentes ao direito fundamental à liberdade de empresa, é possível aferir uma série de zonas de intersecção entre o seu exercício e a atividade laboral prestada pelos empregados. A essas faculdades típicas da liberdade de empresa diretamente relacionadas com a relação laboral, a doutrina denominou de conteúdos laborais da liberdade de empresa³⁰⁰.

Aponta-se que estariam compreendidas como faculdades laborais do direito em questão (seu ponto de concreção sob o prisma laboral³⁰¹), “*la libertad de entrar en mercado, libertad de organizar y desarrollar los recursos productivos y la libertad de abandonar (total o parcialmente) dicho mercado*”, poderes que, como se

²⁹⁹ Por todos, Ariño Ortiz, Gaspar. *Principios Constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo*. Marcial Pons, Madrid, 1995; e Cidoncha, Antonio. *La libertad de empresa*, 2006, 1ª edición, Editorial Arazandi.

³⁰⁰ A expressão foi retirada do título do artigo do professor Catedrático de Direito do Trabalho, Federico Durán López (“Contenidos laborales del derecho constitucional a la libertad de empresa”), publicado *in 25 años de economía de mercado III Libertad de empresa y relaciones laborales en España. Revista del Instituto de Estudios Económicos*, año 4, n. 4, 2004.

³⁰¹ Durán López, Federico, “Contenidos laborales...”, *op. cit.*, p. 37.

percebe à toda evidência, possuem relação de pertinência com as faculdades gerais antes apontadas.

A primeira faculdade (liberdade de acesso ao mercado) se concretizaria na possibilidade de adotar livremente a decisão de iniciar ou não uma atividade empresarial, optando, de acordo com suas convicções e com as necessidades de mercado, o que vai produzir, como vai fazê-lo, quanto deseja investir e lançar de produtos no mercado e, por consequência, que quantitativo de empregados³⁰² e meios materiais não humanos deseja ter em sua empresa. Trata-se de um terreno extremamente fértil para o Direito do Trabalho, nascendo do exercício destas faculdades uma série de questões que vão desde aquelas que se referem ao processo de seleção de candidatos ao posto de trabalho³⁰³, passando pelas modalidades de contratação, requisitos exigidos, perfil do trabalhador que se ajuste com os objetivos da empresa, dentre outros tantos aspectos passíveis de ensejar colisão entre os poderes empresariais e os direitos fundamentais dos trabalhadores, em especial aqueles tidos como inespecíficos.

A segunda expressão laboral da liberdade de empresa, a chamada liberdade de organização, é a que mais diretamente interessa a este estudo e será objeto de análise mais detalhada, por ser o vetor da liberdade empresarial que colide com o

³⁰² Aqui, um exemplo interessante que se colhe da obra de Duran López, Federico (op. cit., p. 38): sob o signo da liberdade de empresa inviável que venham a ser fixados pelo setor público por motivos sociais ou de política de emprego um número mínimo de empregados para uma determinada atividade. Todavia, essa possibilidade passa a existir quando concorram para esta fixação outras motivações que tenham como base outros interesses que estejam em tutela, como, por exemplo, a segurança aérea que define o número mínimo de membros de uma tripulação de aeronave.

³⁰³ Aqui, poderia ocorrer lesão a direito fundamental do obreiro se o processo seletivo fosse movido por finalidade discriminatória, como a exigência de gênero, “cor da pele”, altura, peso etc para um cargo de operador de caixa de supermercado ou bancário, só para citar duas atividades em que esse *discrimen* não teria sentido diante da modalidade de labor a ser desempenhado. De igual sorte, o processo seletivo, pode também lesionar direitos fundamentais dos postulantes aos cargos de trabalho (dinâmicas ou etapas de seleção que sejam ofensivas a honra ou a imagem da pessoa etc.). O Tribunal de Justiça da União Européia estabeleceu sua jurisprudência no sentido de que a despedida de uma trabalhadora motivada por sua gestação constitui uma discriminação direta por razão de gênero, independentemente de que seu contrato de trabalho seja de duração determinada ou por tempo determinado. A construção deste entendimento se deu fundamentalmente a partir da análise de dois *leading cases*, o *Asunto C-438/99 (despedida de trabalhadora espanhola grávida, contratada pelo Ayuntamiento de los Barrios, por tempo determinado)* e o *Asunto C-109/00 (despedida de trabalhadora na Dinamarca – Tele Danmark – em contrato por prazo determinado, sob o fundamento de que esta não teria informado sua condição de gestante no momento da contratação)*, nos quais os tribunais suscitaram questões relativas ao alcance e a interpretação das disposições comunitárias relativas ao princípio de igualdade de trato. Sobre o primeiro caso (*Asunto C-438/99*), o TEJ afirmou que, em determinadas circunstâncias, o fato de não renovar um contrato de duração determinada pode ser considerado uma negativa de contratação. Neste caso, uma negativa de contratação de uma trabalhadora apta ao trabalho, devido à sua gravidez, constitui uma discriminação direta por razão de sexo. No caso dinamarquês (*Asunto C-109/00*), o TEJ pontuou que a negativa de contratar motivada por gravidez não pode se justificar pelo prejuízo eventualmente sofrido pelo empresário em virtude de sua licença maternidade, já que durante este período não poderia a obreira ocupar seu posto regularmente. Por essa razão, a não contratação configura igualmente discriminação direta por razão de sexo. Nesta linha, vide STC 214/2006, de 25 de maio de 2006.

direito ao segredo das comunicações quando do exercício de mecanismos de controle para fiscalização do correio eletrônico. De fato, a liberdade de desenvolver e de organizar os recursos produtivos é uma atividade que apresenta múltiplas facetas e que compreende, grosso modo, o poder de controle e direção frente aos recursos produtivos próprios ou não (como soe ocorrer nas terceirizações ou subcontratações). Deste modo, com amparo na liberdade de empresa, as opções organizativas, em princípio, devem ser respeitadas.

Em outras palavras, a liberdade de empresa ampara a utilização de todas as possibilidades não vedadas pelo ordenamento jurídico. Porém, vale ressaltar que, em se tratando de utilização da força de trabalho, esta liberdade deve-se dar somente no campo deixado em aberto pelo marco normativo laboral, o que, registre-se, de modo algum, pode implicar a completa supressão da liberdade empresarial em adotar determinadas decisões.

Importante reafirmar que nenhum cidadão perde sua condição de sujeito de direitos fundamentais ao assumir a condição de trabalhador. Não se admite que a assinatura de um contrato de trabalho gere a existência de cidadãos de segundo escalão, como se a sociedade admitisse uma ética dúplice, conforme se esteja ou não inserido no mercado de trabalho³⁰⁴. Nesse sentido, o TC já se pronunciou por diversas vezes em sentenças, algumas já comentadas, no sentido de que o direito consagrado no art. 38 da CE não legitima, em relação aos obreiros, qualquer conduta empresarial que configure “*despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional*”³⁰⁵.

Por último, a liberdade de empresa compreenderia a possibilidade total ou parcial de abandonar o mercado. Nesse contexto, estariam tanto a redução quanto a supressão de determinadas atividades produtivas, ou, ainda, a redução dos trabalhadores contratados, baseado muitas vezes em uma reorganização produtiva ou em melhorias tecnológicas. Aqui, no que tange ao contrato de trabalho, podem ser enquadradas, por exemplo, as chamadas despedidas por motivação econômica ou

³⁰⁴ Ojeda Avilés, Antonio. “Equilíbrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”, in *Revista de Derecho Social*, n. 35, Julio-septiembre 2006, nesse sentido, reitera a mesma ideia de que o ambiente laboral não é um mundo a parte, já que os poderes de direção dos empregadores não são potestades que só dependam exclusivamente do teor das cláusulas dos contratos de trabalho, já que estes devem ser considerados imersos no ambiente democrático da Constituição.

³⁰⁵ Fragmento da STC 197/1998, citada em “25 años de economía de mercado III Libertad de empresa y relaciones laborales en España”. *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, ano 4, n. 4, 2004, p. 102.

tecnológica (ou técnica em alguns países), tema dos mais sensíveis para a liberdade de empresa, visto que não são raras as vezes em que estas extinções contratuais que, a princípio, estariam em conformidade com o princípio da iniciativa econômica e com a própria noção de desenvolvimento do negócio, resvalam em questões de interesse geral ou de política de Estado que, em tempos recessivos sempre busca a garantia de empregos e a proteção social dos trabalhadores³⁰⁶.

2.1.3. A faculdade de controle exercida pelo empregador na relação de trabalho como parte da liberdade de empresa, e seu incremento a partir dos novos instrumentais tecnológicos

A noção de controle, em um plano geral, pode ser apresentada como um conjunto de ações de natureza muito distinta. Em linguagem técnico-jurídica, seria correto afirmar, com apoio em Gianini,³⁰⁷ tratar-se de *“una tarea de verificación que se ejercita sobre la actividad desarrollada previamente por otro sujeto, necesariamente subordinado a quien es titular de la facultad de verificación, con la finalidad de comprobar que los actos controlados son conformes a los principios que disciplinan la actividad”*. Assim, os elementos essenciais para a atividade de controle seriam, por um lado, a presença de parâmetros previamente estabelecidos e conhecidos pelo controlador e por quem exerce a atividade controlada. Por outro, o juízo de adequação do objeto controlado aos parâmetros em torno dos quais se realiza a verificação.

No campo do direito laboral, a origem do poder de controle remonta ao contrato de trabalho. Nessa seara, as faculdades de controle, por se tratar de um terreno negocial, e em especial nos contratos de trato sucessivo - por sua dilação no tempo que viabiliza com maior facilidade situações de desrespeito ao quanto pactuado -, apresentam um maior grau de autonomia, tanto no que pertine ao seu conteúdo, quanto no que se refere ao seu exercício. No conteúdo, porque a atividade de controle se

³⁰⁶ Cada vez mais rotineiras as transferências de parques industriais da Europa e da América do Norte para a América Latina, subsidiadas integralmente pelos governos locais (que arcam com a construção das fábricas, com a infraestrutura necessária e ainda subsidiam tributos), em troca da aquiescência do titular do negócio a uma determinada política de empregos. Esta situação muito favorável em um primeiro momento, em longo prazo, termina por ser geradora de inúmeros problemas das mais diversas ordens (tributários, laborais, constitucionais etc.), resvalando muitas vezes as medidas de fomento ao emprego, implementadas pela administração pública, na própria atividade de direção do empreendimento.

³⁰⁷ “Controlo, Nozioni e Problemi”, *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*, 1974, apud Martínez Fons, Daniel, *El poder de control del empresario en la relación laboral*. 1ª edición, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, p. 21.

fundamenta em certa posição de domínio, e no exercício, dado que adotará diversas formas ou porque se exercerá através de diversos instrumentos jurídicos.

Considerado o controle empresarial como faceta de seu poder diretivo, verdadeiro instrumento de sua potestade ordenadora, essa liberdade, aqui instrumentalizada, assume feições discricionárias, algo imperativo em especial em se considerando a flexibilidade do mercado e a necessidade do empresário de atender às novas demandas geradas³⁰⁸, algo absolutamente fundamental para preservação da competitividade no mercado.

É através deste poder que fica facultado ao empregador se valer dos meios necessários para comprovar que o empregado está cumprindo suas obrigações, conforme definido na avença. Assim, o cumprimento dos deveres contratuais, o rendimento esperado para a realização da atividade, o modo e a qualidade do trabalho prestado, considerando, inclusive, o setor e as potencialidades individuais de cada empregado, podem ser aferidos.

Essas faculdades discricionárias legítimas enquanto derivação do poder diretivo e da liberdade de empresa (art. 38 CE), em sua feição de controle, adquiriram, todavia, maior grau de invasividade, indo, por vezes, além da esfera produtiva, com a aparição de novos instrumentais de controle frutos da revolução tecnológica, como filtros de correios eletrônicos, utilização de câmeras, microfones ocultos, detectores de objetos entre outros mecanismos³⁰⁹, superando significativamente aquilo que em princípio poderia ser considerado como o âmbito natural do controle contratual que, de elemento eventual da atividade organizativa, passa a integrar-se como parte da própria atividade de trabalho.

Esses novos instrumentais, conhecidos como controles “defensivos” pela dogmática italiana³¹⁰, buscam tutelar interesses que, em princípio, escapariam a essa noção de “*desenvolvimento e organização dos recursos produtivos*”, buscando, por seu turno, prevenir ou descobrir condutas passíveis de ocasionarem lesões a bens da

³⁰⁸ Vide capítulo 1 deste estudo, sobre as características do atual modelo de produção.

³⁰⁹ Aqui, para alguns, haveria por parte dos empregadores a adoção de uma visão panopticista, na medida em que ao trabalhador não importaria tanto estar sendo vigiado quanto imaginar que pode estar sendo vigiado. O que vê tudo não poderia ser visto e assim pouco necessárias e utilizadas seriam as medidas disciplinares. Haveria, diante da visibilidade absoluta (alguns chegam a falar em trabalhador transparente), uma indução para que o trabalhador se comportasse dentro dos padrões sugeridos por quem dirige o empreendimento.

³¹⁰ Nesse sentido, veja-se C. Pisani, *I controlli a distanza sui lavoratori*, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali* n. 33, 1987; A. Bellavista, *Il controllo sui lavoratori*, G. Giapichelli editore, Torino, 1995..”; Dell’Olio, Matteo. “Art. 4 St. Lav. e elaboratori elettronici”, *Il Diritto del Lavoro*, 1986, n. 3, entre outros.

empresa, como prejuízo ao seu nome no mercado, propriedade intelectual, bens materiais etc. Essa nova faceta dos controles empresariais na atividade laboral, longe de ser um campo pacífico, desperta, na doutrina, posições antagônicas. Há autores que consideram que, a despeito de essas medidas intensificarem bastante a subordinação jurídica, estariam justificadas as limitações aos direitos dos trabalhadores pela proteção aos bens do empregador³¹¹. Outros, como Goñi Sein³¹², admitem-nas, em termos, reconhecendo serem, em regra, excessivas, porém optando, de maneira cautelosa, pela análise individual, em cada caso concreto, no qual deve haver uma ponderação dos bens em conflito.

Em definitivo, esta última postura parece ser mais coerente quando se leva em conta a natureza dos bens em conflito. Nesse sentido, em cada caso concreto, caberá ao intérprete reconhecer os limites ao exercício dessas faculdades de controle que se chocam com os direitos fundamentais dos trabalhadores, evitando que o uso abusivo ou o desvio de finalidade amesquinhem o exercício dos direitos da personalidade do trabalhador.

2.2. O poder diretivo do empregador como expressão do direito à livre iniciativa no Brasil

Inicialmente, ainda que tentador seja falar-se em liberdade de empresa no Brasil, e seguramente o faremos como decorrência de construção da doutrina e da jurisprudência, este direito não tem previsão constitucional ou infraconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro, não sendo nada usual a referência dos pretórios a esta liberdade.

Em território brasileiro, ao contrário, tornou-se lugar comum a referência ao poder diretivo como decorrência do direito de propriedade dos meios de produção e da admissão da livre iniciativa como princípio orientador da ordem econômica nacional³¹³. Nesse diapasão tem sido reconhecido como uma das faculdades através da qual aquele direito fundamental se expressa.

³¹¹ A. Bellavista, (*Il controllo ...*) p. 97.

³¹² *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988.

³¹³ No Brasil, estes são os fundamentos indicados pelos constitucionalistas, visto que entre o jus laboristas, tal como se dá na Espanha, a questão atualmente tem se encerrado no contrato de trabalho como base dos poderes do empregador. Adotando esta posição que durante anos foi pacífica entre os juslaboristas, autores celebrados como José Augusto Rodrigues Pinto (*Curso de Direito Individual do Trabalho*, 5ª edição, São Paulo, LTr, 2003) e Sergio Pinto Martins (*Direito do Trabalho*, 23ª edição, São Paulo, Atlas, 2007.), entre outros, apontam o contrato de trabalho como origem do poder diretivo, ou, ao

Entre os juslaboralistas, que pouca ou nenhuma referência constitucional fazem ao poder de direção do empregador, preferindo apontar para a sua fonte no corpo do texto da CLT (art. 2º)³¹⁴, aqueles que se arvoram a tratar do fundamento do poder diretivo tendem a apresentar a clássica disposição do tema sob o tripé das teorias institucionalistas, da propriedade privada e contratualista, tergiversando quando se trata de apontar a sua base no texto da Constituição Brasileira. Assim, se não há dúvida que o poder diretivo tem sua origem para o empregado a partir do contrato de trabalho, ou quando nada a partir da fase pré-contratual de seleção de empregados, a partir da qual já sofre as consequências do poder organizativo da empresa, é na matriz constitucional deste poder para a empresa, a respeito da qual muito poucos estudos foram feitos, que parece laborar em maior equívoco a doutrina e a jurisprudência no Brasil. Nessa toada, quando se busca o alicerce constitucional do poder diretivo do empregador, diversos julgados, sem que fundamentem as razões de adoção de seus posicionamentos, estudiosos e julgados da Justiça Laboral pontuam que a origem do poder diretivo seria o direito de propriedade ou, quando nada alguns indicam que ela estaria no binômio propriedade/libre iniciativa.

Observe-se que estas construções formuladas pelos juslaboralistas ou que servem de fundamentação para decisões judiciais não se detêm a fundo na matéria. Se estivéssemos diante de um raciocínio baseado em silogismos, seria como se essa premissa maior, que relaciona o poder diretivo ao direito de propriedade fosse sempre preconcebida e a partir de então, conhecido o fato concreto que se examina no processo (premissa menor), chegar-se-ia a uma conclusão que, como se verá, é viciada por padecer de vício na concepção constitucional do direito.

É forçoso reconhecer, outrossim, que essa aproximação entre as faculdades de direção do empregador e o direito de propriedade não é de todo sem sentido, visto que muitas vezes em questões em que se coteja o poder diretivo da empresa de um lado e o direito fundamental do trabalhador de outro, quase sempre também é objeto de apreciação uma lesão ou risco de lesão a algum bem integrante do

menos, apresentam este entendimento como majoritário na doutrina trabalhista. Vale gizar, todavia, que também entre os estudos mais recentes, esta ideia contratualista encontra eco em diversos estudos, a exemplo do recente “Monitoramento do correio eletrônico em ambiente de trabalho: o conflito entre o poder diretivo do empregador e o direito à intimidade de seu preposto”, no qual não há referência a qualquer fundamento constitucional do poder diretivo, resumindo a questão ao plano contratual (Leal Júnior, João Carlos; Maria Gallina, Paola; Lopes Ferraro, Valkíria Aparecida; Tomaszewski, Wesley), publicado em ‘Seminário: Ciências Sociais e Humanas’, Londrina, v. 28, n.1, p. 69-80, jan./jun. 2007.

³¹⁴ Art. 2º (CLT) – “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

patrimônio da empresa, de modo que o exercício do direito fundamental pelo obreiro se chocaria usualmente com a direção do empreendimento pelo empregador e com o seu direito à propriedade. Daí, ser tão tentador relacionar o poder diretivo com este direito fundamental.

Ocorre que, em se considerando que a origem constitucional do poder de direção do empregador fosse o direito de propriedade, previsto no art. 5º, XXII da Carta Magna, algumas questões ficariam sem resposta, senão vejamos.

É pacífico, e a respeito disto já se tratou anteriormente, que o poder de direção traz em seu bojo o poder de organizar a atividade econômica como um todo, englobando a estrutura jurídica da empresa, a divisão de cargos, tarefas, diretrizes; a possibilidade de regulamentar o comando da prestação de serviços através de normas disciplinares e técnicas, por meio de usos, costumes, circulares, regulamentos internos, ordens de serviços, instruções, além dos poderes de fiscalizar as tarefas delegadas aos trabalhadores e de disciplinar, por meio de sanções, a fim de alcançar os objetivos buscados pela empresa. Esta atividade prévia, a primeira inerente ao poder diretivo, de caráter organizativo, e que se dá antes mesmo de a empresa ser formada (e que muitas vezes termina com estudos de mercado que podem levar à conclusão de que esta não deve ser constituída) caracteriza, como visto, faculdade inerente ao poder genérico de direção. Aqui o potencial empreendedor estuda as possibilidades de mercado, organiza a atividade que poderá vir a ser explorada, observando os limites impostos pelo ordenamento jurídico. Em síntese, trata-se de um negócio que poderá vir a existir, em face do qual poderá vir a contratar empregados, valer-se de meios mecânicos e tecnológicos e de logística em geral. Nessa etapa, em princípio, ainda não há propriedade, porque não há bem de produção a ser explorado. Igualmente, não há contrato de trabalho, já que a atividade organizacional, ao menos em suas primeiras etapas, antecede o contrato de trabalho.

Oportuno lembrar o que diz a doutrina mais abalizada no sentido de que a propriedade pode ser vista como um direito de duas faces. Têm-se as propriedades estáticas e as propriedades dinâmicas. As propriedades estáticas referem-se às propriedades imobiliárias, os créditos e as relações jurídicas delas derivadas para os seus titulares, que são regidas eminentemente pelo Código Civil. Já as propriedades dinâmicas, que guardam relação com o poder diretivo, estão relacionadas com as atividades econômicas, industriais e comerciais, que se destinam "*a produzir e*

promover a circulação, a distribuição e consumo de bens”³¹⁵. Estas tratam diretamente dos bens de produção, enquanto que aquelas, dos bens de consumo. Nesta primeira etapa cronológica do poder diretivo (na fase organizacional) não estamos diante de nenhuma dessas modalidades de propriedade. Em relação a este potencial empreendedor há mera expectativa de um direito futuro.

A conclusão que se chega, assim, é que o poder de organização do negócio, que é inerente ao poder diretivo, em verdade, constituiria uma faculdade estranha e anterior ao direito de propriedade, pelo que esta, dessa forma, não pode constituir o seu fundamento, especialmente tomando-se em conta que as faculdades clássicas do direito de propriedade são o uso, a fruição, a disposição, a defesa e a reivindicação.

Outro fundamento que também possibilita caminhar nesta mesma senda perpassa por uma análise mais detalhada do chamado poder disciplinar. A esse respeito, é certo que o contrato de trabalho exige do empregado certa submissão ao empregador que disciplina o *modus operandi* do serviço. Em regra, pela noção de subordinação jurídica, essa direção compreende o que fazer e como fazer. Muitas vezes, entretanto, esse modo de realizar a tarefa (o “como fazer”) é pautado na experiência de quem edifica a estrutura do empreendimento. De modo que, estabelecido um padrão para determinada operação, se este é violado (porque o empregado domina a técnica melhor que o seu chefe imediato ou do que o idealizador daquele modo de execução da tarefa ou simplesmente porque não quer cumprir a rotina estabelecida), ainda que não cause qualquer prejuízo à empresa ou até que lhe proporcione lucro (e passe a ser doravante o procedimento padrão aquele oriundo da inovação do obreiro), ainda assim o trabalhador terá desobedecido a uma ordem expressa do empreendedor, o que, em princípio, viabilizaria, desde que proporcional, a legítima imposição de sanção pelo descumprimento do dever de subordinação³¹⁶.

Por fim, ainda que este argumento não seja menos importante, é forçoso reconhecer que em inúmeros empreendimentos, em especial os que demandam maior quantidade de capital em sua formação e na própria gestão (as sociedades

³¹⁵ Vaz, Isabel. *Direito econômico da propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 96.

³¹⁶ Situação que pode ser simbolizada no seguinte acórdão: “*JUSTA CAUSA. INSUBORDINAÇÃO. Admitindo o reclamante em depoimento pessoal a desobediência a ordens diretas de superior hierárquico, comete o obreiro ato de insubordinação que autoriza rompimento do pacto laboral por justo motivo, nos termos do artigo 482, alínea “h”, da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso conhecido e provido.*” (TRT/7ª Região, 01283/2007-011-07-00-7, Relator Manoel Arízio Eduardo de Castro, publicado em 14.04.2008).

anônimas, p. ex.), a titularidade da gestão empresarial não coincide com a titularidade da propriedade da empresa. Aqui, mais uma vez, o titular do poder diretivo não seria o titular do direito de propriedade³¹⁷.

Essas situações são ilustrativas do equívoco em que repousa uma significativa parte da jurisprudência brasileira a respeito do poder diretivo, já que este não encontra fundamento no direito de propriedade, mas no princípio da livre iniciativa, informador da ordem econômica brasileira.

A livre iniciativa, como segundo fundamento da ordem econômica, a seu turno, também é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. IV da CF/88)³¹⁸. Trata-se, pois, também de “*princípio político constitucionalmente conformador*”, que, segundo David Araújo e Nunes Júnior, possui uma densidade normativa, da qual se pode extrair a “*faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado*” e a “*não sujeição a qualquer restrição estatal, senão em virtude de lei*”³¹⁹. Nesse sentido, salienta Ramos Tavares que o postulado da livre iniciativa tem uma conotação normativa positivada (liberdade a qualquer pessoa) e um viés negativo (imposição da não intervenção estatal)³²⁰.

Da Silva comenta que a livre iniciativa consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, já que a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista, e afirma também que “*a liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato*”³²¹. Porém, em contrapartida, Grau, reconhece que a livre iniciativa não se resume ao princípio básico do liberalismo econômico³²², ou à liberdade única de comércio e insiste que a

³¹⁷ Em relação a este último argumento, alguns alegam que o gestor exerceria o poder diretivo por delegação dos proprietários. Este argumento, sem maiores esforços interpretativos cai por terra quando se analisa os critérios para definição de gestores de uma sociedade anônima, por exemplo.

³¹⁸ O artigo 1º da Constituição Federal eleva à condição de princípio fundamental a livre iniciativa, lado a lado com os valores sociais do trabalho. Vejamos: “*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.*” A Constituição de 1988, em seu artigo 170 dispõe: “*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa*”, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) *Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*”.

³¹⁹ David Araújo, Luiz Alberto; Nunes Junior, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 466.

³²⁰ Tavares, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006, p. 83.

³²¹ Da Silva, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 17ª Edição, São Paulo, Melhoramentos, p. 767.

³²² Grau, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 187, salienta o princípio da liberdade de iniciativa econômica (uma

liberdade de iniciativa³²³ não se identifica apenas com a liberdade de empresa, pois ela abrange todas as formas de produção individuais ou coletivas, dando ensejo às iniciativas privada, cooperativa, autogestionária e pública³²⁴.

Não há como negar que a livre iniciativa, na forma concebida pela Constituição brasileira, é bem mais ampla que o fundamento constitucional do poder diretivo na Espanha, compreendendo não apenas a liberdade titulada pela empresa, mas também pelo trabalho. Contudo, ainda que constitua apenas uma de suas facetas, não se pode omitir que a livre iniciativa tem seu ponto sensível na chamada liberdade de empresa, que pode ser entendida sobre três vertentes: “liberdade de investimento ou acesso; liberdade de organização; liberdade de contratação”³²⁵.

Como se vê, a partir das considerações antes expostas, o poder diretivo do empregador neste princípio encontra respaldo e não no direito à propriedade. Esta, que poderia ser uma questão acessória neste trabalho, assume, a partir daqui um caráter especialmente relevante já que a propriedade é reconhecidamente um direito fundamental, ao passo que a livre iniciativa não consta no rol de direitos fundamentais, previsto no art. 5º da CRFB/88, o que termina por refletir no conflito dos interesses em jogo quando da limitação dos direitos fundamentais com base nas imposições emanadas do exercício das faculdades inerentes ao poder diretivo.

2.2.1. A livre iniciativa é um direito fundamental?

A Constituição Federal do Brasil consagrou, em mais de um dispositivo, o princípio da livre iniciativa. Primeiramente, está consagrada no art. 1º, IV,

das faces da livre iniciativa) inicialmente postulado no édito de Turgot, de 09/02/1776, inscreve-se plenamente no decreto D'Allarde, de 2-17 de março de 1791, cujo art. 7º determinava que a partir de 01.04.1791 seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse, sendo, contudo, ela obrigada a se munir previamente de uma patente (imposto direto), a pagar as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis. Este princípio, salienta o autor, foi reiterado na Lei Le Chapelier (que proibia todas as espécies de corporações). O autor utiliza os textos normativos que originariamente proclamam o princípio para concluir que nem em sua origem o princípio foi proclamado em sua forma pura, ou seja, criando uma liberdade absoluta de iniciativa econômica, já que medidas de polícia já eram impostas, ainda neste estágio em que o princípio tinha o sentido de assegurar a defesa dos agentes econômicos contra o Estado e as corporações.

³²³ Em relação à livre iniciativa empreendedora, segundo Grau, seriam formas de expressão da livre iniciativa (liberdade de comércio e indústria e liberdade de concorrência). Aquela que nos interessa mais diretamente poderia ser manifestada através da faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado – liberdade pública -, bem como através da não restrição a qualquer restrição estatal senão em virtude da lei – liberdade pública.

³²⁴ Grau, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição ...*, op. cit., 2003, pp. 186-187.

³²⁵ Vaz, Manoel Afonso *apud* David Araujo, Luiz Alberto & Nunes Junior, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2006, p. 465.

como fundamento da República. Mais adiante, consta expressamente consignada no art. 170, caput, onde o texto constitucional preconiza que a ordem econômica deverá ser pautada na valorização da livre iniciativa. Percebe-se, assim, da análise sistemática da Constituição a proeminência que o ordenamento jurídico concede ao princípio sob comento.

Todavia, a despeito de sua evidente e reconhecida importância, é inegável que o art. 5º da Carta Magna consigna os Direitos e Garantias Fundamentais, sem, no entanto, elencar expressamente o princípio da livre iniciativa em seu extensivo rol. A pergunta que se faz é similar àquela que outrora fora formulada em relação à liberdade de empresa na Espanha: é possível afirmar que o princípio em tela goza da prerrogativa de ser um direito fundamental?

A questão é das mais polêmicas e menos estudadas do direito constitucional do trabalho no Brasil e tem reflexos na análise da licitude dos controles impostos pelos empregadores nas comunicações telemáticas de seus empregados. Haverá um verdadeiro conflito de direitos fundamentais quando o poder diretivo entrar em choque com as liberdades inerentes aos empregados?

A resposta à reflexão que se propõe demanda a realização de alguns esclarecimentos prévios. Inicialmente, é necessário reconhecer que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como antes referido, consagra um extenso catálogo de normas jurídicas definidoras de direitos e garantias fundamentais. A despeito do rol bastante elástico, não se trata um sistema fechado, pois a própria Constituição expressamente abriu o catálogo para outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, conforme expressa dicção do art. 5º, § 2º do Diploma Político. A Emenda Constitucional n. 45, por seu turno, incluiu, no art. 5º, o parágrafo 3º, dispondo que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais³²⁶.

³²⁶ Art. 5º, § 2º - *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.* § 3º *Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.*

Verifica-se, portanto, da leitura de ambos os parágrafos acima referidos que o texto constitucional não esgota o elenco dos direitos fundamentais, podendo haver direitos fundamentais dispersos na Constituição (fora do art. 5º), bem como fora dela (a ela se incorporando formalmente por emenda), cabendo ao intérprete extraí-los do sistema jurídico, tanto no âmbito constitucional e infraconstitucional, como também no âmbito internacional.

Estes dispositivos da Constituição terminam por dar guarida, no ordenamento jurídico brasileiro, à teoria que reconhece uma concepção material dos direitos fundamentais. Esta preconiza a importância, a essência e a relevância do dispositivo como direito fundamental, independentemente de sua localização no rol da norma que expressamente dispõe acerca dos Direitos e Garantias Fundamentais³²⁷. Assim, independentemente de o direito estar consagrado no art. 5º, receberá o tratamento de direito fundamental desde que, por suas características, detenha este status.

No caso da livre iniciativa, a situação está longe de ser considerada pacificada na doutrina, havendo esporádicas e pouco analíticas manifestações jurisprudências. De um lado, algumas vozes importantes do constitucionalismo brasileiro³²⁸ sustentam que a CF/88 não o considera como direito fundamental. Tratar-se-ia, para estes estudiosos, de uma garantia de legalidade, ou seja, seria uma liberdade pública ao expressar não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei. Outros, por seu turno, sustentam posição diametralmente oposta, por considerar que, ainda que não se verifique expressamente a consignação do direito nesta condição, a livre iniciativa integraria o rol de direitos fundamentais tutelados na Constituição, uma vez que expressaria um desdobramento da liberdade que, como veremos, aparece consagrada no caput do art. 5º da Constituição. De fato, ainda que o STF nunca tenha se pronunciado sobre o tema, esta última posição é a que se chega a partir de uma análise sistemática da Constituição. Ademais, é a mais consentânea com o ordenamento jurídico brasileiro, refletindo, outrossim, posição majoritária na doutrina e na insipiente jurisprudência infraconstitucional.

³²⁷ A contrario sensu, para a concepção formal interessa tão somente, a título de direito fundamental, os preceitos elencados no art. 5º, por ser este, formalmente, o dispositivo constitucional que aduz exhaustivamente todos aqueles direitos reportados fundamentais pelo constituinte. para sustentar que o princípio da livre iniciativa,

³²⁸ Grau, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição...*, op. cit.

Apreciando o texto constitucional, vê-se que, a partir do seu preâmbulo, já há indicação da liberdade como valor jurídico, como se colhe da leitura de seu inteiro teor: “*nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleias Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade...*”. Este valor jurídico (liberdade) se positiva mais adiante no texto constitucional como fundamento da República Federativa do Brasil na forma da livre iniciativa (Art. 1º, IV da CF/88).

A partir destas considerações segue-se a análise jurídica da livre iniciativa no título que dispõe sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, indicando o texto constitucional que a livre iniciativa é um direito desta envergadura. Tal conclusão é possível a partir do que está explicitado no caput do art. 5º, quando se garante a “liberdade” como direito fundamental, *in verbis*:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Respaldando este entendimento, a doutrina constitucionalista clássica, apoiada nos debates que levarão ao texto final da constituição de 1988, reconhece que no Direito Constitucional Positivo brasileiro foram reconhecidas cinco grandes dimensões de Liberdade, a saber³²⁹:

³²⁹ Vistos de forma mais analítica, os cinco grandes grupos de liberdades, são assim tratados José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 17ª Edição, São Paulo, Melhoramentos, 2000): A primeira delas é a *Liberdade da Pessoa Física*, que se trata da primeira forma de liberdade, consistente na possibilidade jurídica que se reconhece a todas as pessoas de serem senhoras de sua própria vontade e de se locomoverem desembaraçadamente dentro do território nacional. Aqui, temos duas variantes, a liberdade de locomoção e a liberdade de circulação. i) A *Liberdade de Locomoção* (art. 5º, XV, CF/88) – Explicita duas situações, em casos de normalidade: “uma é a liberdade de locomoção no território nacional; a outra é a liberdade de a pessoa entrar no território nacional, nele permanecer e dele sair com seus bens.” ii) A *Liberdade de Circulação* se materializa no direito de ir, vir, ficar, parar, estacionar. O Direito de Circulação (ou Liberdade de Circulação) consiste na faculdade de deslocar-se de um ponto a outro através de uma via pública ou afetada ao uso público. A segunda forma de expressão da liberdade na constituição brasileira está na *Liberdade de Pensamento*. Trata-se, no dizer do autor, “da liberdade de conteúdo intelectual e supõe o contato do indivíduo com seus semelhantes, pela qual o homem tenda, por exemplo, a participar a outros suas crenças, seus conhecimentos, sua concepção do mundo, suas opiniões políticas ou religiosas, seus trabalhos científicos. (...) Nesses termos, ela se caracteriza como exteriorização do pensamento no seu sentido mais abrangente.” Pode ser dividida em: i) *Liberdade de Opinião*, que consiste na “liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública; liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro.” Um dos seus aspectos externos é a liberdade de manifestação do pensamento, assim como o direito de não se manifestar; ii) *Liberdade de Religiosa* – Abrange três formas de expressão: ii.1) liberdade de crença (art. 5º, VI, CF/88), ii.2) liberdade de culto (art. 5º, VI, CF/88) e ii.3) liberdade de organização religiosa; iii) *Liberdade de Informação e Comunicação*, que consiste num “conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação,

1ª) Liberdade da Pessoa Física: consiste na Liberdade de locomoção e circulação.

2ª) Liberdade da Pensamento: Liberdade de opinião, religião, informação artística e comunicação do conhecimento.

3ª) Liberdade de Expressão Coletiva: Direito de Reunião e de Associação.

4ª) Liberdade de Ação Profissional: Liberdade de escolha e de exercício de trabalho, ofício e profissão.

5ª) Liberdade de Conteúdo Econômico Social: Liberdade Econômica, Livre Iniciativa, Liberdade de Comércio, Liberdade ou Autonomia Contratual e Liberdade de Ensino.

Assim, a proteção ao direito fundamental à liberdade, prevista no caput do art. 5º da Constituição brasileira, ao contemplar também a “liberdade de conteúdo econômico-social” empresta à livre iniciativa o status de direito fundamental. Muitos apontam, ainda reforçando esta ideia, que da leitura de outros dispositivos constitucionais igualmente se poderia inferir a mesma conclusão. Como exemplo, há

expressão e difusão do pensamento e da informação (art. 5.º, IV, V, IX, XII e XIV, c/c art. 220 a 224, CF/88)." Por sua vez, a liberdade de informação é a *liberdade de informar e de ser informado* e compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer." Nessa categoria, se enquadra a liberdade de informação jornalística, por exemplo. A *Liberdade de Expressão Intelectual, Artística e Científica* (iv) está prevista e assegurada pelo artigo 5.º, IX, da CF/88. Gozam de ampla liberdade, desde que não contrariem a Lei, e não passem por cima da questão pertinente aos Direitos Autorais e de Propriedade Intelectual, por exemplo. A *Liberdade de Expressão Cultural* (v) está presente principalmente nos artigos 215 e 216 da CF/88. Por meio dela, assegura Afonso da Silva, manifesta-se a mais aberta liberdade cultural, sem censura, sem limites: uma vivência plena dos valores do espírito humano em sua projeção criativa, em sua produção de objetos que revelem o sentido dessas projeções da vida do ser humano." Por fim, ainda compreende a *Liberdade de Transmissão e Recepção do Conhecimento* (vi), por meio da qual se reconhece a liberdade de uma classe de especialistas na comunicação do conhecimento, que são os professores, sendo dirigida a qualquer exercente de função de magistério, a professores de qualquer grau, dando-se liberdade de ensinar e a outra face da transmissão de conhecimento que é a liberdade de aprender, assim, como a liberdade de pesquisar (modo de aquisição do conhecimento). A terceira forma de expressão da liberdade é a chamada *Liberdade de Expressão Coletiva*, que compreende as liberdades de reunião e associação. A quarta forma de expressão está na *Liberdade de Ação Profissional*, que compreende a possibilidade de escolha de trabalho, de ofício e de profissão, de acordo com as propensões de cada pessoa e na medida em que a sorte e o esforço próprio possam romper as barreiras que se antepõem à maioria do povo. Confere, igualmente, a liberdade para de exercer o que fora escolhido, no sentido apenas de que o Poder Público não pode constringer a escolher e a exercer outro." Por fim, a quinta e última modalidade é a *Liberdade de Conteúdo Econômico Social*, que compreende liberdade econômica, livre iniciativa, liberdade de comércio, liberdade ou autonomia contratual, liberdade de ensino e liberdade de trabalho.

algum autor³³⁰ que se alicerça na prescrição do art. 5º, XIII para reconhecer na livre iniciativa um direito fundamental, visto que esta liberdade ativa consistente no direito ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão configura uma das dimensões da livre iniciativa (liberdade de trabalho). Outros, apoiados na dimensão material dos direitos fundamentais sustentam que o constituinte, ao tratar do direito à propriedade, teria deixado implícito que o seu titular poderá livremente usar, gozar e dela dispor, também, para seus empreendimentos econômicos (art. 5º, XXII), de forma que a livre iniciativa estaria implícita no direito de propriedade de bens de produção (propriedades dinâmicas)³³¹.

Ademais, optando por reservar um capítulo da Constituição de 1988 para dispor sobre o regime jurídico-econômico constitucional, onde estão os princípios gerais da atividade econômica, o constituinte repete no *caput* do art. 170 que a ordem econômica, deve fundar-se na valorização do trabalho humano, no valor dignidade, no valor da justiça social e na livre iniciativa.

Dessa forma, diante do reconhecimento quase pacífico da doutrina constitucional brasileira e pela admissão em nosso sistema da concepção material dos direitos fundamentais, mas especialmente amparado na previsão do art. 5º, *caput* da Constituição brasileira, que alça a liberdade em suas distintas dimensões à condição de direito fundamental, inclusive no plano formal, outra não pode ser a conclusão senão a de reconhecer à livre iniciativa esta condição no ordenamento jurídico brasileiro, o que autoriza a decodificar nas manifestações do poder diretivo emanadas do empregador o exercício de faculdades derivadas de um direito fundamental.

3. O poder diretivo no plano infraconstitucional

Como já visto, a liberdade de desenvolver e organizar os recursos produtivos é uma das facetas da liberdade de empresa (que é uma das formas de expressão da livre iniciativa) e se traduz, em princípio, naquilo que se refere à sua

³³⁰ Nesse sentido, por todos, Ferreira Netto, Adyr Garcia e Kempfer Bassoli, Marlene, em “Livre iniciativa: Síntese filosófica, econômica e jurídica”, publicada na *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 4, n. 1, jan/abr. 2009, p. 171, ainda que estes também façam referência ao art. 5º, XXII, que seria igualmente sustentáculo do direito fundamental à livre iniciativa.

³³¹ Marco Paulo Denucci Di Spirito indica que a livre iniciativa é direito fundamental, porém inova ao aduzir que teria por base o art. 1º, IV, CF/88, em artigo intitulado “A relação entre a defensoria pública e a ordem dos advogados do Brasil pelo ângulo dos limites constitucionais à atuação das entidades de fiscalização profissional – um enfoque a partir do art. 5º, XIII, da Constituição”, publicado na *Revista da Advocacia Geral da União (AGU)*, in http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=410393&ID_SITE, acessado em 02.02.2012.

vertente laboral, no chamado poder diretivo do empregador, que é inerente à liberdade de empresa (STC 92/1992, FJ 3) na Espanha e à livre iniciativa no Brasil.

Em outra oportunidade, já se conceituou o poder diretivo como a possibilidade de variar na utilização da energia de trabalho para atender às finalidades da empresa, sendo possível dizer o que deve ser feito, como e quando³³², desde que observado o marco normativo específico.

Ele é constituído, na dicção de Monteiro de Barros, por três funções, definidas como decisões executivas, funções de instrução (ordens ou recomendações) e funções de controle.³³³ Ou, de forma mais analítica, pelo conjunto de prerrogativas que dizem respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplina da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços³³⁴.

Compreende o poder diretivo faculdades organizacionais, relacionadas com a estrutura e espaço internos da empresa, incluindo o *modus operandi* do trabalho realizado na empresa, com especificação de atribuições de especificação e orientação em relação à prestação de serviços. Riva Sanseverino³³⁵ fala em fixação das regras de caráter técnico – organizativas que o trabalhador deve observar no cumprimento da obrigação. Compreende medidas que são anteriores ao advento da empresa, contemporâneas a ela e até posteriores ao encerramento de suas atividades.

Igualmente lhe integram as faculdades de regulação, consistente no conjunto de prerrogativas próprias do empregador, dirigidas à fixação de regras internas, que serão observadas no âmbito do empreendimento. Aqui estão incluídas circulares, ordens de serviço, regulamentos internos. Na feliz expressão de Godinho Delgado³³⁶ seria simples meio de concretização externa das intenções e metas diretivas colocadas no âmbito do estabelecimento e da empresa.

Outra modalidade por meio da qual se externa o poder diretivo é através do uso de faculdades fiscalizatórias, o chamado poder de controle, que consiste no conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetiva no desempenho das atividades

³³² Reis de Sousa, Otávio Augusto e Mercês Carneiro, Ricardo José das. *Direito e Processo do Trabalho*, Forense, Rio de Janeiro, 2008.

³³³ Monteiro de Barros, Alice. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 558.

³³⁴ Godinho Delgado, Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 624.

³³⁵ Riva Sanseverino, Luiza. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1976.

³³⁶ *Curso de direito do trabalho*, op. cit., p. 628.

laborais³³⁷. Neste contexto, no âmbito deste trabalho, verifica-se em relação ao ingresso de meios tecnológicos no ambiente de trabalho, uma gama bastante extensa de zonas de interseção. É o que ocorre com as revistas íntimas, o uso de videovigilância, entre outras providências correlatas.

Por fim, a vertente disciplinar, que viabiliza ao empregador impor sanções aos empregados em face da inobservância das obrigações pactuadas, observada a dosimetria entre o sancionamento imposto e a falta negocial verificada.

Situado um plano geral sobre as faculdades inerentes ao poder diretivo, há de se admitir que a introdução de novas tecnologias na empresa, além de gerar mudanças cruciais no processo de trabalho e de produção, tem no poder de direção, em especial na sua faceta de “poder de controle” uma de suas manifestações mais significativas, na medida em que viabiliza meios cada vez mais sofisticados capazes de intensificar os meios de fiscalização da atividade laboral.

Nesse sentido, sábias as palavras de Tascón López³³⁸, quando afirma: *“El control presencial, caracterizado por la coincidencia espacio/temporal de empresario y trabajador, forma parte del ‘pasado artesanal’ del Derecho del Trabajo y está cediendo paso con rapidez al ‘control tecnológico’, con lo cual aquél ‘periférico, discontinuo y parcial realizado por la jerarquía humana deja paso a uno centralizado y objetivo que se verifica en tiempo real’ pero, al tiempo, deja --o puede dejar-- un rastro perenne en la ‘memoria’ de la máquina.”*

O fato é que diante dessas novas tecnologias, em especial as referentes às comunicações telemáticas, que permitem um verdadeiro conjunto ilimitado³³⁹

³³⁷ Conforme se colhe em Marín Alonso, Inmaculada (*El poder de control...*, *op. cit.*, pp. 192/193), ainda que voltadas para um mesmo fim, que é a obtenção de informação juridicamente relevante para satisfazer o interesse empresarial (o que justificaria o uso comum muitas vezes de ambas as expressões indistintamente), diferentes são as noções de controle e vigilância, na medida em que esta teria uma faceta mais restrita ou estática, se comparada ao controle, já que a vigilância no âmbito da organização e direção do empresário circunscreve-se à prestação laboral. Já o controle abarca mais espaços, podendo também concentrar-se no procedimento ou meios empregados para a vigilância. Daí se falar que a falta de vigilância não significa falta de controle, como se prova a existência do trabalho a domicílio, por exemplo, nos quais há controle, sem que haja vigilância na prestação laboral.

³³⁸ Tascón López, Rodrigo. “El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica”. *Aranzadi Social* n. 17/2007 (Estudio). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2007, p. 1986.

³³⁹ Tascón López, Rodrigo (“El lento (pero firme) proceso...”, *op. cit.*, p. 1987) chega a falar que “*las potencialidades tecnológicas de control constituyen un proteico conjunto prácticamente ilimitado, que va, en una lista que por fuerza a de ser numerus apertus, desde el --relativamente-- más tradicional sistema de video vigilancia (en sus múltiples posibilidades), hasta los más sofisticados mecanismos de control de acceso y localización dentro de la empresa, mediante tarjetas personales o, incluso, datos biométricos (o fuera de ella, mediante sistemas de localización mediante GPS), pasando por los cada vez más habituales mecanismos de fiscalización de la utilización dada a la herramienta tecnológica, tales como inspecciones en el correo electrónico del empleado o revisión de la navegación realizada en*

(*numerus apertus*) cada vez mais abusivo de controle da atividade laboral, ainda que se reconheça o caráter recente das alterações, não deixa de causar certo incômodo o silêncio dos legisladores em relação ao trato da matéria.

No particular, Brasil e Espanha não tem leis que abordem as modernas formas de controle, oriundas do incremento dos meios informáticos. Igualmente, as normas existentes e que traçam limites a esse poder não têm sido capazes de propiciar elementos seguros que permitam ao intérprete inferir diante dos casos concretos que solução adotar.

A falta de uma norma específica que enfrente a questão termina por proporcionar um contexto de insegurança, cujas bases são traçadas, muitas vezes de forma heterogênea, a partir dos casos concretos apreciados pelo Judiciário. Mas, para melhor entendê-lo, curial conhecer em detalhes as normas infraconstitucionais que regulam os meios de controle do empregador em cada um dos países.

3.1. A noção de controle do empregador no Estatuto dos Trabalhadores na Espanha. O art. 20.3 ET.

Um dos instrumentos mais importantes desse poder de direção da empresa é justamente a atividade de controle e fiscalização.

A Espanha, a despeito do incremento dos meios tecnológicos de controle e fiscalização, não possui em seu ordenamento jurídico uma norma que indique limites e trace parâmetros para o controle pelo empregador das ferramentas tecnológicas postas à disposição dos trabalhadores. Na falta desta norma específica, este dispositivo que regulamente e concretize, ao menos em parte, a liberdade de empresa no tocante à fiscalização de seu pessoal neste novo contexto, tem-se entendido que a matéria estaria regulada pelo quanto prescreve o art. 20, apartado 3º, do Estatuto dos Trabalhadores, por se considerar que a fiscalização eletrônica é uma forma de controle empresarial da relação laboral. Esta norma, entretanto, por sua amplitude e margem de discricionariedade, tem proporcionado certa insegurança jurídica quanto ao seu exercício, em especial no que se refere ao seu real conteúdo e limites, o que tem proporcionado significativa e diversificada casuística forense, com heterogêneas soluções, a respeito das faculdades de controle do empregador.

Internet, instalación de programas espía capaces de revelar la práctica totalidad de aspectos relativos al ordenador empleado por el operario (desde los programas utilizados hasta el número de pulsaciones por minuto practicadas) o, en fin, la intervención de las conversaciones telefónicas mantenidas mientras se prestan servicios desde terminales de la compañía”.

Vejamos o seu teor literal:

*Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral.
(...)*

3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso.³⁴⁰

Diante da leitura do texto, há de se reconhecer que o poder de controle efetivamente foi contemplado de forma bastante generosa no art. 20.3 ET. E esses efeitos se maximizam diante da redação do art. 5, c, do ET que, por seu turno, reforça tal situação, pois assinala que os trabalhadores têm como deveres básicos “*cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas*”.

Vale gizar que o caráter aberto do art. 20.3 ET costuma ser criticado pelos estudiosos por viabilizar um perigo iminente de, a partir do seu texto, admitir-se, sob a denominação de controle, condutas arbitrárias na fiscalização empresarial da prestação laboral. Os que entendem ser esta posição exagerada, alegam que o próprio art. 20.3 do Estatuto dos Trabalhadores seria temperado pelo fato de a lei exigir na adoção de medidas de controle, em relação ao trabalhador a “*consideración debida a su dignidad humana*”.

O problema, entretanto, repousa no caráter abstrato, flutuante e impreciso deste limite. Marín Alonso chega a dizer que o Estatuto dos Trabalhadores não faz nada além de “*enumerar tales derechos constitucionales de manera abreviada y mediante una transcripción del texto constitucional no del todo correcta*”³⁴¹. De fato, e em grande medida em virtude da existência desse campo de incerteza, a legislação

³⁴⁰ Diferentemente do que ocorre no Brasil, em que a legislação não traça sequer uma regra geral sobre os limites da ação de controle proveniente do poder diretivo, cabendo exclusivamente aos tribunais indicar seus parâmetros de dosimetria, na Espanha, conforme a fiscalização se volte para a pessoa do empregado e seus pertences ou para o controle da atividade laboral propriamente dita, a legislação laboral espanhola dispõe de duas normas distintas reguladoras da ação de controle. No primeiro caso, entende-se aplicável o art. 18 ET, que garante que só poderão ser realizados registros nas pessoas dos trabalhadores, seus armários e bens particulares quando baseado na proteção do patrimônio da empresa e dos demais trabalhadores, devendo o controle se dar dentro do centro de trabalho e no horário da jornada, com respeito à dignidade e intimidade do trabalhador e contando com a assistência de um representante legal dos trabalhadores ou, em sua ausência, de outro trabalhador, sempre que possível. Quando, entretanto, o objetivo for o controle da atividade produtiva, seus parâmetros estão no art. 20.3 ET.

³⁴¹ Marín Alonso, Inmaculada. *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. p. 197.

existente não tem sido capaz de frear as exorbitantes faculdades de vigilância e controle do empresário. Os limites a essas faculdades, na prática, tem se diluído em sua própria indefinição. É o que Marín Alonso parece ver na prática trabalhista quando afirma que *“la inconcreción legal en esta materia se convierte en un mero pretexto para acoger, en principio, cualquier medida de control adoptada por el empleador, permitiendo la norma, sólo a posteriori, la valoración de cualquier posible lesión de los derechos de intimidad y dignidad del trabajador que no tienen un ámbito de protección claro”*.³⁴²

Destarte, forçoso admitir que, sendo a lei um instrumento de concreção, a abstração da legislação espanhola tem proporcionado um verdadeiro permissivo para as modalidades de controle mais diversas e invasivas, por falta de uma positivação que traçasse limites objetivos ao exercício desses meios de defesa dos sistemas empresariais.

Vale acrescentar, ademais, que este tratamento abstrato e genérico adotado na Espanha discrepa daquele verificado nos demais países do entorno europeu, por não ter positivado a configuração jurídica da dignidade humana, em particular na sua dimensão da privacidade, limitando-se a algumas considerações pontuais ou isoladas da mesma, porém desprotegendo a tutela potencial ou residual no âmbito trabalhista.

É o caso do art. 4º do Estatuto dos Trabalhadores³⁴³, na Itália, que aborda o direito à proteção da discricção e da dignidade do trabalhador.

Art. 4 - Impianti audiovisivi. E' vietato l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori. Gli impianti e le apparecchiature di controllo che siano richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro, ma dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, possono essere installati soltanto previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, oppure, in mancanza di queste, con la commissione interna. In difetto di accordo, su istanza del datore di lavoro, provvede l'Ispettorato del lavoro, dettando, ove occorra, le modalità per l'uso di tali impianti. Per gli impianti e le apparecchiature esistenti, che rispondano alle caratteristiche di cui al secondo comma del presente articolo, in mancanza di accordo con le rappresentanze sindacali aziendali o con la commissione interna, l'Ispettorato del lavoro provvede entro un anno dall'entrata in vigore della presente legge, dettando all'occorrenza le prescrizioni per l'adeguamento e le modalità di uso degli impianti suddetti. Contro i provvedimenti dell'Ispettorato del lavoro, di cui ai precedenti secondo

³⁴² *El poder ...*, op. cit. p. 200.

³⁴³ Lei 300, de 20 de maio de 1970.

*e terzo comma, il datore di lavoro, le rappresentanze sindacali aziendali o, in mancanza di queste, la commissione interna, oppure i sindacati dei lavoratori di cui al successivo art. 19 possono ricorrere, entro 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento, al Ministro per il lavoro e la previdenza sociale.*³⁴⁴

O texto laboral italiano leva à proibição do empregador de utilizar meios de vigilância de áudio/vídeo ou, mesmo que mediante outro tipo de aparelhagem eletrônica, de vigiar o trabalho dos empregados.

Porém, nota-se que a norma considerou que o uso de tais aparelhagens é necessário, em certos casos, não para a vigilância dos empregados, mas por exigência produtiva. Em tal caso, o Estatuto reconhece a faculdade de instalação de tais meios somente com a conclusão de contratos próprios com o sindicato ou, na falta destes, com a intervenção dos inspetores do trabalho.

Em linha similar, o mais recente art. 20 do Código do Trabalho de Portugal (Lei 7, de 12 de Fevereiro de 2009).

Artigo 20. Meios de vigilância à distância

1 — O empregador não pode utilizar meios de vigilância a distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador.

2 — A utilização de equipamento referido no número anterior é lícita sempre que tenha por finalidade a proteção e segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade o justifiquem.

3 — Nos casos previstos no número anterior, o empregador informa o trabalhador sobre a existência e finalidade dos meios de vigilância utilizados, devendo nomeadamente afixar nos locais sujeitos os seguintes dizeres, consoante os casos: «Este local encontra -se sob vigilância de um circuito fechado de televisão» ou «Este local encontra--se sob vigilância de um circuito fechado de televisão,

³⁴⁴ Em uma tradução livre para a língua portuguesa, eis a redação do artigo: “Art. 4 – Implantes audiovisuais. É vedado o uso de equipamentos audiovisuais e outros equipamentos para o controle à distância da atividade dos trabalhadores. O equipamento implantado para fins de controle só será permitido quando tiver por finalidade requerimentos produtivos e de organização ou a segurança no trabalho, e mediante acordo com os representantes sindicais das empresas, ou na sua ausência, com a comissão interna. Na ausência de acordo, a pedido do empregador, deverão ser examinados pelos inspetores do trabalho os procedimentos para o uso dessas instalações. Para as instalações existentes e equipamentos que tenham as características especificadas no parágrafo segundo deste artigo, na ausência de um acordo com os sindicatos ou de negócios com o Conselho, a Inspeção do Trabalho se manifestará dentro do prazo de um ano depois da entrada em vigor da presente lei, ditando os requisitos necessários para a modernização e a forma de utilização desses implantes. Contra as decisões dos inspetores do trabalho, das quais fala o parágrafo anterior, a segunda e terceira, o empregador, os representantes sindicais da empresa ou, em sua falta, o comitê de empresa ou os sindicatos a que se refere o art. 19 podem recorrer dentro dos 30 dias seguintes à medida, ao Ministro de Trabalho e Segurança Social.”

procedendo -se à gravação de imagem e som», seguido de símbolo identificativo.

4 — Constitui contra -ordenação muito grave a violação do disposto no n.º 1 e constitui contra -ordenação leve a violação do disposto no n.º 3.

O sistema português, por sua vez, vetou o controle do desempenho do trabalhador por equipamento tecnológico. A monitoração comportamental é considerada excessiva e desproporcional, sendo violadora dos direitos de confiança mútua que o contrato pressupõe. Excepcionalmente, admite-se no caso do processo de produção (linha de montagem) estar voltado para um tipo de controle supervisionado “*à distância com o objetivo exclusivo de permitir a interrupção do processo de produção quando se verificar anomalia ou haja perigo para a segurança do trabalhador*”³⁴⁵.

De concreto e imediato, a partir do cotejo das normas retro mencionadas³⁴⁶, ainda que se reconheça que elas não esgotam a matéria, é possível aduzir que a omissão da legislação espanhola em tratar de forma específica do tema é nociva à relação de trabalho e, em particular, ao desenvolvimento dos direitos da personalidade nesse ambiente. Os danos, na opinião de Marín Alonso³⁴⁷, são tão severos que a lacuna na lei deve ser interpretada como uma postura reveladora de uma verdadeira falta de compromisso com os valores pessoais da liberdade por parte do legislador espanhol.

A ausência de um trato legislativo específico tem levado, como se verá adiante, à criação de uma doutrina muitas vezes errática e ambígua pelos Tribunais (para muitos, uma atuação quase legislativa³⁴⁸) que, na prática, terminam por ser a maior, quando não a última referência em matéria do tema.

E aqui se agregue que esses pronunciamentos judiciais são quase todos produzidos para analisar uma impugnação do obreiro a uma sanção, geralmente uma despedida que se alega indevida, imposta pela empresa a um trabalhador como consequência de uma falta contratual, cuja comprovação se dá através de prova obtida mediante um meio informático tecnológico. De forma que, não sendo os mecanismos de

³⁴⁵ Byruchko Junior, Viktor. “Ação civil pública”. *Revista do Ministério Público do Trabalho do Rio Grande do Sul/Procuradoria Regional do Trabalho da 4ª Região*. n.1, Porto Alegre: PRT4, 2006, p. 237.

³⁴⁶ Outras normas ainda existem sobre a matéria, com destaque para o *RIP* inglês, que será detalhado no capítulo 5.

³⁴⁷ Marín Alonso, Inmaculada. *El poder ...*, *op. cit.*, p. 198.

³⁴⁸ Tascón López, Rodrigo (“El lento (pero firme) proceso...”, *op. cit.*, p. 1993), em termos literais, afirma: “*la criticable imprecisión legislativa obliga a una labor creadora, cuasi legislativa, de los tribunales, capaz de propiciar, en ocasiones, notables contradicciones, lo cual provocará, a la postre, un notable grado de inseguridad jurídica*”, pero será “*a partir de tales pronunciamientos de donde se pueda empezar a construir cualquier doctrina general, a posteriori, de las consecuencias hacia las causas*”.

controle o foco principal do julgamento, até a doutrina formada a partir desses julgados precisa ser analisada com prudência, por derivar de situação particular em que a falta do obreiro, já conhecida, muitas vezes termina por interferir no ânimo do órgão julgador.

3.2. O poder diretivo na legislação trabalhista brasileira

Se é verdade que tem sido passível de múltiplos questionamentos no Judiciário e de algumas críticas doutrinárias a regra genérica prevista no ordenamento jurídico espanhol, a seu turno, no quadro legislativo brasileiro, a situação parece ainda mais grave, já que, igualmente omissa em relação ao uso dos meios tecnológicos para fiscalização da atividade laboral, nem o poder diretivo, nem especificamente a função de controle tem previsão expressa no ordenamento jurídico.

A doutrina, no particular, na tentativa de sistematizar, no plano legal, o poder diretivo se vale de regras pontuais, isoladas no corpo da CLT que, ora apontando para direitos e deveres do empregador, ora fazendo o mesmo em relação ao empregado, sinalizam algumas características, faculdades e limites que lhe são inerentes³⁴⁹. Todavia, tal exercício hermenêutico era absolutamente necessário, já que, até o final da década de 80 do século passado, nada havia exposto, no plano legal, em relação aos limites ao exercício desse poder quando confrontado com direitos fundamentais do trabalhador.

O quadro atual, entretanto, ainda que não tenha ocorrido um cambio significativo, e que a omissão ainda seja total quanto aos limites a serem impostos ao uso dos meios tecnológicos de defesa da empresa, sofreu discreta alteração nos últimos vinte anos. Assim, pontualmente, e em especial a partir da década de 90, diante de algumas situações abusivas que vinham sendo rotineiramente praticadas, houve um “boom legislativo” que redundou em diversas alterações na CLT. Porém, o símbolo mais significativo desta regulação no país foi a Lei 9029/1995³⁵⁰, que estabelecia limites

³⁴⁹ Entre tantos outros, neste sentido são vistos os ensinamentos de Godinho Delgado, Maurício (*Curso de direito do trabalho, op. cit.*, 2006), Pinto Martins, Sergio (*Comentários à CLT*, 12ª edição, São Paulo: Atlas, 2008) e Carrion, Valentin (*Comentários à consolidação das leis do trabalho*, 31ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2006).

³⁵⁰ Eis as principais prescrições da Lei 9029/1995:

“Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

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

às práticas discriminatórias para fins admissionais ou para permanência da relação jurídica de trabalho, por critérios de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, com especial ênfase na vedação da exigência de atestados de gravidez, e de esterilização, através da qual estas práticas lesivas ao ordenamento constitucional passaram a ser expressamente vedadas pela lei trabalhista brasileira.

Todavia, a despeito do advento desta legislação específica, permaneceram lacunas quanto a uma norma que enfrentasse o desafio tecnológico na relação de trabalho, bem como, ao menos, no que concerne a uma regra trabalhista geral que traçasse parâmetros para o exercício do poder diretivo do empregador, de forma a regulamentar em um plano mais abstrato e genérico a livre iniciativa em sua vertente de liberdade de comércio e indústria (liberdade de empresa), havendo, reforça-se, apenas recortes pontuais a respeito dos temas que conjuntamente mais afligiram as relações laborais. Dessa forma, a sistematização sobre a imposição de limites no ordenamento jurídico ao poder diretivo termina por ser um labor cuja resolução constitui, no Brasil, tarefa quase que exclusiva da doutrina e dos tribunais.

No plano doutrinário, alguns estudiosos, à míngua dessa norma geral que trate da matéria, arvoram-se na difícil tarefa de deslindar as faculdades que possam ser legitimamente exercidas e as restrições ao seu exercício abusivo.

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

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

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

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Parágrafo único. São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo:

I - a pessoa física empregadora;

II - o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista;

III - o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 3º Sem prejuízo do prescrito no art. 2º e nos dispositivos legais que tipificam os crimes resultantes de preconceito de etnia, raça ou cor, as infrações do disposto nesta Lei são passíveis das seguintes cominações:

I - multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em cinquenta por cento em caso de reincidência;

II - proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:

I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.”

Túlio Viana³⁵¹ especifica alguns dos limites constitucionais que o empregador, ao exercer o poder de direção, precisa observar. Sob este prisma, seria defeso ao patrão discriminar o trabalhador (art. 5º, incisos I e VIII); obrigá-lo a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude de lei (art. 5º, inciso II); submetê-lo à tortura, bem como a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, inciso III); impedir a manifestação do seu pensamento (art. 5º, inciso IV); violar liberdade de consciência e de crença (art. 5º, inciso VI) e também sua intimidade, honra, imagem, vida privada (art. 5º, inciso X); obrigá-lo a associar-se ou não deixá-lo se associar (art. 5º, inciso XVI, XVII, XX), obstar seu acesso ao Judiciário, entre outros. O mesmo autor aponta, nos arts. 7º, 8º, 9º, obrigações constitucionais negativas e positivas que o empregador não pode deixar de observar, dentre elas o pagamento do salário mínimo, o Fundo de Garantia de Tempo de Serviço, o 13º salário, as férias, proibição de diferenças salariais por motivo de idade, sexo cor ou estado civil, proibição de discriminação de pessoas portadoras de deficiência, etc.

Ademais das garantias constitucionais, o poder diretivo impõe obediência às normas da legislação infraconstitucional, como também, às convenções e acordos coletivos, às sentenças normativas e ao contrato individual de trabalho.

Em busca de uma maior concreção na apreciação dos limites às faculdades defensivas do empregador, ainda que fazendo alusão à legislação espanhola, uma lição muito citada por vários estudiosos brasileiros³⁵² é a de Del Valle Villar³⁵³, que aduz que o controle realizado pelos patrões tem as seguintes vedações:

i) Imiscuir-se em questões que excedam o cumprimento das obrigações de trabalho.

ii) Utilizar os seus subordinados dentro da estrutura hierárquica da empresa para estabelecer um sistema de espionagem laboral.

iii) Tolerar que tal sistema se estabeleça por iniciativa de algum(s) de seus trabalhadores.

iv) Contratar expressamente pessoas com a finalidade de vigiar aspectos ou atividades extracontratuais do trabalhador.

³⁵¹ Márcio Túlio Viana é citado em Simón, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 119.

³⁵² Entre estes, cita-se Bracks Duarte, Juliana & Tupinambá, Carolina, in “Direito à intimidade do empregado X direito de propriedade e poder diretivo do empregador”. Porto Alegre: *Justiça do Trabalho: Doutrina, Jurisprudência, Legislação, Sentenças e Tabelas*, v.18, n.216, dez. 2001, p. 313.

³⁵³ Del Valle Villar, José Manuel “Derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo”, en ‘*Actualidad laboral*’, n. 3, 1991.

v) Instalar e utilizar máquinas e aparatos que excedam o mero controle da atividade laboral.

Nesse sentido, malgrado o poder diretivo seja um poder legítimo e inerente ao empregador, necessário para dirigir o estabelecimento de forma organizada, impende lembrar que não é porque o empregado é subordinado ao empregador que deve estar obrigado a submeter-se a qualquer tipo de ordem. Sempre que se tratar de ordens ilícitas, vexatórias, ofensivas à dignidade do empregado, ao obreiro é facultado insurgir-se contra o poder diretivo do empregador. É o que a doutrina chama de *jus resistendae* (direito de resistência).

Ocorre que, sendo viável em relação ao cumprimento de ordens emanadas pelo empregador, o direito de resistir torna-se irrelevante em relação à adoção de mecanismos de controle, visto que o obreiro, quanto a estes, assume uma postura essencialmente passiva, sendo meramente objeto de seu exercício.

Ademais, forçoso reconhecer que, já apreciada a dificuldade de adequar, como se dá na Espanha, uma regra geral produzida em um momento histórico/econômico anterior para apreciação de uma situação fática tão repleta de nuances e particularidades típicas dos tempos hodiernos, maiores ainda são os empecilhos para o acolhimento deste tipo regra quando emanada da doutrina, que não tem a força vinculativa da lei. Assim, não há como negar que as soluções sugeridas, à míngua de uma previsão legal, não tiveram o condão de proporcionar ao menos uma razoável margem de segurança para a resolução do problema, mormente nos chamados “casos difíceis” em que os paradigmas doutrinários são insuficientes e configuram um mero ponto de partida para a solução da questão no contexto tecnológico.

De forma que a experiência brasileira, em relação à matéria, demonstra que a falta de uma melhor regulamentação do direito no plano legal, tem levado, sempre que se entenda que haja ingerência do poder diretivo, por força de uso abusivo ou conduta semelhante, a uma ação quase legislativa do Judiciário brasileiro, a quem, na prática, pela força coercitiva de suas decisões, tem restado as funções de dirimir os conflitos e pautar, através de súmulas, orientações jurisprudenciais e decisões reiteradas, a conduta de empregados e empregadores em torno da matéria.

4. O ativismo judicial como consequência da omissão do legislador na Espanha e no Brasil

Em relação aos modernos mecanismos de controle que hoje estão à disposição do empregador e sua aplicação no seio da empresa, é fato que não há no ordenamento jurídico brasileiro ou espanhol resposta direta que sinalize de forma clara para os limites a serem impostos ao seu uso. Daí, diante desta situação de encolhimento do Poder Legislativo, no qual se verifica um desajuste entre a esfera política e a sociedade, inabilitando que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva a partir do cumprimento de uma norma posta, o intérprete não pode abster-se de examinar os acontecimentos da vida moderna.

Essa postura, hoje rotulada sob a denominação de ativismo judicial³⁵⁴ é uma atitude, neste caso, absolutamente necessária, decorrente da judicialização destas demandas, e que se caracteriza pela eleição de um modo proativo de interpretar a Constituição, propagando seu sentido e extensão.

Se é certo que, quando extremada, esta ideia tem encontrado seus detratores, que vislumbram nesse excesso uma invasão na esfera de atribuição do Poder Legislativo, não se pode negar que, em situações em que o legislador ainda não concretizou a aplicação do direito fundamental frente ao caso concreto, não se pode atribuir ao representante democrático dos cidadãos (legislador) a condição de único e exclusivo responsável por viabilizar a Constituição. Também o Judiciário tem a missão de impedir ações ou omissões contrárias ao texto constitucional. Assim, para o

³⁵⁴ A noção de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. Observe-se que a possibilidade aberta pelo ativismo da maior participação do Judiciário em espaços que deveriam ser preenchidos por ação legislativa, leva a uma importante meditação, qual seja, a de saber se há limites ou critérios para que os órgãos judiciais apliquem diretamente os princípios constitucionais para solução de casos não regulados e nos quais o Poder Legislativo se mantém inerte em tomar uma posição. A posição dos críticos a esta postura pode ser sintetizada nas palavras de Luís Roberto Barroso, segundo o qual o ativismo judicial “é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura.” Criticam a total insegurança jurídica, a ser garantida não pela lei e nem mesmo pela Constituição, mas sim pelo seu intérprete, por aquele que pode decidir inclusive à margem do próprio texto literal da Constituição “em nome da Constituição mesma”. Maiores esclarecimentos sobre o tema podem ser aferidos a partir da leitura de Mauro Cappelletti, em seu livro “Juízes Legisladores?” (Cappelletti, Mauro, *Juízes Legisladores?* Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.), no qual o autor procura esmiuçar a atuação criativa dos magistrados na aplicação do Direito. Segundo Cappelletti, e em síntese, este fenômeno é inevitável, pois que toda interpretação tem uma porção intrínseca de criatividade. Nunca se confundindo com arbitrariedade, pois a criatividade respeita elementos processuais e substanciais.

cumprimento deste mister, imperativo que se veja o princípio da separação de poderes/funções não como um fim em si mesmo, mas como um meio para a efetivação da Constituição.

Nesse sentido, o Judiciário tem assumido tanto no Brasil quanto na Espanha papel protagonista na definição dos pilares e marcos limitadores da ação de controle do empregador em conflito com os direitos fundamentais do trabalhador nas relações de trabalho, subvertendo, como mais a frente se verá, a lógica segundo a qual o legislador norteia a ação do Judiciário e não o contrário³⁵⁵.

Assim, necessário destacar os rumos que a jurisprudência social vem tomando em ambos os países a respeito dos limites do poder diretivo, na medida em que esta é, sem dúvida, o mais significativo referencial que se tem para o debate da questão.

4.1 Uma breve análise da jurisprudência espanhola sobre o poder de controle do empregador

Como visto anteriormente³⁵⁶, os controles defensivos de jaez tecnológico despertam cizânia na doutrina social espanhola, havendo defensores de sua aplicação ilimitada, sob a alegação de proteção aos bens do empregador, os que as rotulam como práticas ofensivas aos direitos fundamentais dos obreiros e os que preferem uma análise individual, em cada caso concreto, no qual deve haver uma ponderação dos bens em conflito.

De efetivo, e refletindo esta cisão doutrinária, alguns tribunais espanhóis têm admitido como legítimos os controles de comportamentos ou ações que não estão estritamente relacionados com a valoração quantitativa ou qualitativa do cumprimento da prestação laboral, avaliando, em diversos casos, como medida idônea e amparada pelo ordenamento jurídico a fiscalização pelo empregador de condutas que poderiam ser consideradas contrárias à boa fé contratual, admitindo a instalação de microfones, como o fez na STSJ Galicia de 25 de janeiro de 1996, ou de câmeras, como autoriza na STSJ Cataluña de 13 de dezembro de 1996³⁵⁷.

³⁵⁵ Como será visto no capítulo 7, os projetos de lei no Brasil e na Espanha refletem os pilares estabelecidos pela jurisprudência social nestes países.

³⁵⁶ A matéria é detalhada no item 2.1.3 deste capítulo.

³⁵⁷ Nesses casos, entretanto, os tribunais espanhóis traçam como um lugar comum a exclusão do âmbito de conhecimento empresarial os “lugares sensíveis” (como banheiros, áreas de descanso ou refeitórios) por considerar que não se trata de zonas de trabalho, havendo, nestes casos, evidente lesão à intimidade dos trabalhadores (por todas, SSTJ Comunidad Valenciana de 22.05.1996 - AS 2306/1996).

Nessa mesma esteira e no campo específico das comunicações no âmbito laboral, há decisões que ratificam a instalação de mecanismos que permitam o registro das chamadas efetuadas pelos trabalhadores (dentre outras, STSJ Andalucía, de 10 de dezembro de 1993 e STSJ Comunidad Valenciana, de 14 de janeiro de 1994), bem como a violação de correios eletrônicos (STSJ da Cataluña, de 05 de julho de 2000 e de 14 de novembro de 2000).

Nestas duas últimas sentenças, é possível verificar algumas das feições mais ampliativas do poder de controle. Enquanto nesta (14 de novembro de 2000), a Sala do Social do Tribunal Superior de Justiça de Barcelona declarou procedente a despedida de trabalhador pelo uso reiterado de correio eletrônico para finalidades pessoais, já que este teria enviado em cinco semanas 140 e-mails alheios à atividade da empresa a 298 destinatários. Na primeira decisão (5 de julho de 2000), textualmente figura em seu teor que *“no sólo no se garantiza a los trabajadores el secreto en el uso del correo electrónico o en los medios informáticos que utilizaban, ni era exigible tal secreto, sino que afirmar lo contrario sería tanto como decir que el empresario no puede ejercer ninguna vigilancia ni control sobre el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales”*. Para em seguida, sustentar que *“no nos encontramos en presencia de una correspondencia privada entre particulares cuyo secreto deba ser preservado, sino ante una utilización indebida de medios e instrumentos de la empresa para fines ajenos a los estrictamente laborales”*.

Por outro lado, em sentido contrário, há variadas decisões oriundas de outros tribunais que se inclinam por limitar as faculdades de controle, reconhecendo em alguns casos um status superior aos direitos fundamentais dos trabalhadores³⁵⁸ e, em outros tantos julgados, refutando as medidas adotadas por inidôneas, desnecessárias, ou desproporcionais.

Até mesmo o Tribunal Supremo³⁵⁹ quando recentemente trata dos limites ao poder de controle do empregador sobre a atividade laboral, jurisprudência que será detalhada no capítulo 5 deste estudo, o faz de forma algo genérica e imprecisa ao consignar que o art. 20.3 ET (que regula o poder fiscalizatório da empresa) impõe um

³⁵⁸ Além de uma variada gama de decisões de órgãos do Poder Judiciário espanhol, enfatizam a posição preeminente dos direitos fundamentais do trabalhador diversas sentenças do TC, dentre elas as SSTC 20/1990, 171/1990, 240/1992.

³⁵⁹ Por todas as sentenças do Tribunal Supremo neste sentido, pode-se citar o caso “Coruñesa de Etiquetas”, no qual em seu fundamento jurídico terceiro figura que *“la exigencia de respetar en el control la dignidad humana del trabajador no es requisito específico de los registros del artículo 18, pues esta exigencia es general para todas las formas de control empresarial, como se advierte a partir de la propia redacción del artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores.”*

limite ao poder de fiscalização empresarial, de maneira que toda medida de controle deve respeitar a consideração devida à dignidade do trabalhador, cujo grau de abstração já fora anteriormente sinalizado. Todavia, o Tribunal Supremo não traça de forma definitiva quais seriam esses limites, nem estabelece claramente quais as situações que, em definitiva, estes teriam sido desrespeitados. Pelo que também a sua análise sobre esses limites, com os percalços que adiante abordaremos, também resvala na apreciação casuística.

Como se vê, a insegurança jurídica motivada pela heterogenia das decisões provenientes do Poder Judiciário faz com que, em muitos casos, a colisão entre os direitos fundamentais dos trabalhadores e a liberdade de empresa, instrumentalizada através dos mecanismos de controle necessite ser submetida à apreciação do Tribunal Constitucional, seja sob a forma de questão de constitucionalidade, seja sob a forma de recurso de amparo³⁶⁰.

4.1.1. Breves considerações em torno da jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol sobre as faculdades de controle do empregador nas relações de trabalho (anterior à STC 241/2012)

Como antes dito, o exercício das faculdades organizativas do empregador com frequência entra em colisão com os direitos fundamentais dos trabalhadores, ora afetando os seus direitos fundamentais típicos da relação de trabalho (aqui antes denominados direitos fundamentais específicos), individuais ou coletivos, ora atritando com os direitos típicos do cidadão que o trabalhador exerce no curso da relação de trabalho, os chamados direitos fundamentais inespecíficos.

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional, com alguma frequência, ocorrem conflitos entre as faculdades de controle dos empregadores, feição imediatamente visível, no caso, da liberdade de empresa, e os direitos trabalhistas com status de direitos fundamentais, típicos, como a liberdade sindical e o direito de greve (nesse sentido, as SSTC 38/1981 e 123/1992, entre outras).

³⁶⁰ Curial lembrar que a liberdade de empresa, enquanto direito fundamental contido na seção 2ª, capítulo II, título I, da Constituição Espanhola não desafia recurso de amparo. Todavia, pode ser alegado como argumento de defesa (ou ainda que não o seja, analisado no caso concreto *ex officio* pelo tribunal a colisão), de maneira que a limitação de um direito pelo outro poderá ser apreciado pelo TC, ainda que em sede de amparo, só não sendo viável que tal medida se dê a partir de recurso que alegue violação da liberdade de empresa. Ressalte-se, ademais, que a liberdade de empresa pode ser objeto de análise em recurso de constitucionalidade, mas não cogitamos esta hipótese, pois dificilmente, nestes casos, seria possível uma colisão com um dos direitos fundamentais específicos ou inespecíficos dos trabalhadores, ainda que a hipótese não possa ser expressamente excluída.

Porém, em virtude de o objeto do presente estudo ser mais centrado na lesão a direitos fundamentais inespecíficos (aqui, em particular o direito ao segredo das comunicações), reserva-se maior destaque à análise desses conflitos com o direito à liberdade de empresa. Em relação a estes, como visto no capítulo anterior, são os seguintes os traços marcantes da jurisprudência constitucional em torno da eficácia dos direitos fundamentais na relação de trabalho:

- a celebração de um contrato de trabalho não implica a privação ao trabalhador dos direitos que a Constituição lhe reconhece como cidadão;

- A inserção na empresa obriga a modular os direitos fundamentais inespecíficos dos trabalhadores.

- Entre os limites específicos e adicionais a que os direitos fundamentais dos trabalhadores estão sujeitos se encontra a natureza da relação laboral.

- Os direitos fundamentais dos trabalhadores só podem ser modulados no estritamente necessário, dada sua posição proeminente.

Estes traços característicos parecem comprovar que a doutrina mais comumente adotada pelo Tribunal Constitucional sobre as relações entre poderes empresariais e direitos fundamentais não reconhece na faculdade prevista no art. 38 CE um verdadeiro direito fundamental. Nesse sentido, merece especial reflexão um argumento trazido por Cidoncha³⁶¹, que afirma que muitas vezes o Tribunal Constitucional quando coteja as faculdades de controle empresarial e os direitos fundamentais dos trabalhadores o faz como se o conflito se desse entre um direito fundamental e um poder legal e não entre dois direitos fundamentais. Os direitos não operam em pé de igualdade.

Efetivamente, como já se mencionou anteriormente, alguns julgamentos ofertados permitem até concluir que o TC parece pensar na liberdade de empresa mais como princípio objetivo do ordenamento (ou como garantia institucional) que como direito subjetivo. Os poderes empresariais, nessa visão, mais que um exercício da liberdade de empresa seriam reflexo da liberdade de empresa. Ou, dito de outra forma, o art. 38 CE teria eficácia mediata, sendo manifestada somente através de leis que conferem poderes ao empresário e estabelecem cláusulas como a boa fé

³⁶¹ Cidoncha, Antonio. *La libertad de empresa*, 1ª edición, Editorial Aranzadi, 2006.

contratual³⁶², ao passo que os direitos fundamentais inespecíficos dos trabalhadores teriam eficácia imediata, frente ao empresário³⁶³.

De fato, ainda que essa não possa ser considerada uma conclusão irrefutável, no mínimo é possível aduzir que a posição do TC é bastante ambígua, já que há vários de seus julgados que se opõem aos estudos (e a própria literalidade do texto da constituição espanhola) que apontam para o caráter de direito subjetivo fundamental da liberdade de empresa, tema anteriormente enfrentado. Nesse sentido, reitera-se aqui as conclusões a que chega Cidoncha³⁶⁴ sobre os equívocos da jurisprudência do Tribunal Constitucional quando da colisão da liberdade de empresa com outros direitos fundamentais:

Sin embargo, el tribunal constitucional parece olvidar que los poderes del empresario son, por utilizar sus propias palabras, inherentes a la libertad de empresa. Olvida que el conflicto se plantea no entre un derecho fundamental y un poder legal, sino entre dos derechos fundamentales que tienen la misma jerarquía, por lo que la ponderación adecuada del juez debiera tener presente la igualdad de armas iusfundamentales de los contendientes.

Justamente porque no presenta el conflicto como un conflicto entre derechos fundamentales, es inviable la ponderación judicial que preconiza el tribunal constitucional. El juez no puede hacer 'ponderación adecuada entre el derecho fundamental en juego y las obligaciones laborales que pueden modularlo', si estas obligaciones no son el resultado del ejercicio de otro derecho fundamental....

Assim, se é verdade que, como visto no capítulo anterior, a ponderação de bens em disputa tenha sido inserida na jurisprudência constitucional sobre direitos fundamentais nas relações de trabalho em meados da década de 90³⁶⁵ (STC 99/1994), não se tratava de um juízo de proporcionalidade entre mandados de otimização, ou seja, entre direitos fundamentais, isto porque a liberdade de empresa não era assim considerada.

Todavia, nos últimos anos, o TC, ainda que de forma bastante tímida, parece apresentar os primeiros sinais de uma mudança de rumo, a partir da mitigação de algumas das ambiguidades antes apontadas. De maneira que, ainda que não se possa dizer que tenha ocorrido uma mudança na jurisprudência do Constitucional, até porque

³⁶² O Tribunal Constitucional, historicamente e por diversas vezes no passado, já utilizou o princípio da boa fé para a análise da correção do exercício dos direitos de liberdade individual, constituindo em muitos casos verdadeiro critério autônomo para apreciação da licitude do uso realizado por certas liberdades. Sobre este tema, vid. supra cap. 2.

³⁶³ Nesse sentido, Cidoncha, Antonio (*La libertad ..., op. cit.*), nota 54, p. 371.

³⁶⁴ *La libertad ..., op. cit.*, p. 371.

³⁶⁵ A esse respeito já tratamos de forma detalhada no 2º capítulo deste trabalho.

em sentenças posteriores, a condição de direito fundamental da liberdade de empresa continuou sendo ignorada, na STC 126/2003, o Tribunal Constitucional finalmente e por primeira vez em sua história, analisou o choque entre direitos fundamentais dos obreiros e o direito previsto no art. 38 CE sob o enfoque de colisão de direitos fundamentais.

Nesta sentença, o Tribunal Constitucional julgou um recurso de amparo interposto por um empregado que havia sido demitido por motivo disciplinar da empresa em que trabalhava depois de passar informações prejudiciais a respeito desta para órgãos de comunicação, mais especificamente o descumprimento pela empresa das normas de segurança e a pouca fiabilidade de seus produtos. O Tribunal, neste caso, ponderando os interesses em conflito, entendeu que o trabalhador não teria agido de boa fé, já que depois de vários anos trabalhando na empresa sem haver denunciado aos órgãos idôneos ou se ou, ainda, formulado observação qualquer sobre a segurança do processo produtivo, teria se valido do seu direito de informação como instrumento de pressão ou represália pela possível inclusão de seu nome em uma lista de despedidos. A medida foi considerada desnecessária aos fins pretendidos, concluindo o TC que o direito fundamental em questão teria sido utilizado não para proteger a vida e segurança das pessoas (neste caso deveria encaminhar a denúncia aos organismos públicos e aguardar a apuração da veracidade destas), mas a serviço dos interesses profissionais do empregado mais imediatos, gerando um dano desproporcional à empresa.

Entretanto, ainda que esta possa vir a ser uma sinalização para a futura jurisprudência constitucional espanhola, por enquanto esta sentença há de ser tida como a exceção que confirma a regra. E a essa conclusão se chega porque, posteriormente, a STC 56/2008³⁶⁶, que aprecia a vulneração da liberdade de expressão de empregado, não faz qualquer menção, quando da análise da estrita necessidade da medida restritiva de direitos fundamentais dos trabalhadores, à liberdade de empresa para exame de colisão de direitos fundamentais.

Nesse sentido, é forçoso reconhecer que a doutrina constitucional espanhola anterior à prolação da STC 241/2012, que por sua relevância merecerá um tratamento individualizado no capítulo 5 deste estudo, ao não reconhecer à liberdade de

³⁶⁶ Neste caso, o trabalhador havia sido despedido disciplinarmente em virtude de escritos em que este abordava criticamente acidente de trabalho envolvendo empregados da empresa e de uma terceirizada. A despedida disciplinar, foi considerada, ao final, nula pelo Tribunal Constitucional, que, em seu fundamento jurídico 10º, entendeu não haver ofensa grave ao empregador, nem tampouco se tratava de tema estranho aos interesses laborais, estando a manifestação coberta pelo manto do exercício legítimo do direito à liberdade de expressão (art. 20.1 CE).

empresa um status de direito fundamental, não dá o mesmo peso aos dois interesses em colisão (trabalhadores e empresários). Feliz, no particular, é a dicção de Sempere quando afirma que *“el equilibrio entre los derechos fundamentales del trabajador y el poder de dirección del empresario no está en el punto medio entre ambos, porque tampoco los dos se encuentran en el mismo plano de relevancia constitucional”*³⁶⁷.

Vale registrar, que, mesmo a STC 241/2012 que, como adiante se verá, empresta aos poderes de direção do empregador uma força ainda sem precedentes na jurisprudência constitucional que lhe antecede, não reconhece o *status* de direito fundamental à liberdade prevista no art. 38 CE.

4.2. Alguns aportes sobre a jurisprudência brasileira a respeito dos limites do poder diretivo em sua feição fiscalizatória e controladora

Diversamente de seu paradigma espanhol, em que a despeito de certa heterogenia na Justiça Social, há uma bem delineada doutrina constitucional em torno do tema, é bem mais difícil indicar uma consolidada jurisprudência brasileira a respeito do poder diretivo e em especial de seus limites. E tal se dá principalmente como decorrência da falta de uma regra geral sobre o poder empresarial na Consolidação das Leis Trabalhistas. A falta desse parâmetro geral, que não existe seja em relação aos novos meios tecnológicos, seja para os meios ordinários utilizados até então, tira do órgão jurisdicional a mínima base para a definição sistemática desses limites.

Assim, esta tarefa exige do intérprete a fuga a uma dupla tentação. A primeira consiste em crer nas expressões estandardizadas utilizadas como jargões nas decisões, mas que muitas delas não são aplicadas na prática dos julgados, servindo como mero instrumento de retórica. Nessa senda, são várias as expressões que isoladamente são colhidas nos julgados, mas que neles não configuram algo mais que uma mera afirmação sem relevância para o desfecho final do processo. É o que acontece comumente quando em decisões do TST, a despeito de se sustentar que o poder diretivo é limitado pelos direitos fundamentais, na prática, estes terminam por ser mitigados quando confrontados com o poder empresarial. Assim, como adiante se verá, o TST não afirma que o poder diretivo prevalece sobre o direito de imagem, a intimidade ou o sigilo de correspondência, todavia, em casos concretos, simplesmente afirma que a imagem, a esfera íntima ou a correspondência enviada ou recebida não estariam

³⁶⁷ Sempere, Antonio. “Modulación Laboral de los derechos cívicos”, *Revista Persona y Derecho*, n. 54, 2006, pp. 471-493.

protegidas pelo direito fundamental, sem maiores justificativas que fundamentem a exclusão, de modo que, ainda que a afirmativa retórica figure muitas vezes, a prática demonstra uma preponderância do viés privatista que rege o contrato e patrimonialista que garante a propriedade dos bens de produção.

A segunda tentação seria a de buscar apenas em um pequeno grupo de decisões os ditames que norteiam a jurisprudência sobre a matéria. Isto porque a falta de uma norma geral trabalhista leva os tribunais a apontarem soluções bastante heterogêneas, até como consequência desta jurisprudência ter sido edificada a partir da análise pelos Tribunais dos casos concretos e não baseada em parâmetros normativos.

Vencidas as tentações, entretanto, uma primeira conclusão que se permite a partir das leituras dos julgados emanados do TST, em relação à eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho e seus efeitos sobre o poder diretivo, é que não é possível apontar uma doutrina social unificada, já que estes direitos fundamentais não merecem tratamento isonômico pelos pretórios trabalhistas.

É certo que intimidade, imagem, liberdade de expressão e outros que abstratamente podem ser objeto de restrição com contrapartida pecuniária no liame laboral têm sua eficácia vista de maneira muito mais restritiva do que outros direitos em relação aos quais não se pactua usualmente ou não se admitiria a contratação pela empresa. Assim, baseados na possibilidade reconhecida de limitação ao exercício do direito de imagem de atletas profissionais de futebol, da intimidade de certas personalidades públicas ou da liberdade de expressão daqueles que laboram, por exemplo, em organizações de tendência³⁶⁸, considera-se, numa visão bastante generalizadora e por vezes distante da realidade³⁶⁹, que a contraprestação salarial poderia incluir entre as faculdades limitadas algumas daquelas a que faz jus o titular destes direitos, daí se justificar um maior reforço no poder diretivo quando em confronto com estes³⁷⁰.

³⁶⁸ Inadmissível que uma pessoa que labore em uma instituição voltada para proteção de estrangeiros, seja militante de partido que pregue a extradição destes. Ou alguém que ministre aulas em uma escola que professe a fé católica externe publicamente em sala de aula preceitos de outras religiões e faça críticas aos cânones da religião católica.

³⁶⁹ Não são raros, em território brasileiro, as empresas que, malgrado imponham restrições aos direitos fundamentais dos trabalhadores, pagam como contrapartida apenas o salário mínimo definido em lei ou em negociação coletiva (piso salarial).

³⁷⁰ Aqui, traçando um paralelo com a jurisprudência constitucional espanhola, estaríamos diante da possibilidade de que a limitação destes direitos seja objeto de contrato de trabalho, de forma que possa ser considerada inerente a uma relação laboral se assim o estabelece o contrato.

Ao revés, restrições ao exercício de outros direitos fundamentais, a exemplo da liberdade de ir e vir e da igualdade não são absolutamente toleradas, de forma que a mensagem que se passa através deste entendimento é que não se considera que a restrição a estas liberdades possam estar implícitas em nenhuma relação de trabalho. Seja no âmbito do TST, seja no próprio STF (nas raras oportunidades em que se manifestou), a redução do trabalhador a condição análoga à de escravo (limitadora do direito do obreiro de ir e vir, entre outros) é vista como medida que atenta contra a dignidade humana do trabalhador, sendo repelida de forma bastante incisiva.

Não discrepa o tratamento do direito à igualdade, sendo pacífica a jurisprudência que veda discriminações de raça, credo, origem, gênero, entre outras.

Esse tratamento dicotômico entre os direitos fundamentais, ainda que outros fatores possam influenciar, justifica-se basicamente por um binômio. De um lado, sustenta-se na repulsa social à restrição a estes direitos e também no caráter pouco usual de uma contraprestação pecuniária a este tipo de restrição, não se enquadrando no perfil daquelas que se podem considerar implícitas em qualquer relação laboral³⁷¹. Assim, seria considerado um despautério, que seria severamente sancionado pelo Judiciário brasileiro, se uma empresa pactuasse um tratamento distinto entre homens e mulheres, brancos e negros, nacionais e estrangeiros (salvo aquelas distinções que a própria constituição estabelece) dentro do âmbito empresarial ou se o trabalhador contratasse com o empregador a impossibilidade de poder extinguir o contrato e voltar a sua localidade de origem.

Aqui nos parece, em linha defendida pela doutrina constitucionalista nacional³⁷², que a autonomia privada recebe dos tribunais proteção que não é uniforme, sendo muito mais intensa no plano concernente às escolhas existenciais da pessoa humana do que no campo da sua vida patrimonial e econômica, daí uma maior flexibilidade em se admitir a transação de faculdades de direitos fundamentais que usualmente possam ser convertidas em contraprestação remuneratória ao trabalhador. Por outro lado, considerando a noção de pessoa subjacente à ordem constitucional brasileira, é fácil inferir que a proteção da autonomia privada, em cada caso, não pode prescindir igualmente de considerações a propósito das condições efetivas de liberdade

³⁷¹ Um bom indicativo deste entendimento de que a repulsa está ligada ao caráter pouco usual de retribuição por estas restrições está no fato de que no programa televisivo Bigbrother não há controvérsia a respeito da legitimidade da restrição à liberdade de ir e vir. Da mesma forma, tolera-se, por exemplo, a restrição à liberdade de ir e vir de quem trabalha embarcado em navios ou aqueles que trabalham em plataformas de petróleo, situadas em alto mar.

³⁷² As posições doutrinárias foram detalhadas no capítulo 2 deste estudo.

do sujeito de direito no mundo da vida, devendo no caso concreto ser avaliada a aparente liberdade de um particular hipossuficiente, numa relação travada com outro mais poderoso, como é o caso das relações que se dão entre empregado e empregador no mundo do trabalho.

Nessa linha, colhe-se expressa lição do STF (Ministro Joaquim Barbosa), em denúncia de trabalho em condição análoga à de escravo, na qual restou consignado:

O primeiro limite ao poder diretivo do empregador, está garantido de forma inequívoca na Constituição Federal, em seus art. 1º, inc. III e art. 170, caput, preservando-se acima de tudo o respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador e o reconhecimento dos direitos do empregado enquanto homem. O trabalhador não pode ser jamais visto como algo que seja desumano, nem tampouco como um objeto que vende sua força de trabalho. Deve ser avaliado como um indivíduo comum, dotado de poder criativo, vontade, sentimento, imaginação, preocupações, necessidades, objetivos e valores pessoais. A peça indispensável para o bom desempenho da atividade empresarial é o homem trabalhador, o indivíduo que contribui para a própria existência da relação de trabalho, que com sua força e produtividade agrega valor, originalidade e qualidade ao meio em que atua. Por esta razão, o limite básico e intransponível ao poder diretivo empresarial são os direitos fundamentais de qualquer ser humano, como o direito à vida, à liberdade, à segurança, à propriedade, à privacidade e à igualdade. (RE 398.041-6/PARÁ, DJE 241, publicado em 19.12.2008).

Ademais, como um terceiro fator a justificar o tratamento distinto entre os direitos fundamentais, tem-se o fato de que estas últimas (não discriminação e política normativa de erradicação do trabalho em condições análogas a de escravo) são matérias contempladas por leis no Brasil³⁷³, o que facilita sobremaneira a atividade do poder judiciário que, quanto a estes temas, é direcionada pela ação concretizadora do Poder Legislativo.

Além deste tratamento diferenciado entre direitos fundamentais de distinto jaez, ainda se pode indicar outras características da construção jurisprudencial brasileira. Algumas delas se apartam claramente do modelo esculpido pelos tribunais espanhóis. É o que se dá, por exemplo, com a noção de estrita necessidade, utilizada como parâmetro constitucional, seguido por significativos julgados do Social. A imperiosidade da restrição do direito fundamental do obreiro, que norteia os tribunais

³⁷³ A vedação ao trabalho em condição análoga ao de um escravo tem previsão no Código Penal e em várias normas internacionais ratificadas pelo Brasil.

espanhóis, termina por ceder espaço no Brasil à noção de proporcionalidade não abusiva. O que faz com que, em relação à medida restritiva, verificada a sua adequação, os tribunais trabalhistas do Brasil reconheçam sua legitimidade, bastando para tanto que esta não seja considerada abusiva. Em outras palavras, apenas o exercício abusivo³⁷⁴ do poder diretivo/controlado é considerado como fundamento para que uma medida restritiva imposta pelo empregador seja refutada.

Nesse sentido, a boa fé contratual, que, como já foi visto, cedeu espaço na Espanha a construções mais elaboradas e sensíveis ao exercício dos direitos fundamentais, em especial a regra da estrita necessidade da medida restritiva, encontra forte guarida na jurisprudência do TST, que, pautado no descumprimento de deveres éticos pelo trabalhador, adota a boa-fé muitas vezes como critério último e máximo de valoração dos direitos fundamentais³⁷⁵.

As decisões apresentam, nesse sentido, como já fora rascunhado alhures, um viés por demais patrimonialista e privatista. Há uma tendência em se

³⁷⁴ Por todos, colacionamos o entendimento de Sílvio Sálvio Venosa, segundo o qual “*a problemática surge quanto ao modo de se fixar no caso concreto o abuso. A dúvida maior é saber se por nossa legislação há necessidade do animus de prejudicar, ou se o critério objetivo da pouca valia do ato para o agente pode ser utilizado. Preferimos concluir, aderindo a parte da doutrina, que o melhor critério é o finalístico adotado pelo direito pátrio. O exercício abusivo de um direito não se restringe aos casos de intenção de prejudicar. Será abusivo o exercício do direito fora dos limites da satisfação do interesse lícito, fora dos fins sociais pretendidos pela lei, fora, enfim, da normalidade.*” (Venosa, Sílvio Salvo de. *Direito Civil: Parte Geral*, 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 608).

³⁷⁵ A utilização deste critério de boa-fé também pode revelar suas mazelas, como se pode ver no fato de, a respeito do número máximo de dirigentes sindicais estáveis, o Tribunal Superior do Trabalho (TST – súmula 369, II) e o Supremo Tribunal Federal (STF - RE 193.345-3-Santa Catarina, 2ª Turma) em passado recente já terem cristalizado entendimento sobre a matéria em reiterados julgados nos quais, alicerçados na teoria do abuso de direito, consagraram que o art. 522 da CLT teria sido recepcionado pela Constituição Federal, de modo que os sindicatos poderiam adotar a estrutura administrativa que melhor lhes aprouvesse, apenas ressalvando que só teriam a garantia da estabilidade um total de dirigentes que não superasse o número traçado no mencionado artigo de lei. Pautaram-se os tribunais, a despeito da vedação de intromissão do Estado na administração dos sindicatos, na ideia de que a norma do art. 522 garantiria um exercício regular do direito à estabilidade na medida em que inviabiliza situações que caracterizariam abuso desse mesmo direito, causando prejuízo flagrante na esfera jurídica do empregador. Essa orientação da jurisprudência brasileira ao interpretar o mencionado artigo de lei trouxe significativos prejuízos ao já combatido movimento sindical nacional. Do ponto de vista sociológico, o que se viu foi a quase imediata municipalização dos sindicatos como reação à posição algo salomônica adotada pelas mencionadas Cortes de Justiça. Como decorrência imediata, foi criada uma plêiade de sindicatos de fachada que pouco ou nada representam perante as respectivas categorias profissionais (como reduziram o número de dirigentes estáveis, a reação foi aumentar o número de sindicatos, ainda que com isso perdessem representatividade). A perversidade do sistema se notou, então, em situações tornadas públicas como a de pequenos sindicatos municipais de trabalhadores criados a partir de “sugestão” da empresa e por ela mantidos. Houve, ainda, outros sindicatos que “passaram a comercializar” termos de rescisão contratual devidamente homologados, ou seja, com carimbo do sindicato e assinatura de seu presidente ou preposto autorizado, criando uma espécie de assistência irreal ou virtual quando da rescisão dos contratos de trabalho dos obreiros com mais de um ano de serviço na empresa. (in Das Mercês Carneiro, Ricardo José. *A Estabilidade provisória como instrumento de proteção contra atos antissindicais*, publicado em http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/artigo_estabilidade_provisoria_ricardo_jose.pdf, visitado em 16.03.2012).

admitir as restrições aos direitos fundamentais dos trabalhadores quando esta for pactuada no contrato de trabalho³⁷⁶ ou quando o empregador sustentar a restrição em uma pretensão econômica legítima. É o que se vê em relação aos julgados que abordam as medidas empresariais de revista íntima, videovigilância e uso de toaletes, todos relacionados com a intimidade do trabalhador.

Tomando estes dois últimos como exemplo, observa-se que na jurisprudência trabalhista tem se tornado usual a admissão da videovigilância quando voltada para a proteção do patrimônio do empregador e firmemente contrária ao uso das chamadas câmaras psicológicas³⁷⁷, que nada mais é que uma espécie de releitura do Panóptico no âmbito laboral, visto que “*seriam intimidativas e lesivas à dignidade do trabalhador*”. Em verdade, com base na jurisprudência do TST, que reprime o abuso das faculdades do poder diretivo, na verdade, não se admite este modelo de vigilância através de câmeras por não se alicerçar o seu uso na defesa de uma pretensão patrimonial legítima.

Por seu turno, também a limitação temporária ao uso de toaletes tem sido admitido, sob fundamento de ser uma forma de garantir a organização do empreendimento, e, por consequência, a produtividade do empregado. Em recente julgado, os Ministros da 7ª Turma do TST, refletindo a jurisprudência que predomina naquela Corte, entenderam legítimo o controle do uso do toalete para que não houvesse “*grande desorganização no local de trabalho*”, a menos que o trabalhador comprovasse problemas fisiológicos³⁷⁸.

Como se vê, em relação ao modelo espanhol (que reconhece uma certa preponderância dos direitos fundamentais dos trabalhadores em relação à liberdade empresarial do empregador), há uma mudança de paradigma, tendente uma maior proteção do quanto pactuado no contrato e dos interesses patrimoniais do empregador, através do qual se empresta ênfase ao poder diretivo em detrimento dos direitos

³⁷⁶ Como se verá no capítulo 5, esta é uma das bases em que se assenta a jurisprudência do TST que restringe o uso dos correios eletrônicos corporativos e autoriza o controle pelo empregador.

³⁷⁷ Dentre outros julgados, destaca-se recente decisão da 4ª Turma do TST na qual se repudia o uso das chamadas “câmeras psicológicas” (desligadas ou falsas, utilizadas apenas para provocar os efeitos que uma câmera em uso causaria nos empregados) O TST, como já dito, somente permite a restrição que se baseie em uma pretensão legítima da empresa. Disse o Tribunal que “*se eventualmente eram ‘falsas’ tais câmeras (o que não foi provado), o caso se agravaria, a meu ver, porque constituiria um procedimento ardiloso e covarde [...] ‘as câmeras nos banheiros não eram acionadas, sendo apenas câmeras ‘psicológicas’; que câmeras psicológicas representam apenas o efeito de que as pessoas estariam sendo observadas’” fl. 334*). [...] (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR nº 78/2004-103-03-40.1. 4ª T. Relator: Juiz convocado Luiz Antonio Lazarim. 11 nov. 2005).

³⁷⁸ Dados colhidos no informativo do TST, de 10.03.2009. - Disponível em http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/no_noticias. Acesso em 17.03.2009.

fundamentais. Este norte perseguido pela alta Corte trabalhista poderá ser melhor visualizado através de um exame do tratamento que ela dispensa à realização pelo empregador de revistas íntimas nos funcionários da empresa, aspecto que será destacado no tópico seguinte.

4.2.1. Um breve estudo de caso que comprova a visão ampliada do poder diretivo na visão do TST. A revista íntima como exemplo da inversão de valores e de visão patrimonialista

Se, como já sustentado, não há uma doutrina inequívoca a respeito dos limites ao poder diretivo das empresas pelo TST, também é certo, como antes mencionado, que alguns casos ajudam a elucidar a amplitude que lhe é dada e, por consequência, às restrições aos direitos fundamentais dos trabalhadores. Em concreto, a revista feita em empregados pelas empresas, por ser um dos temas mais polêmicos debatidos na Justiça do Trabalho brasileira e possuir grande incidência de recursos para o TST³⁷⁹, é um campo perfeito para análise da extensão do poder empresarial. Em um balanço geral, essas decisões mostram que são toleradas revistas visuais esporádicas em bolsas, sacolas e mochilas e o uso de detectores de metais. No entanto, no implemento da tarefa discriminações não são admitidas (algo que reforça a tendência de uma proteção diferenciada a direitos fundamentais como a igualdade), e o contato físico, em regra, não é considerado lícito, sendo relevado em uns poucos casos no que se refere aos trabalhadores homens.

A frequência do procedimento de revista também pode conduzir à declaração de ilicitude. Até mesmo quando se dá por sua forma menos agressiva, consistente na checagem visual, que pode ser considerada abusiva, se reiterada. Foi o que afirmou a 6ª Turma do TST, em acórdão relatado pelo ministro Maurício Godinho Delgado. Este consignou no voto vencedor que *“a revista diária em bolsas e sacolas, por se tratar de exposição contínua da empregada a situação constrangedora no ambiente de trabalho, que limita sua liberdade e agride sua imagem, caracterizaria, por si só, a extrapolação daqueles limites impostos ao poder fiscalizatório empresarial, mormente quando o empregador possui outras formas de, no caso concreto, proteger*

³⁷⁹ Nos últimos doze meses, o TST julgou mais 200 vezes essa matéria (só no site constam cerca de 220 acórdãos publicados neste período), a maior parte envolvendo trabalhadores do comércio varejista, em que o risco de furtos de mercadorias é maior. Assim, uma amostragem desta jurisprudência é significativa quanto ao que pensa o TST a respeito da matéria.

seu patrimônio contra possíveis violações”³⁸⁰. Assim, mais uma vez se vê a ênfase no poder diretivo, só sendo considerada ilícita a medida, em virtude de seu exercício abusivo ou não motivado por um interesse legítimo.

Por outro lado, o TST em nenhum de seus julgados mais recentes sobre a matéria sequer coteja o poder diretivo com a intimidade ou tenta preservar alguma faceta do direito fundamental do trabalhador. Consigna, ademais, que não basta que o empregado se sinta ofendido com a revista tentada pelo empregador, sendo necessário para que se considere a prática ilícita que haja um constrangimento no âmbito interno da empresa ou no âmbito social. Em resumo, a revista por si só, a despeito da previsão normativa em sentido contrário, para o TST não seria geradora de constrangimento ao trabalhador, em mais uma consideração repleta de subjetivismos, na qual o pretório substitui a atividade que pode ser objetivamente aferida (a revista) pela expressão aberta e subjetiva do constrangimento.

Nessa linha é que se constrói a ideia de que a revista visual de pertences dos empregados, feita de forma impessoal e indiscriminada, é tolerada e considerada inerente aos poderes de direção e de fiscalização do empregador. O TST registra que este proceder faz parte do “*exercício regular do direito do empregador, inerente ao seu poder de direção e fiscalização*”³⁸¹.

Vale reforçar, mais uma vez, que este entendimento excessivamente tolerante em relação aos poderes do empreendedor se dá a despeito de, como antes mencionado, haver expressa previsão na Lei 9.799/1999, que introduziu na CLT o art. 373-A, de vedação a qualquer conduta do empregador no sentido de “*proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias*”, como diz o inciso VI. Tem o TST entendido, olvidando-se do literal teor da norma, que a “*CLT*

³⁸⁰ Processo: RR - 1011300-97.2007.5.09.0008, Data de Julgamento: 07/12/2010, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma.

³⁸¹ Processo: RR - 3695400-90.2007.5.09.0010 Data de Julgamento: 06/04/2011, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma. Na mesma linha, em outro processo restou consignado que “*a revista efetuada em relação à reclamante, na sua bolsa ou sacola, sem contato físico ou revista íntima, não teve caráter ilícito, apto a ser reparado por meio de indenização por dano moral*”. Processo: RR - 228900-04.2006.5.09.0008 Data de Julgamento: 23/03/2011, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, 5ª Turma. Não discrepam decisões em que se consigna que “*a revista realizada com moderação e razoabilidade não caracteriza abuso de direito ou ato ilícito, constituindo, na realidade, exercício regular do direito do empregador inerente ao seu poder diretivo e de fiscalização. Dessa forma, a revista em bolsas, sacolas ou mochilas dos empregados sorteados para tanto, sem que se proceda à revista íntima e sem contato corporal, mas apenas visual do vistoriador, e em caráter geral relativamente aos empregados de mesmo nível hierárquico, não denuncia excesso do empregador, inabilitando a recorrente-reclamante à percepção da indenização por danos morais*”. Nesse sentido precedentes desta Corte. Processo: RR - 237700-15.2007.5.12.0004 Data de Julgamento: 23/02/2011, Relator Ministro: Antônio José de Barros Levenhagen, 4ª Turma.

permite revista de funcionários, mas sem abuso”, no que, mais uma vez, reforça a noção de que a proporcionalidade da medida restritiva de direitos fundamentais se presume, sempre que não abusiva. Cumpre salientar, ao menos que, admitindo que o *discrímen* da lei é injustificado, estende o Tribunal a previsão legal de vedação à revista íntima, originariamente pontuada apenas para as mulheres, também para os homens, alicerçado no princípio da igualdade³⁸².

No mais, a guisa de conclusão sobre o tema, pode-se apontar que o TST, a partir do que pontua nesses julgados a respeito do poder empregatício, posiciona-se no sentido de que este engloba o de fiscalizar (ou poder de controle), entendido este como o conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno³⁸³, aí compreendido o controle de portaria, as revistas, o circuito interno de televisão, o controle de horário/frequência, entre outros, no que sua interpretação vai na contramão da legislação expressa de alguns países europeus que já enfrentaram a matéria³⁸⁴.

Não se diga, entretanto, que os acórdãos não reconhecem limites, todavia sua sustentação vai pouco além de um argumento cosmético, diante do caráter central que o poder diretivo assume na imensa maioria de seus julgados. De qualquer sorte, na fundamentação de diversas decisões consta que há limitações ao poder de fiscalização empresarial, uma vez ser inquestionável que a Carta Constitucional de 1988 rejeitou condutas de fiscalização que agridam a liberdade e a dignidade básicas da pessoa física do empregado, as quais se chocam, frontalmente, com os princípios constitucionais tendentes a assegurar um Estado Democrático de Direito (preâmbulo da CF/88) e outras regras impositivas inseridas na Constituição, tais como a da "inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade" (art. 5º, caput), a de que "ninguém será submetido (...) a tratamento desumano e

³⁸² Este entendimento tem apoio em vários julgados. Segundo o ministro Alberto Bresciani, da 3ª Turma, embora o dispositivo da CLT seja dirigido às mulheres, é passível de aplicação aos empregados em geral, em razão do princípio da igualdade assegurado pela Constituição. Voto a respeito foi dado no Recurso de Revista 630/2005-058-15-00.2: “*A revista deve ser discreta, com urbanidade e civilidade, sem expor o empregado a outros empregados ou ao público. Jamais poderá acontecer o despir de roupas ou mostrar partes íntimas do corpo e do vestuário. Homens revistam homens, mulheres revistam mulheres*”.

³⁸³ E aqui vale reforçar que a diferenciação anteriormente apontada entre controle e vigilância (Marín Alonso, *El poder de control...*, op. cit.), emprestando àquela uma maior amplitude, também é seguida pelo TST.

³⁸⁴ Itália e Portugal, países com grande influência sobre a legislação trabalhista brasileira (em especial a Itália) adotam legislação trabalhista bem menos permissiva em relação aos mecanismos de vigilância usados pelos empregadores na relação de trabalho em detrimento de direitos fundamentais dos trabalhadores.

degradante" (art. 5º, III) e a regra geral que declara "invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (art. 5º, X, CF/88). Pelo que se vê, ao menos no plano teórico, fica reconhecido que os direitos fundamentais dos obreiros limitam o exercício da livre iniciativa em sua feição de poder de direção/fiscalização.

Entretanto, se, por um lado, a menção aos direitos fundamentais parece criar no imaginário do intérprete uma fronteira ao exercício das funções de fiscalização, colocando em aparente ilegalidade medidas que venham cercear a liberdade e a dignidade do empregado³⁸⁵, por outro, a prática, em que comumente se diz, sem qualquer fundamentação, que a medida não gerou lesão ao direito fundamental (como no caso da revista em bolsas que não seja diária, em relação à intimidade ou, como se verá adiante, em relação ao correio eletrônico corporativo), revela que a balança se inverte na Justiça Laboral brasileira quando em comparação com a doutrina constitucional espanhola e sua doutrina da estrita necessidade. Tal conclusão pode ser percebida quando se defronta com julgados destas distintas origens, já que enquanto nas sentenças das Salas do Social espanholas se diz que o direito fundamental não é absoluto (assumindo assim um papel central e de proeminência sobre as faculdades inerentes à liberdade de empresa), sendo passível de restrições, quando estritamente necessário, o usual, nos julgados no TST que envolvem lesões a direitos fundamentais, é aduzir-se que o poder diretivo não é dotado de caráter absoluto³⁸⁶, havendo princípios ou direitos limitadores da atuação do controle empregatício, donde se pode inferir, ao menos na visão da mais alta corte laboral brasileira, a preponderância dos ditames contratuais e patrimoniais em detrimento dos direitos fundamentais inespecíficos do trabalhador.

³⁸⁵ Entre outros, o Processo: RR - 506900-08.2005.5.09.0513, Data de Julgamento: 07/12/2010, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma

³⁸⁶ Jargão utilizado em quase todos os acórdãos verificados, independentemente da revista ter sido ou não admitida como lícita. Veja-se, a título de exemplo, três processos sob a relatoria do Ministro Mauricio Godinho Delgado, da 6ª Turma do TST. Nelas, sob o mesmo pilar de que o poder diretivo do empresário não é absoluto, o TST considerou ilícita a revista íntima nos processos RR - 407900-90.2008.5.09.0008, publicado no DEJT 21/10/2011 e RR - 154700-23.2006.5.09.0009, publicado no DEJT 02/12/2011. e não abusiva (logo, dentro do âmbito do poder diretivo) as revistas examinadas nos processos RR - 56300-58.2007.5.15.0045, publicado no DEJT 30/09/2011.

4.2.2. Algumas conclusões sobre o STF e a análise constitucional a respeito dos limites quanto ao exercício das faculdades de controle do empregador

A livre iniciativa, enquanto direito constitucional que sustenta o poder diretivo do empregador, apresenta um tratamento pelo STF bastante heterogêneo. Se considerarmos, na zona de interseção com a atividade laboral, que são faculdades inerentes ao seu exercício a liberdade de organização do empreendimento³⁸⁷ e desenvolvimento dos recursos produtivos; regulação das condições de trabalho e, por fim, a liberdade de fiscalização do exercício das atividades laborais, veríamos que em relação às duas primeiras, o STF tem uma jurisprudência mais sedimentada, ao passo que as faculdades fiscalizatórias, especialmente relevantes quando se estuda o controle dos correios eletrônicos pelo empregador, são objeto de rara apreciação, não havendo casuística quantitativamente relevante que permita ao intérprete afirmar a existência de uma doutrina consolidada a respeito da matéria³⁸⁸. Assim, no que se refere às faculdades organizativas do empreendedor, o STF reconhece que não se trata de um direito absoluto e lhe impõe as limitações previstas pela Constituição e aquelas outras autorizadas pelo texto constitucional.

Textualmente, já se manifestou o STF nesse sentido, ao aduzir que “*a livre iniciativa não é sinônimo de liberdade econômica absoluta (...). O que ocorre é que o princípio da livre iniciativa, inserido no caput do art. 170 da CF, nada mais é do que uma cláusula geral cujo conteúdo é preenchido pelos incisos do mesmo artigo. Esses princípios claramente definem a liberdade de iniciativa não como uma liberdade anárquica, porém social, e que pode, conseqüentemente, ser limitada.*” (AC 1.657-MC/RJ, de 31 de agosto de 2007).

Em linha convergente, Da Silva³⁸⁹, ao falar dos fundamentos da ordem econômica trata dos princípios fundamentais, que servem para orientar e limitar as atuações do Estado e da iniciativa privada na economia do país. Seriam eles a livre-iniciativa e a valorização do trabalho. Contudo, a despeito de serem objetivos a serem alcançados pelo Estado Brasileiro e condicionante de toda a atividade do Poder Público,

³⁸⁷ Quando o potencial empresário estuda as possibilidades de mercado, organiza a atividade que poderá vir a ser explorada, observando os limites impostos pelo ordenamento jurídico. Vide item 2.2 deste capítulo.

³⁸⁸ Fatores como disciplina judiciária, morosidade do STF na apreciação do volume gigantesco de processos que assolam a Corte Constitucional brasileira, a pouca cultura de se levar a demanda trabalhista para análise de suas questões constitucionais e a dificuldade de subida dos recursos extraordinários em matéria trabalhista (súmulas 279 e 454 do STF) são os principais fatores geradores de uma jurisprudência por demais esparsa da Corte Constitucional brasileira derredor do poder diretivo do empregador.

³⁸⁹ Da Silva, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 17ª Edição, São Paulo, Melhoramentos, 2000.

como qualquer outro princípio constitucional eles estariam sujeitos à ponderação para neutralizar ou atenuar a colisão com outras normas constitucionais. Assim, não sendo nenhum princípio absoluto, o princípio da livre iniciativa como os demais deve ser ponderado com outros interesses e fins públicos previstos no próprio texto da constituição. Apenas deve-se estar atento para o fato de, por constituir princípio fundamental, ele não pode ser completamente esvaziado, ainda que se condicione à atividade reguladora do Estado voltada a neutralizar ou reduzir distorções que podem ser provocadas pelo próprio funcionamento do mercado, nos casos de abuso da liberdade de iniciativa e para aprimoramento das condições de funcionamento do mercado.

Assim, cabe ao Estado exercer seu poder disciplinador e punitivo para repelir distorções de mercado produzidas pelo direito à livre-iniciativa, sendo legítima e legal a sua atuação para fiscalizar, estimular e planejar, limitando-se a sua atuação apenas a não suprimir completamente a livre iniciativa ou esvaziar seu núcleo essencial. É autorizada, então, em certos casos, a retração do espaço de liberdade de iniciativa privada quando o Estado visa disciplinar a atividade econômica, em nome de outros princípios constitucionais que também devem ser preservados.

Um exemplo interessante e rotineiro na jurisprudência do STF que reflete o caráter relativo do direito à livre iniciativa, e com reflexos evidentes na definição da jornada de trabalho de determinada categoria, se deu em caso em que uma empresa questionava lei municipal que estabelecia teto de horário de funcionamento do comércio local. Sobre o tema, o STF admitiu a restrição municipal, sob o fundamento de que *"a fixação de horário de funcionamento de estabelecimento comercial é matéria de competência municipal, considerando improcedentes as alegações de ofensa aos princípios constitucionais da isonomia, da livre iniciativa, da livre concorrência, da liberdade de trabalho, da busca do pleno emprego e da proteção ao consumidor"* (AI 481.886-AgR, de 1º de abril de 2005).³⁹⁰

Esse julgado traduz o pensamento da Corte de que a existência da livre iniciativa no texto constitucional *"não legitima (...) a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o*

³⁹⁰ No mesmo sentido: RE 199.520, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 19-5-1998, Segunda Turma, DJ de 16-10-1998.

Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da 'iniciativa do Estado'; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa" (ADI 1.950, de 02 de junho de 2006)³⁹¹.

Só que as limitações vão além da perspectiva organizativa pré-contratual. Também a direção do empreendimento, em sua vertente regulamentar e até o próprio negócio jurídico eventualmente, ainda que em julgados mais antigos (anteriores ao advento das súmulas 292 e 454 que limitam o conhecimento da matéria trabalhista) sofrem mitigação. Nesse sentido, contestando regra prevista em contrato de trabalho, o STF já se manifestou, na tutela do art. 7º, VI, da Constituição Federal que "*o salário-produção, como outras modalidades de salário-prêmio, é devido, desde que verificada a condição a que estiver subordinado, e não pode ser suprimido unilateralmente, pelo empregador, quando pago com habitualidade.*" (súmula 209³⁹²).

Em outros casos, ainda depois do advento da Constituição de 1988 (o que demonstra que a limitação prevista na súmula 454 não é sempre vista como absoluta), o STF, no escopo de evitar a discriminação na relação de emprego em desfavor da mulher (art. 7º, I e XX e art. 10, II, b, ADCT³⁹³), estabelece consequências de ordem econômica para o exercício pelo empregador do seu poder diretivo, a exemplo da estruturação de cargos. Neste feito, em que a obreira buscava a garantia de estabilidade no emprego ou contrapartida pecuniária mesmo diante da extinção do cargo que exercia, o Supremo, restringindo o poder diretivo, em observância a um direito fundamental, impôs à empresa o respeito à obrigação constitucionalmente prevista, apenas mantendo a possibilidade desta ser adimplida de forma alternativa:

³⁹¹ No mesmo sentido: ADI 3.512, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-2-2006, Plenário, DJ de 23-6-2006. Vale, outrossim, o registro de que no artigo 1º, mencionado no acórdão figura que a dignidade da pessoa humana configura fundamento da República Federativa do Brasil.

³⁹² O *leading case* é da década de 60, porém mesmo com o advento da constituição de 1988, não ocorreu o cancelamento da súmula.

³⁹³ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

(...)

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

(...)

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

(...)

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Estabilidade provisória decorrente da gravidez (CF, art. 7º, I; ADCT, art. 10, II, b). Extinção do cargo, assegurando-se à ocupante, que detinha estabilidade provisória decorrente da gravidez, as vantagens financeiras pelo período constitucional da estabilidade. (RMS 21.328, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 11-12-2001, Segunda Turma, DJ de 3-5-2002).

Na mesma linha, em decisão que data da década de 60 do século passado, transformada na súmula 217 (mantida após a CF/88), o STF garantiu, a partir de sua interpretação do art. 7º, XXIV³⁹⁴, o direito do aposentado que recupera a capacidade de trabalho dentro de cinco anos retornar ao emprego, no que restringe a faculdade do empregador de contratar e despedir funcionários³⁹⁵.

No que se refere, todavia, aos poderes fiscalizatório, que a livre iniciativa faculta ao empresário por meio do poder diretivo, escassos são os julgamentos no STF, a partir das razões já declinadas, de modo que lesões à intimidade, à imagem, à liberdade religiosa, à liberdade de expressão e ao sigilo de correspondência no ambiente de trabalho, entre outros, quando decorrentes de excessos fiscalizatórios pela empresa, terminam por se constituir em questões cujas teses constitucionais deveriam ser pacificadas pelo Supremo Tribunal Federal, mas que, todavia, por derivarem dos contratos de trabalho, acabam, na imensa maioria das vezes, não sendo apreciadas. Isto torna definitivo o entendimento restritivo do TST quanto ao conflito entre os direitos fundamentais dos trabalhadores e os poderes empresariais que, como já dito, assumem a centralidade do debate.

Daí que as conclusões a respeito dos limites constitucionais que o STF impõe às faculdades de controle/fiscalização hão de ser construídas a partir da jurisprudência consolidada sobre as faculdades de organização e regulação do negócio e levando em conta os posicionamentos isolados, decisões monocráticas de mérito e até decisões que negam seguimento a recurso extraordinário, já indicados nos tópicos anteriores deste estudo e quando da análise da doutrina do STF sobre os efeitos do contrato de trabalho em relação aos direitos fundamentais dos trabalhadores (no capítulo 2) para uma análise mais sistematizada do poder de fiscalização.

³⁹⁴ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXIV - aposentadoria;

³⁹⁵ "Tem direito de retornar ao emprego, ou ser indenizado em caso de recusa do empregador, o aposentado que recupera a capacidade de trabalho dentro de cinco anos, a contar da aposentadoria, que se torna definitiva após esse prazo." (súmula 217).

Assim, no escopo de construir um embrião do que seria o pensamento do STF, como pontua o Ministro Joaquim Barbosa, em acórdão já referido anteriormente, o primeiro limite reconhecido pela jurisprudência constitucional ao poder diretivo do empregador, está garantido de forma inequívoca na Constituição Federal, em seus art. 1º, inc. III e art. 170, caput, preservando-se acima de tudo o respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador e o reconhecimento dos direitos do empregado enquanto homem. Tal assertiva é repetida em vários julgados, desde aqueles que enfrentam as faculdades organizativas, passando pelos raros que enfocam os poderes fiscalizatórios. Daí que se pode concluir ser a dignidade da pessoa humana um limite ao exercício da fiscalização empresarial no ambiente de trabalho.

Outro aspecto que pode ser destacado como norte da jurisprudência constitucional consiste no fato de que o STF indicou repetidamente que o limite básico e intransponível ao poder diretivo são os direitos fundamentais de qualquer ser humano, como o direito à vida, à liberdade, à intimidade e à igualdade.

Por conseguinte, levando em conta que boa parte destas matérias ainda não foram apreciadas pelo Supremo, seria plausível, baseado nessas premissas, considerar a possibilidade de que a prática de controle/fiscalização que venha a atentar a estes e outros valores constitucionalmente tutelados com status de direito fundamental possa vir a ser tida pelo STF como ilegítima.

Todavia, é forçoso reconhecer que, neste ponto, o raciocínio precisa se apoiar em certo ceticismo, posto que em um dos poucos casos em que o STF analisou a constitucionalidade de revista íntima de empregadas de uma empresa do setor de lingerie, o anteriormente estudado Agravo Regimental interposto de decisão monocrática prolatada no RE 160.222³⁹⁶, o STF considerou “rotineira” a revista no referido setor de produção, de forma que só deveria ser repelida se “deprimente” ou “afrontosa ou agressiva à dignidade pessoal”. Ou seja, dito em outras palavras, quando voltada para a proteção do patrimônio da empresa, só a revista aos corpos e pertences dos trabalhadores que, na leitura dos Ministros do STF, fosse considerada vexatória³⁹⁷ ou proporcionalmente abusiva, lesionaria a intimidade dos obreiros, no que a doutrina da própria Corte Constitucional em matéria trabalhista se aparta da leitura

³⁹⁶ Vide item 5.3.3.1. do capítulo 2 deste trabalho.

³⁹⁷ De acordo com o dicionário Aurélio (Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1993), vexatória é a atitude que provoca vexame, embaraço, vergonha, afronta, de forma que o TST se propõe a pautar seu juízo de valor em padrões altamente subjetivos, indicando o que causaria tais sentimentos em cada trabalhador.

ordinariamente concebida ao direito à intimidade/vida privada, como um espaço reservado em relação a terceiros³⁹⁸. Ademais, enquanto limite ao exercício das faculdades derivadas do poder diretivo (livre iniciativa), a leitura que se faz do princípio da dignidade humana é bastante tímida.

Assim, não há como negar que o STF, nas raras vezes em que enfrenta o tema, ainda que teorize no sentido de que a modulação de direitos constitucionais no ambiente de trabalho é uma via de mão dupla, em que os direitos fundamentais estão limitados a partir do ingresso do obreiro na atividade laboral, assim como as faculdades de fiscalização estão matizadas em virtude dos direitos fundamentais dos trabalhadores, na prática tem revelado posição muito próxima da adotada usualmente pelo TST, em visão patrimonialista que favorece o poder empresarial,³⁹⁹.

Assim, a modo de conclusão, traçando um paralelo entre os sistemas do Brasil e da Espanha, pode-se afirmar que a jurisprudência do STF brasileiro e do TC espanhol (mesmo a partir da STC 241/2012) não reconhecem na liberdade de empresa e na livre iniciativa um status de direito fundamental quando do conflito com os direitos fundamentais dos trabalhadores. Sem embargo, enquanto na Espanha se evidencia uma posição proeminente dos direitos fundamentais em relação ao poder empresarial, da qual decorre uma jurisprudência assentada na modulação dos direitos fundamentais inespecíficos dos trabalhadores apenas naquilo que seja estritamente necessário, observa-se no Brasil que a livre iniciativa assume um caráter central quando conflita com as liberdades fundamentais dos trabalhadores. Assim, prevalecem as restrições impostas pela empresa sempre que são, tácita ou expressamente, objeto do contrato de

³⁹⁸ O Ministro Celso de Mello, do STF, por exemplo, tratando do direito à intimidade, na ação cautelar 33-MC/PR, que versava sobre um caso de quebra de sigilo de bancário, aduziu a esse respeito: “*Tenho insistentemente salientado, em decisões várias que já proferi nesta Suprema Corte, que a tutela jurídica da intimidade (e, também, da privacidade) constitui - qualquer que seja a dimensão em que se projete - uma das expressões mais significativas em que se pluralizam os direitos da personalidade. Trata-se de valor constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, X), cuja proteção normativa busca erigir e reservar, sempre em favor do indivíduo - e contra a ação expansiva do arbítrio do Poder Público (o argumento vale igualmente para os poderes privados) - uma esfera de autonomia intangível e indevassável pela atividade desenvolvida pelo aparelho de Estado*”. Este entendimento, como dito pelo Ministro Celso de Mello, reiteradamente aduzido, que considera tratar-se a intimidade de um espaço reservado em favor do indivíduo, não tem sido adotado quando da análise das revistas íntimas no ambiente de trabalho, havendo-se imposto, ao contrário, um conceito de intimidade que a equipara à dignidade humana, de forma que somente estaria lesada quando a medida restritiva não resguarde “*os atributos da dignidade humana*” (AgR AI 220.459-2/RJ à decisão monocrática proferida no RE 160.222/RJ).

³⁹⁹ Em certa medida, esta centralidade do poder empresarial no STF também se revela pela opção da jurisprudência constitucional de adotar um entendimento tão restrito para a admissão de recursos em matéria trabalhista, o que termina por tornar definitiva a interpretação do TST que amesquinha os direitos fundamentais dos trabalhadores nas relações de trabalho.

trabalho, salvo quando atentem contra os direitos à igualdade ou à dignidade humana dos empregados, sendo este último interpretado de maneira bastante restritiva.

CAPÍTULO 4 - O CORREIO ELETRÔNICO ENQUANTO INSTRUMENTO TUTELADO PELO DIREITO AO SEGREDO DAS COMUNICAÇÕES NO MARCO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

1. A origem do direito ao segredo das comunicações. Sua violação como instrumento de poder. Breves considerações sobre a sociedade disciplinar de Foucault

A violação ao segredo da correspondência tem uma origem bem remota, quase tão antiga quanto a própria história dos serviços de comunicação⁴⁰⁰, em particular a postal, que, em sua gênese na Europa, era voltada para atender às necessidades dos soberanos, dos senhores e dos prelados, cabendo ao restante da população assegurar-se por sua própria conta, da transmissão de seus envios.

É sabido, e a história humana é testemunha, que o conhecimento do teor do pensamento alheio - e as comunicações são uma forma de expressão do pensamento por excelência -, sempre foi um fortíssimo instrumento de conquista e de poder⁴⁰¹. Michel Foucault⁴⁰², comentando a obra de Jeremy Bentham (Panóptico), discorre com muita propriedade ao tratar da “Sociedade Disciplinar”, implantada a partir dos séculos XVII e XVIII, que consistia basicamente num sistema de controle social através da conjugação de várias técnicas de classificação, de seleção, de vigilância, de controle, que se ramificam pelas sociedades a partir de uma cadeia hierárquica vindo do poder central e se multiplicando numa rede de poderes interligados

⁴⁰⁰ Como antecedentes do correio postal, a primeira menção à transmissão de mensagens tem origem na Grécia antiga, em 190 a.C., quando um general da cidade de Atenas enviou um mensageiro para comunicar aos atenienses a vitória de seu exército sobre os Persas. É justamente daí que se origina a palavra "correio" do original: correr. Diz a história que o mensageiro de Atenas correu aproximadamente 39 quilômetros para levar a mensagem, mas morreu de exaustão e apenas balbuciou "Vitória" antes de cair morto. Há registros, do século XV a.C., de redes postais entre egípcios e babilônicos, transmitidas por meio de tábuas de argila. É também dos egípcios que vem o registro do primeiro sistema de correio. O historiador Xenofonte escreveu: *"Considerando o trajeto que um cavalo pode normalmente percorrer em 24 horas, Ataxerxes II mandou construir ao longo das estradas vários postos a igual distância um do outro, colocando neles homens e cavalos. Em cada posto havia uma pessoa de confiança que recebia a carta trazida pelo correio, cuidava dos cavalos e dava assistência aos mensageiros cansados ou doentes."* Já os romanos, para registrarem suas mensagens, utilizavam tábuas cobertas com cera quente (os "tabularis") ou pergaminhos e papiros. Essas informações eram trocadas continuamente entre Roma, seus exércitos e funcionários espalhados nos vastos territórios conquistados. No entanto, com a queda do Império Romano os correios praticamente desapareceram.

⁴⁰¹ Na França, por exemplo, até o século XVIII, existiam, por criação do Rei Luis XIII e do Cardeal Richilieu, oficinas habilitadas para investigar e controlar de forma sistemática a correspondência, chamadas *cabinet noir*, locais em que eram violentamente abertas e seus conteúdos devassados, sempre com o propósito de impedir ou tentar-se impedir a deflagração de movimentos e manifestações contrários ao *status quo*, punindo-se seus idealizadores. Essas cabines negras foram suprimidas com o advento de decreto de 1790, da Assembleia Nacional Francesa, que proclamou o princípio da inviolabilidade da correspondência.

⁴⁰² *Vigiar e punir*, Editora Vozes, Petrópolis, 2004.

e capilares. O ser humano seria, então, selecionado e catalogado individualmente, não no sentido de valorizar suas particularidades que o fazem um ser único, “*um mamífero com um grande cérebro*”, como disse Huxley⁴⁰³, mas para melhor controlá-lo. O sentido é dissecar o corpo social, transformar esta massa amorfa em micro seções individuais, para conhecer e controlar. O objetivo é transformar o ser social de sujeito do discurso (Habermasiano) em objeto deste discurso. O Poder nesse sentido é exercido de forma celular. Pois como diz Foucault, “*o saber acarreta efeitos de poder*”⁴⁰⁴. E quem tem o poder é capaz de controlar os parâmetros da verdade, capacidade que, por sua vez, é fonte de poder.

De maneira que, vencido o antigo regime, por intermédio de um processo revolucionário, o princípio da violação ao segredo de correspondência foi incorporado pela Assembleia Nacional Francesa em 1790, surgindo nesse novo diapasão marcadamente liberal, pautados nos ideais de liberdade e segurança jurídica. A partir do reconhecimento deste direito em finais do século XVIII, diversos países apresentaram declarações “*tendientes a conjurar las amenazas de violación del secreto de la correspondencia, tanto por parte del poder central como del local*”⁴⁰⁵.

Na Espanha, o direito ao segredo das comunicações se incorporou ao texto constitucional somente através da Carta de 1869 (art. 7º), fazendo parte de sua história constitucional a partir de então⁴⁰⁶, estando hoje reconhecido constitucionalmente através do art. 18, apartado 3º. No Brasil, país com pouco mais de 500 anos de história, entretanto, a proteção constitucional ao direito ao segredo de correspondência se iniciou anteriormente, com a Carta Constitucional do Brasil império de 1824⁴⁰⁷, e se mantém, ainda hoje, ampliado em seu alcance, com a Carta republicana e democrática de 1988.

⁴⁰³ *Admirável Mundo Novo*, Editora Globo, São Paulo, 2007.

⁴⁰⁴ Foucault, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução Roberto Machado. 24. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2007, p. 80.

⁴⁰⁵ Fernandez Garcia, JJ. “Inviolabilidad y secreto de la correspondencia”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 39, 1983 apud Alonso, Inmaculada Marín. *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

⁴⁰⁶ Depois da Carta Constitucional de 1869, a garantia de segredo em moldes semelhantes aos atuais já estava proposto no art. 7º da Constituição de 1876 e art. 32 do texto constitucional de 1931. Maiores detalhamentos sobre as distinções verificadas na proteção ao longo da história espanhola de proteção ao direito serão ofertados no item 5.2.1 deste capítulo que trata da resolução judicial restritiva ao direito.

⁴⁰⁷ A Constituição Política do Império do Brasil, de 24 de março de 1824, não só garantia o sigilo – segredo – das cartas (em respeito à liberdade, segurança individual e propriedade) e o assegurava exclusivamente aos cidadãos brasileiros, como também responsabilizava o Correio brasileiro por sua eventual violação.

Por se tratar de um direito alçado ao patamar constitucional desde o século XIX em ambos os países, a proteção ao segredo das comunicações teria tudo para ser uma matéria sedimentada e exaurida em suas mais diversas vertentes pelos Tribunais Constitucionais brasileiro e espanhol. Todavia, a sede de poder não é uma peculiaridade de nenhum período histórico em particular. E tem tentáculos que se estendem por todas as relações sociais. Nesse sentido, sem que tivesse necessariamente saído de cena nos últimos dois séculos, o direito ao segredo das comunicações volta à ordem do dia renovado com a chegada à era tecnológica. A informação, sempre relevante ao longo dos tempos, transformou-se na “Sociedade pós-industrial” (ou sociedade da informação) em uma matéria prima muito importante, geradora de um produto final extremamente valioso: o conhecimento. Este, diferente de outros bens, não se esgota com o consumo e tem uma capacidade ainda não dimensionada de expansão⁴⁰⁸.

Nesse sentido, a possibilidade de obter dados de informação, através dos meios eletrônicos (a chamada comunicação telemática), a respeito da qual já foram traçadas linhas gerais anteriormente neste estudo, tem proporcionado ao direito ao segredo das comunicações algumas leituras e interpretações que podem ser consideradas complementares.

Por um lado, há na doutrina uma preocupação justificada no sentido de que “*el desarrollo de nuevas tecnologías de comunicación a distancia amenaza con incidir en la propia definición de lo que tradicionalmente se ha venido entendiendo que los términos secreto y comunicaciones significan en el contexto del derecho*”⁴⁰⁹. De outro lado, há quem enfatize que nas sociedades pós-industriais há uma extraordinária facilidade tecnológica para a interceptação de todo tipo de comunicações⁴¹⁰.

Ambas as ponderações são válidas e se justificam. É correto dizer que os avanços tecnológicos efetivamente ampliaram demasiadamente o conceito originariamente pensado de comunicação⁴¹¹, a ponto de, na esfera laboral, por exemplo,

⁴⁰⁸ Sobre a importância da informação na sociedade pósindustrial leia-se Fernández Rodríguez, José Julio (*Secreto e intervención de las comunicaciones ...*, op. cit), Álvarez-Cienfuegos Suarez, José María. “*La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática*”, Aranzadi, Pamplona, 1999, Juan Cebrian, Luis (*La red*, Taurus, Madrid, 1998), Wolton, Dominique (*¿internet y después?*, Gedisa, Barcelona, 2000).

⁴⁰⁹ Rodríguez Ruiz, Blanca. *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. McGraw – Hill, Madrid, 1998. XV.

⁴¹⁰ Marín Alonso, Inmaculada. (*El poder de control...*, p. 22). No mesmo sentido, Rodríguez Ruiz, Blanca (*El secreto...*, XVI)

⁴¹¹ Sobre essa ampliação e modernização incontestável dos meios de comunicação, fruto da revolução tecnológica, premonitória a ponderação de Diaz Muller, Luis T. (“tecnología y derecho a la intimidad:

haver atividades produtivas e comerciais que consistem basicamente em comunicação, que de meio, em alguns casos, tornou-se o produto final, como se ocorrer com o telemarketing, as agências virtuais, o teletrabalho, os operadores de websites, dentre outras. Por seu turno, a capacidade dos meios atuais de interceptação de comunicações, em especial no campo virtual, beira o infinito.

Nesse quadro de coisas, reconhecida a premissa inaugural de que informação é poder, necessário um estudo detalhado sobre esse direito fundamental de inegável relevância na sociedade atual e objeto central do presente estudo.

2. Proteção constitucional e internacional do direito ao segredo das comunicações. Breve análise de direito comparado. Aproximações entre os textos constitucionais do Brasil e da Espanha

O direito ao segredo das comunicações, seja sob essa denominação, seja sob a forma de sigilo de correspondência ou expressão equivalente encontra-se protegido em uma série de normas supranacionais e nacionais, sendo bastante comum a sua inserção em textos constitucionais.

Reflexo de um período em que a expressão correspondência tinha um sentido unívoco, equivalendo à comunicação enviada através do serviço postal, observa-se, no plano supraestatal, a proteção do direito através de tratados e convenções internacionais, nos quais invariavelmente apenas este é o veículo de comunicação garantido.

A Organização das Nações Unidas (ONU), através da Declaração Universal dos Direitos Humanos de dezembro de 1948 estabelece em seu art. 12 que *“ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou a sua reputação. Toda a pessoa tem direito a proteção da lei contra tais ingerências ou ataques”*.

O Conselho da Europa por intermédio da Convenção Europeia de Direitos Humanos que a nível europeu marcou a pauta de importantes futuras

nuevos desafíos jurídicos”, *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, n. 90, 1997, p. 1000), apud Fernandez Rodriguez, Jose Julio. *“Secreto e intervención de las comunicaciones en internet”*. Civitas Ediciones, S. L., 2004, p. 43, segundo o qual esses avanços não são necessariamente vantajosos. Para este autor, a tecnologia não é neutra, possuindo um caráter ambivalente, dado que pode ser utilizado em benefício ou em prejuízo da humanidade. Em igual sentido, Rebollo Delgado, Lucrecio (“El secreto de las comunicaciones: problemas actuales”, *in Revista de Derecho Político*, n. 48/49, Madrid, 2000, p. 354), que enfatiza que as novas tecnologias por mais que queiramos estudá-las a partir de distintas óticas têm um caminho unívoco na perspectiva jurídica: todas hão de partir da(s) pessoa(s) e a relação entre elas como elemento básico de sua análise, sob pena de, por mais racionais que sejam, não terem qualquer aplicação prática, não contribuindo para resolução das problemáticas que sua existência e uso originam.

convenções, em seu art. 8º, apartados 1º e 2º, dispõe que *“toda a pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, de seu domicílio e de sua correspondência. Não poderá haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito, salvo quando esta estiver prevista em lei e constitua uma medida que, em uma sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, a segurança pública, o bem estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção a infrações penais, a proteção à saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e liberdades dos demais”*⁴¹². Como se vê, este texto agrega à previsão do direito a necessidade de prévia previsão legal a respeito das situações que imponham limites ao exercício da garantia.

No mesmo sentido de proteção ao segredo das comunicações, porém sem tratar dos limites ao seu exercício, o art. 7º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, aborda o tema quando trata do respeito à vida privada e familiar⁴¹³.

Em 1966, este direito foi incluído no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, cujo art. 17 reza que *“ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua vida familiar, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques ilegais a sua honra e reputação. 2. Toda a pessoa tem direito a proteção da lei contra essas ingerências ou esses ataques”*.

No continente americano, igualmente pactos e convenções consagraram o direito ao sigilo de correspondência. Na Organização dos Estados Americanos (OEA) através da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, o art. 10 pontua que *“toda a pessoa tem direito a inviolabilidade e circulação de sua correspondência”*. A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida pelo nome de “Pacto de São José da Costa Rica”, em seu art. 11 traz o direito declarado nos seguintes termos: *“Artigo 11- Proteção da honra e da dignidade (...) 2- Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ataques ilegais a sua honra e reputação. 3- Toda pessoa tem direito a proteção da lei contra essas ingerências ou esses ataques.”*

⁴¹² Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar. 1 Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2 No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

⁴¹³ Art. 7. Respeto de la vida privada y familiar. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.

É certo que estas normas de carácter supraestatal terminaram por refletir nos ordenamentos jurídicos dos países que as ratificaram. Todavia, a despeito de se tratar de um direito de previsão quase universal, reduzido ao texto constitucional das mais diversas democracias espalhadas pelo globo, é possível detectar que a ação do tempo e a descoberta de novos meios de comunicação, em especial os telemáticos, geraram certa heterogenia no trato do instituto, que tanto pode ser percebida na descrição das constituições quanto ao seu âmbito de cobertura, quanto em torno dos requisitos formais admitidos para que uma limitação ao direito seja reconhecida como legítima.

No que tange ao âmbito conceitual, estas distinções podem ser assim classificadas:

- i) Em relação à *autonomia do direito ao segredo das comunicações (ou sigilo de correspondência)* em relação ao direito à intimidade.
- ii) Quanto ao *objeto protegido pela garantia* (ora se fala comunicações em geral em outros textos o tratamento é mais restrito às correspondências postais).

Outro aspecto em que os textos constitucionais discrepam em sua formulação gira em torno dos requisitos formais que devem ser observados para que uma limitação ao direito ao segredo das comunicações (ou sigilo de correspondência) possa ser considerada legítima. Essas limitações aqui referidas, para fins didáticos, podem ser assim dispostas:

- i) Em relação ao *papel do legislador no estabelecimento de restrições ao direito*.
- ii) No que se refere à *necessidade de prévia ordem proveniente do Poder Judiciário e sua capacidade de interferir no direito*, traçando limites ao exercício do direito quando cumpridos os requisitos estipulados na ordem jurídica de cada país.

2.1. Sobre o âmbito conceitual do direito

No tocante à autonomia do direito ao segredo das comunicações e sua relação com o direito à intimidade (tema que será detalhado neste estudo adiante com

enfoque nas perspectivas dos ordenamentos jurídicos espanhol e brasileiro) há que se reconhecer que este atributo é garantido em alguns ordenamentos, sendo negado em outros em que o segredo das comunicações apresenta um caráter acessório, com vinculação direta ao direito à intimidade/privacidade, pelo que somente as comunicações de caráter íntimo teriam a proteção salvaguardada.

De fato, não se pode olvidar que os diferentes ordenamentos jurídicos apontam para uma relação ora mais próxima, ora mais distante entre o direito à intimidade e o direito ao segredo de comunicações. Algumas normas, como exemplificam as que integram o direito norte americano e aqueles que por ele foram mais diretamente influenciados⁴¹⁴, vinculam o direito ao segredo das comunicações às noções ora de intimidade, ora de privacidade⁴¹⁵, pelo que aquele direito não aparece reconhecido como direito independente, mas como mais um aspecto da intimidade/privacidade⁴¹⁶. Outros textos normativos, sob a influência das Constituições da quase totalidade dos países europeus, ainda que não rejeitem peremptoriamente uma aproximação com o direito à intimidade, veem no direito ao segredo das comunicações um direito autônomo.

⁴¹⁴ No Brasil, inexplicavelmente, ainda que no plano normativo a matéria seja tratada de maneira bastante distinta (as referências do nosso texto constitucional na matéria se reportam muito mais aos modelos da península ibérica, em especial o português), não é infrequente o uso de precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos para justificar entendimentos que, além de restritivos, aproximam, além do que faz a Constituição brasileira, os direitos à intimidade e sigilo de correspondência.

⁴¹⁵ As noções de intimidade e privacidade são distintas, porém há uma tendência para utilização preferencial da expressão privacidade nas normas do direito norte-americano. Para Rodriguez Ruiz (*El secreto...*, pp. 8/9), a noção americana de *privacy* faz claramente alusão a zonas de retiro e de segredo, enquanto que a espanhola de intimidade se refere, com menos precisão... a zonas mais espirituais ou internas da pessoa. (...) Enquanto direito, o TC entende intimidade como sinônimo de vida privada e *privacy*, sendo utilizadas indistintamente estas expressões ou, ainda, privacidade, a despeito de haver várias vozes na doutrina contrárias a este uso indiscriminado. Na doutrina e na jurisprudência brasileiras, por seu turno, a diferença entre intimidade e privacidade pode ser sintetizada no fato de que a primeira pertence a um círculo mais restrito do que a última. A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance da sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros, como na família, no trabalho, no lazer comum. Noutro passo é a privacidade, que pode envolver situações de opção pessoal (como a escolha do regime de bens no casamento), mas que, em certos momentos, podem requerer a comunicação a terceiros, como, por exemplo, na aquisição de um imóvel (Sampaio Ferraz, Tércio. “Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado”. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 1993). Em recente julgado, sobre esta distinção, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, discorreu que a privacidade “é a pessoa se relacionando com seus amigos, com seus parentes. Ao passo que a intimidade é a pessoa consigo mesma, sozinha. Exemplo: alguém escrevendo um diário – está no uso da sua intimidade” (STF – Tribunal Pleno - RE 418.416-8 – Rel. Min. Sepúlveda).

⁴¹⁶ Rodriguez Ruiz (“*El secreto...*”, op. cit. pp. 21/22), quanto a este ponto, enfatiza que essa vinculação faz com que o segredo das comunicações no direito norte americano padeça das mesmas incertezas e inconvenientes da definição do direito à intimidade, algo que se reflete em cada aspecto de sua aplicação prática, aspecto apenas minimizado no plano infraconstitucional onde o segredo das comunicações é reconhecido como direito específico.

E esta diferença de tratamento em relação à garantia ao segredo das comunicações, termina por causar reflexos nas posições adotadas pelos Tribunais quando enfrentam a matéria. É, como veremos, o que ocorre tanto no Brasil quanto na Espanha quando os entendimentos dos pretórios se divorciam da autonomia que suas constituições emprestam ao direito em questão.

No que concerne ao objeto protegido pela garantia, verifica-se que alguns textos constitucionais fazem referências a segredo ou sigilo de comunicações ou comunicações privadas, enumerando alguns meios, porém sem restringir o alcance da norma e dando ampla possibilidade para ampliação do alcance da norma. Outros, ou restringem o direito ao sigilo de correspondências postais ou ainda que enumerem outros meios de comunicação (telefone, telégrafo) não estendem expressamente a garantia a todas as comunicações.

Naquele primeiro grupo, temos, na Europa, dentre outras, as Constituições da Itália⁴¹⁷, Portugal e Espanha, cuja norma expressamente consagra a proteção à comunicação das pessoas, conforme se vê refletido em seu art. 18 que estabelece em seu apartado 3º que *“se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.”*

Na América do Sul, fazendo referência expressa à proteção às comunicações, estão as Constituições do Chile, da Colômbia, do Peru e da Venezuela⁴¹⁸.

⁴¹⁷ Na Itália a Constituição da República aprovada pela Assembleia Constituinte em 22 de dezembro de 1947, e que entrou em vigor em 01 de janeiro de 1948 em seu artigo 15 dispõe que *“a liberdade e o segredo da correspondência ou de qualquer outra forma de comunicação são invioláveis. Sua limitação só poderá produzir-se por resolução motivada proveniente da autoridade judicial e com as garantias exigidas em lei”*. Em Portugal, a matéria é tratada no art. 34, primeiro apartado, da Carta Constitucional de 1976, que trata da inviolabilidade do domicílio e da correspondência: *“O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis”*.

⁴¹⁸ A Constituição do Chile de 1980 reza em seu artigo 19, apartado 5, *“a inviolabilidade do domicílio e de toda a forma de comunicação privada. A violação do domicílio e a interceptação, abertura e registro nas comunicações e documentos privados somente pode ocorrer nos casos e nas formas determinados pela lei.”* A Constituição da Colômbia, promulgada em 1991, dispõe em seu artigo 15 que *“a correspondência e demais formas de comunicação privada são invioláveis. Só podem ser interceptadas ou registradas mediante ordem judicial, e nos casos e com as formalidades estabelecidas em lei”*. A Constituição peruana, vigente a partir de 1993, consagra o direito a inviolabilidade da correspondência, em seu art. 10, com a seguinte redação: *“O segredo e a inviolabilidade de suas comunicações e documentos privados. As comunicações, telecomunicações e seus instrumentos só podem ser abertos, confiscados, interceptados ou sofrerem intervenção através de ordem judicial motivada do juiz, com as garantias previstas em lei. Se guardará segredo dos assuntos alheios ao fato que motiva seu exame”*. A recente Constituição da Venezuela, de 1999, refere-se concreta e especificamente em seu artigo 48 ao segredo das correspondências dispondo que *“será garantido o direito ao segredo e inviolabilidade das comunicações privadas em todas as suas formas. Não poderão ser interferidas sem ordem de um Tribunal competente, com o cumprimento das disposições legais e preservando-se o segredo quanto ao que não guarde relação com o correspondente processo”*.

Por outro lado, alguns textos constitucionais da Europa, como o da Alemanha e da Bélgica⁴¹⁹, assim como os textos políticos do Equador e da Argentina⁴²⁰, na América do Sul, fazem referência, de forma mais restritiva, à proteção ao segredo de correspondência.

Em uma perspectiva distinta se encontra a situação dos Estados Unidos da América do Norte, na qual o seu texto constitucional ainda que não contenha nenhuma disposição expressa que proteja o segredo das comunicações⁴²¹, este é considerado protegido, conforme entendimento jurisprudencial, a partir do advento da IV emenda à Constituição, o que faz como que seu âmbito de cobertura fique restrito às comunicações a respeito das quais haja razoável expectativa de privacidade. Valem-se os Tribunais americanos para fixação deste posicionamento da seguinte disposição de proteção à privacidade (em relação à qual o segredo das comunicações teria caráter acessório): *“IV Emenda. O direito dos indivíduos a estarem protegidos contra as buscas não razoáveis a sua pessoa, casa, documentos e efeitos pessoais não serão violados. Nenhuma ordem judicial poderá ser emitida sem causa provável apoiada por declaração juramentada, e deverá descrever expressamente o lugar a ser registrado e as pessoas que serão detidas”*.

No Brasil, a proteção se encontra inserida no art. 5º, inc. XII da Constituição da República, que garante ser *“inviolável o sigilo da correspondência e*

⁴¹⁹ Na Alemanha a Lei Fundamental de Bonn, em seu artigo 10 consagra o segredo das comunicações nos seguintes termos: *“artigo 10: 1. Será inviolável o segredo da correspondência (Briefgeheimnis), assim como o do correio e telégrafos.* A Constituição belga, em seu artigo 29, preceitua a inviolabilidade do segredo da correspondência: *“O sigilo de correspondência é inviolável. A lei determinará aqueles representantes escolhidos que poderão violar a confidencialidade das correspondências confiadas ao serviço postal.”*

⁴²⁰ A Argentina, em seu texto constitucional (1994), trata da matéria no artigo 18, estabelecendo que *“É inviolável o domicílio, como também a correspondência epistolar e os documentos particulares; a lei determinará em que casos e com que justificativas poderá proceder-se a sua violação e ocupação.”* A Constituição Política da República do Equador, aprovada em 1998, reconhece o direito a inviolabilidade da correspondência em seu artigo 23, apartado 13: *“Sem prejuízo dos direitos estabelecidos em sua constituição e em seus instrumentos internacionais vigentes, o Estado reconhecerá e garantirá às pessoas o seguinte: 13- A inviolabilidade e o segredo da correspondência. Esta só poderá ser retida, aberta e examinada nos casos previstos na lei. Serão guardados em segredo os assuntos alheios ao feito que motivem seu exame. O mesmo princípio será observado com respeito a qualquer outro tipo de forma de comunicação.”*

⁴²¹ Sobre a noção de segredo das comunicações no direito norte-americano recomenda-se a leitura de Fernandez Esteban, M. Luisa (*“Estudio de la jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre el secreto a las comunicaciones entre particulares en especial en el ámbito de la empresa”*. *Aranzadi civil*, nº 1, 2000 pp. 1883-1918.), que oferece análise comparativa dos ordenamentos jurídicos espanhol e norte-americano, em especial no que pertine à comunicação por correio eletrônico e Rodríguez Ruiz, Blanca (*El secreto...*, pp. 33/38), enfatizando que esta última faz detalhada análise sobre a noção de intimidade no marco normativo dos Estados Unidos, que apresenta um corte marcadamente individual, que resulta em uma interpretação pela Suprema Corte que só cobre sua aplicação ante expectativas razoáveis de intimidade (*“justifiable expectations”*).

das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.” Como se vê, o constituinte ficou a meio caminho. Ainda que utilizando a expressão mais restritiva “sigilo de correspondência”⁴²², estendeu, ainda a garantia à comunicação por telefone e por telégrafo, buscando dar vazão a outros meios de comunicação, embora não conste explicitado se o direito se aplicaria aos demais meios de comunicação⁴²³.

2.2. As restrições do direito ao segredo das comunicações: o papel do legislador e do poder judicial

Outro aspecto em que os textos constitucionais muito discrepam gira em torno, como já visto, dos requisitos formais que devem ser observados para que uma limitação ao direito ao segredo das comunicações (ou sigilo de correspondência) possa ser considerada legítima, em concreto, no que concerne ao papel do legislador e do poder judicial.

Iniciando pelo papel do legislador no desenvolvimento do direito e sua possibilidade de impor limitações ao seu exercício, é certo que uma análise comparada dos textos supranacionais e constitucionais a respeito do direito em estudo, indica substancial discrepância, já que algumas normas explicitam a possibilidade de o direito ser limitado por força de lei⁴²⁴, enquanto outras são omissas quanto a este aspecto⁴²⁵, havendo, ainda, aqueles que estabelecem diferentes níveis de limitação passíveis de serem impostas pelo legislador⁴²⁶.

De fato, alguns textos constitucionais, a exemplo do brasileiro, espanhol e do português, consagram o direito sem que façam qualquer referência expressa à possibilidade dele ser limitado através da ação do legislador. Outros, expressamente, consagram a possibilidade de implementos de limitações, na forma da

⁴²² Vale o registro de que a expressão “sigilo de correspondência”, utilizada pela Constituição brasileira e em outros textos, a exemplo dos de Portugal e Bélgica, com algum esforço de hermenêutica, pode ter o mesmo alcance da expressão segredo das comunicações, como reconhece o STF brasileiro em sua jurisprudência e também o fez o legislador brasileiro quando, ao regulamentar o direito (Lei 9296/1996), estendeu sua aplicação às comunicações por correio eletrônico.

⁴²³ O Tribunal Superior do Trabalho do Brasil (TST), por exemplo, afirma em seus julgados, de forma peremptória, que as mensagens enviadas através de correio eletrônico corporativo não estariam protegidas pelo direito ao sigilo de correspondência.

⁴²⁴ A constituição belga, por exemplo, em seu art. 29, ainda que não aponte os requisitos, nem expressamente consagre que a lei o fará, estabelece que “a lei determinará aqueles representantes escolhidos que poderão violar a confidencialidade das correspondências confiadas ao serviço postal”.

⁴²⁵ É o caso, entre outros, do art. 34 da Constituição Portuguesa.

⁴²⁶ Como ocorre na Lei Fundamental de Bonn, como se verá mais adiante.

lei. Em alguns desses casos, a norma constitucional explicita alguns limites que o legislador terá em sua ação reguladora do direito fundamental⁴²⁷. Em outros, ainda, por não fixar expressamente os parâmetros, dá ao legislador maior amplitude de atuação⁴²⁸.

Esta questão desemboca na necessidade de esgrimir a respeito da função do legislador no desenvolvimento do direito. Se, de fato, haveria limitações ao exercício do direito nos ordenamentos jurídicos em que não há previsão desta atuação infraconstitucional ou se esta se dará de igual forma independentemente da previsão do constituinte, ou, ainda, se a ação deste tem o condão de restringir ou não a esfera de atuação do legislador no desenvolvimento do direito.

No direito constitucional alemão há dois níveis de intervenção do legislador nos direitos fundamentais. A primeira forma se dá a partir do reconhecimento de que todos os direitos limitáveis ou não pela ação do legislador estão submetidos aos limites derivados do exercício dos outros direitos fundamentais com os quais colisiona, bem como daqueles que derivam da realização de outros interesses reconhecidos pela constituição, resultantes de interpretação sistemática que reconhece sua limitação não só em relação a outros direitos fundamentais, mas também do reconhecimento de outros interesses de status constitucional.

A outra forma de restringir um direito fundamental por ação do legislador se dá nos casos de direitos submetidos a reserva de lei, em relação aos quais é dado restringir certos direitos além dos imperativos de uma interpretação sistemática da própria constituição, perseguindo qualquer interesse público, ainda que não previsto na constituição, com o único requisito de que se respeite o conteúdo essencial do direito assim como o princípio de proporcionalidade⁴²⁹. O direito ao segredo das comunicações, reconhecido no art. 10 da Lei Fundamental de Bonn, pertence a esta

⁴²⁷ Os textos constitucionais do Peru (art. 10), do Equador (art. 66.21) e da Venezuela (art. 48) determinam expressamente que, em qualquer hipótese, deve ser guardado segredo sobre os temas da comunicação que sejam alheios ao fato que motiva o exame, aspecto em que limitam a atuação do legislador. A constituição da Itália (art. 15), entre outras, limitam a ação do legislador em seu papel regulador quando pontua que, ainda que nas hipóteses legais, a restrição terá que ser proveniente de autoridade judicial, mediante resolução motivada.

⁴²⁸ Um exemplo é a Constituição chilena (art. 19.5).

⁴²⁹ Sobre conteúdo essencial e proporcionalidade trataremos com mais detalhes adiante. Grosso modo, o conteúdo essencial, como adiante veremos, é configurado pelas faculdades de atuação necessárias para que seja reconhecido como pertinente ao tipo descrito e sem as quais deixaria de pertencer a este tipo, ao passo que o princípio de proporcionalidade consiste basicamente em analisar a relação dos meios com os fins pretendidos, desde diferentes perspectivas. Em outras palavras, deve-se analisar a forma como se realiza a limitação do direito fundamental e sua relação com o valor, direito ou bem que se busca proteger.

categoria de direitos legalmente limitáveis⁴³⁰. Ambos (conteúdo essencial e princípio de proporcionalidade) atuam como limites dos limites (Schranken Schranken), à capacidade que a Lei Fundamental outorga ao legislador de limitar estes direitos⁴³¹.

Desses dois tipos de limites previstos na LF de Bonn, tão somente o segundo se verifica no CEDH, que somente permite ingerências com o direito ao segredo das comunicações quando se reúnam uma série de requisitos, na forma do seu art. 8.2, antes citado, de forma que, sustentada na noção de segurança nacional ou de segurança pública, entre outras, toda limitação deve estar expressamente prevista na lei.

A despeito de este tema vir a ser tratado de forma analítica no item 5.1.3 deste capítulo, vale registrar que, de acordo com a expressa dicção do texto constitucional espanhol, a intervenção do legislador se assemelha ao primeiro dos modelos de restrição passíveis de serem impostas pelo legislador previstos na Constituição alemã, de forma que apenas os limites imanentes são passíveis de serem estabelecidos em um plano geral pelo Poder Legislativo.

Ainda no campo dos limites de proteção ao direito, merece destaque nessa visão geral o papel atribuído ao Poder Judiciário nos textos constitucionais. Algumas constituições apontam expressamente que a restrição ao direito fundamental é atributo exclusivo⁴³² deste, enquanto outras omitem a autoridade responsável pela restrição⁴³³ ou abrem a possibilidade para que esta seja imposta por outros legitimados⁴³⁴.

⁴³⁰ Art. 10. Sigilo da correspondência, da comunicação postal e da telecomunicação. (1) O sigilo da correspondência, assim como das comunicações postais e da telecomunicação é inviolável. (2) Limitações só podem ser ordenadas em virtude de lei. Se a limitação tiver por finalidade proteger a ordem fundamental livre e democrática ou a existência e segurança da Federação e de um Estado federado, a lei pode determinar que a limitação não seja levada ao conhecimento do indivíduo atingido e que, em vez de se seguir a via judiciária, o controle seja efetuado por órgãos principais e auxiliares, nomeados pelos representantes do povo.

⁴³¹ Conforme Pieroth e Schlink, citados por Bernal Pulido, o conceito de limites dos limites designa o conjunto de restrições que o ordenamento jurídico prescreve ao legislador e que este deve cumprir quando limita o exercício dos direitos fundamentais. Ainda de acordo com os autores, na Lei Fundamental de Bonn, além da proporcionalidade e do respeito ao conteúdo essencial, outras restrições também são impostas à ação do legislador, como a proibição de que uma lei restritiva a direitos fundamentais verse sobre um só caso (art. 19.1.1 LF), o dever de citar o direito fundamental restrito (art. 19.1.2 LF) e o princípio de determinação da lei restritiva, quer dizer, o mandato que prescreve que toda lei que limite os direitos fundamentais deve revestir uma estrutura condicional composta por um suposto de fato e uma consequência, a qual, por sua vez, deve aparecer de maneira clara e precisa em um enunciado jurídico (Pieroth, B & Schlink, B., “*Grundrechte Staatsrecht II*”, p. 72, *apud* Bernal Pulido, Carlos. “*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*.” Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 527).

⁴³² É o que ocorre nas Constituições da Colômbia (art. 15) e do Peru (art. 10).

⁴³³ É o caso do art. 18 da Constituição Argentina.

⁴³⁴ Como se dá no art. 29 da Constituição belga.

As normas constitucionais brasileira e espanhola dão à ordem judicial (resolução judicial na Espanha) igualmente um papel de destaque. De maneira que as limitações que sejam impostas ao segredo das comunicações necessitam ser traduzidas à realidade dos fatos jurídicos através de uma intervenção do Estado Juiz, a quem compete apreciar em cada caso concreto a razoabilidade das limitações, independentemente de expressa previsão das limitações em textos de cunho legal (que, existindo, regularão a matéria em termos gerais).

Por fim, ainda no terreno dos limites e com caráter mais especulativo, diante da omissão dos textos, muito se questiona se estaria nestes sistemas vedada expressamente a possibilidade de limitações impostas por particulares, na medida em que a observância dos direitos fundamentais também lhes é imposta, como soe ocorrer com a fiscalização das comunicações do empregado pelo empregador. Assim, os textos constitucionais não apresentam, via de regra, respostas satisfatórias sobre se deve a empresa aguardar, em qualquer caso, a autorização judicial para efetuar o ato de controle da comunicação efetuada ou se esta agiria de forma legítima se efetuasse o controle da comunicação, aguardando a ratificação pelo Judiciário, caso este ato viesse a ser questionado judicialmente, pelo empregado que teve seu direito restrito, ou, ainda, desde que verificados pressupostos previstos na lei, estaria autorizada a efetuar o controle da comunicação.

Do cotejo das questões trazidas, a partir da visão geral de alguns textos supraestatais e constitucionais que retratam a garantia do segredo das comunicações, não há dúvida que o direito, ainda que tenha uma previsão quase que universal, não possui um tratamento homogêneo em cada ordenamento jurídico.

No caso específico do Brasil e da Espanha, cuja análise comparada é objeto deste estudo, ainda que muitas similitudes existam, posto que ambos reconhecem a autonomia do direito, e se assemelham no tocante às possibilidades de regulação pelo Legislativo, o texto espanhol, no que tange ao âmbito de cobertura do direito fala em proteção à comunicação, enquanto o texto brasileiro se restringe à correspondência. Da mesma forma, o art. 18.3 CE autoriza o Poder Judiciário a restringir a proteção estabelecida em resolução judicial motivada, ao passo que a Constituição brasileira apenas expressa esta possibilidade em relação às comunicações telefônicas (excluindo, assim, de seu alcance expresso o sigilo de correspondência). O que há de se perquirir é se estamos diante de diferenças meramente cosméticas ou se elas têm o condão de justificar um tratamento diferenciado pela jurisprudência constitucional de cada país.

Sendo assim, o restante deste capítulo estará dedicado à análise das peculiaridades de ambos os sistemas. Desde já, o primeiro passo para correta delimitação do objeto deste trabalho, é conhecer a relação que estes ordenamentos constitucionais estabelecem entre os direitos ao sigilo das comunicações (sigilo de correspondência) e o direito à intimidade, porque a partir desta será possível delinear os principais traços do direito em exame.

Como etapa posterior, em virtude de o correio eletrônico ser um meio de comunicação relativamente novo, cuja previsão não consta expressamente no rol indicado pelo constituinte espanhol, necessário também será compreender a extensão real do conceito de comunicações, seu alcance, a fim de verificar se o e-mail se encaixa neste paradigma, de maneira a que, conhecidas e respeitadas as suas peculiaridades, lhe seja garantida a proteção prevista nos arts. 18.3 da Constituição da Espanha e 5º, XII, da Constituição do Brasil.

Finalmente, faremos uma análise do âmbito de proteção constitucionalmente protegido ao direito, o que implicará tratar sobre os requisitos impostos para possibilitar sua limitação, que, em concreto, equivale a abordar a intervenção do legislador e suas limitações e a necessidade de ordem judicial.

Por uma questão de método, cada um dos tópicos será visto alternadamente sob a perspectiva do direito espanhol e, em seguida, do direito brasileiro, cabendo ao último tópico do capítulo estabelecer as principais aproximações e distanciamentos existentes entre os dois sistemas.

3. Direito ao sigilo das comunicações e ao sigilo de correspondência. Aproximação e distanciamento em relação à intimidade

Uma das maiores dificuldades na análise da questão do direito ao sigilo das comunicações, na Espanha, e ao sigilo de correspondência, no Brasil, resulta das frequentes confusões que a doutrina científica e especialmente a jurisprudência fazem quando da análise destas liberdades fundamentais, cujas violações na seara laboral comumente são tratadas sob a mirada do direito à intimidade. Os apartados a seguir se prestam à finalidade de apontar os pontos de aproximação e de distanciamento que os direitos em questão possuem em relação ao direito à intimidade.

3.1. O direito ao segredo das comunicações na Espanha como direito autônomo que tem na intimidade a tela de fundo

Na história do constitucionalismo espanhol, o direito ao segredo das comunicações mereceu proteção expressa em sua Carta Política, antes mesmo de haver qualquer previsão expressa em seu texto em relação ao direito à intimidade, que hoje consta, pela primeira vez, no seu art. 18, 1º apartado.

Em verdade, muito antes do reconhecimento da intimidade, enquanto direito singular, já eram reconhecidas algumas de suas manifestações concretas, que hoje têm na intimidade a sua tela de fundo. Assim, o direito à inviolabilidade de domicílio se nota em todas as constituições espanholas. O direito ao segredo das comunicações, por seu turno, tem sua primeira previsão na Constituição de 1869 (art. 7º), estando prevista desde então. Com a aprovação da Constituição de 1978, estes direitos, assomados à autodeterminação informativa, passaram a ser recolhidos em um único artigo, porém em apartados distintos, à exceção da intimidade, honra e imagem, todos contemplados no art. 18.1 CE.

Todavia, a despeito dessa constatação de primazia histórica do segredo das comunicações em relação à intimidade como direito fundamental específico⁴³⁵, e da existência de norma que lhe consagra o status de direito autônomo, não são poucas as vozes que indicam ser aquele apenas uma faceta da proteção à intimidade, possuindo caráter meramente acessório e dependente deste direito.

Assim, imperativo, antes de avançar no estudo do segredo das comunicações esclarecer a relação que este possui com o direito à intimidade no plano constitucional da Espanha.

3.1.1. Primeiras linhas sobre a relação entre segredo das comunicações e intimidade

Uma análise, ainda que superficial sobre o direito ao segredo das comunicações permite que o intérprete rapidamente possa concluir que não são poucas as distinções que verificamos derredor do instituto e em particular de seu alcance

⁴³⁵ O reconhecimento do direito à intimidade, à exceção do que se deu nos Estados Unidos, é muito recente, assim como a sua constitucionalização também. Na Europa, esta só ocorreu nas últimas décadas do século 20, com previsão no texto constitucional espanhol (art. 18.1), no art. 26 da Constituição Portuguesa e no art. 10 da Constituição Holandesa, entre outros (Bélgica e Grécia, v.g.), em grande medida como reflexo de sua previsão em convênios internacionais subscritos por estes países (entre eles cita-se a previsão no art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no art. 17 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e no art. 8 do Convenio de Roma, para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais).

(inclusive com repercussão quanto ao bem tutelado), muito em virtude da relação que os diversos autores admitem que o direito ao segredo das comunicações mantém com o direito à intimidade.

Fernandez Rodriguez⁴³⁶, de forma sintética, sistematiza as diversas posições doutrinárias em 03 (três) grupos:

- i) o primeiro, daqueles que entendem que há uma subordinação do direito ao segredo das comunicações em relação à intimidade;
- ii) o segundo grupo admite uma certa vinculação entre os direitos em questão, porém reconhece a autonomia e a substantividade do direito ao segredo das comunicações;
- iii) o terceiro e último grupo propõe a absoluta desconexão entre os direitos.

De acordo com a primeira corrente doutrinária, a intimidade é concebida como o gênero, e o direito ao segredo das comunicações como uma espécie do mesmo. Esta é a concepção norte-americana sobre o direito. De acordo com esta leitura, o direito ao segredo das comunicações seria mera projeção ou manifestação do direito à privacidade ou intimidade, assentando-se esta teoria em uma base teórica de corte marcadamente individualista.

Assim, o segredo das comunicações, de acordo com a jurisprudência da Suprema Corte norte americana, só é aplicável diante de expectativa razoável de privacidade (*reasonable expectation of privacy*), para cuja definição o tribunal se vale de parâmetros sociais, sendo razoável aquilo que a sociedade usualmente já esteja disposta a aceitar como tal, de forma que a tutela jurídica do direito só abarca situações que a sociedade já oferece um mínimo de proteção. Ademais, como projeção do direito à intimidade, a Corte presume que se o indivíduo renuncia ao direito em uma esfera específica e em relação a certas pessoas, interpreta-se que teria perdido a expectativa razoável de privacidade frente a todos⁴³⁷.

De maneira que, trazendo esta doutrina para a realidade trabalhista, baseado na expectativa razoável de privacidade, entende-se que bastaria avisar aos empregados que será lida a correspondência para que seja considerada a existência de

⁴³⁶ Fernandez Rodriguez, Jose Julio. *Secreto e intervención de las comunicaciones en internet*. Civitas Ediciones, S. L, 2004, p. 87.

⁴³⁷ Rodríguez Ruiz, Blanca. *El secreto...*, p. 37.

consentimento tácito do trabalhador (exceção de prévio consentimento – *prior consent exception*⁴³⁸)

Esta primeira teoria sobre a relação entre o segredo das comunicações e a intimidade, com o passar dos anos, vem sendo moderada por aqueles que entendem que a esta seria um princípio, que se materializaria em outras regras⁴³⁹, a exemplo do segredo das comunicações, da intimidade informática e da inviolabilidade de domicílio⁴⁴⁰.

A segunda corrente reconhece a existência de uma relação entre segredo das comunicações e intimidade, porém mantém a substantividade e a autonomia própria de ambos os direitos. Esta é a corrente majoritária no continente europeu. Desde esta perspectiva, o ponto de partida se fixa no direito à intimidade e, em seguida são apresentados uma série de direitos como derivações do mesmo, apesar de conservarem, como já dito, sua substantividade e autonomia próprias. Na doutrina espanhola, colhem-se, neste sentido, os ensinamentos de Pérez Royo⁴⁴¹, Montañés Pardo⁴⁴², Marín Alonso⁴⁴³, Rodríguez Ruiz⁴⁴⁴, entre outros. Esta é a posição defendida pelo Tribunal Constitucional Espanhol⁴⁴⁵ e pelo Tribunal Constitucional Alemão⁴⁴⁶.

A posição de Rodríguez Ruiz⁴⁴⁷ parece sintetizar o pensamento dos que integram este grupo, ao pontuar que: “(...) *estudiar el secreto de las comunicaciones como derecho autónomo de la intimidad, derecho concreto y bien*

⁴³⁸ Fernandez Esteban, M. Luisa (“Estudio...”) nos ensina que nos Estados Unidos, a *Electronic Communication Privacy Act* inclui no capítulo destinado à interceptação uma exceção que permite aos provedores da comunicação eletrônica (a empresa é equiparada ao provedor de serviços da internet) interceptar as comunicações na medida em seja necessário para a prestação do serviço ou do direito de propriedade do provedor do serviço. Da mesma forma, a expectativa razoável de privacidade pode ser destruída através de uma política da empresa que avise aos empregados que vão controlar os correios eletrônicos ou que não se autoriza o seu uso para enviar correio pessoal.

⁴³⁹ Sobre as diferenças entre princípios e regras, reportamo-nos às considerações já tecidas no capítulo 2 deste estudo.

⁴⁴⁰ Ruiz Miguel, Carlos (*Protección de datos personales y comercio electrónico*) em Gómez Segade, José Antonio; Fernández-Albor Baltar, Ángel; Tato Plaza, Anxo; (*Comercio Electrónico en Internet*), Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 400, *apud* Fernández Rodríguez, (*Secreto e intervención...*), p. 88, nota 77.

⁴⁴¹ *Curso de Derecho Constitucional*, 11ª edición, Marcial Pons, 2007.

⁴⁴² *La intervención de las comunicaciones. Doctrina jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

⁴⁴³ A autora reconhece a autonomia do direito ao segredo das comunicações, ainda que reconheça que a proteção ao direito tenha como ponto de partida a relação que o une à noção de intimidade.

⁴⁴⁴ *Op. cit.*, p. 23.

⁴⁴⁵ O Tribunal Constitucional, ainda que reconheça a autonomia do direito ao segredo das comunicações e à inviolabilidade de domicílio, apresenta ligação entre essas noções e a de intimidade, ao conectar esta última com as ideias de retiro e segredo (SSTC 22/1984, FJ 2 e 110/1984, FJ 3).

⁴⁴⁶ BverGE 67, 157 (171), *apud* Fernandez Rodriguez, José Julio y prol. de Lucio Pegoraro. *Secreto e intervención de las comunicaciones en internet*. Civitas Ediciones. S.L, 2004, p. 89).

⁴⁴⁷ Rodríguez Ruiz, Blanca. (*El secreto...*, p. 41).

definido que es también, con todo, parte integrante de aquella, y que como tal está al servicio de la libertad que la intimidad tiene por objeto proporcionar.”

Por fim, há uma terceira postura, citada por Fernandez Rodriguez e Martín Morales⁴⁴⁸, que interpreta o direito ao segredo das comunicações como um direito desvinculado do direito à intimidade. Seu principal argumento de sustentação é o fato de que a comunicação por canal fechado se protege em todo caso independentemente de que o conteúdo seja íntimo ou não. Isto dá ao direito ao segredo das comunicações uma dimensão formal, que se contrapõe com a dimensão material do direito à intimidade.

Mas, antes de emitir um posicionamento, a respeito dessa relação entre os direitos, oportuno trazer mais esclarecimentos sobre intimidade no contexto do direito ao segredo das comunicações no sistema constitucional espanhol.

3.1.2. A intimidade como tela de fundo do direito autônomo ao segredo das comunicações

O conceito de intimidade, assim como o conceito de liberdade são conceitos bastante imprecisos e plurifacetados. Para alguns, efetuar tentativas de conceituar intimidade é como intentar materializar a quadratura do círculo⁴⁴⁹.

Pérez Royo⁴⁵⁰, sobre esta dificuldade, consigna expressamente: *“no se ha conseguido en parte alguna delimitar con precisión el contenido y el alcance del derecho a la intimidad”*. Para depois concluir, como se apresentasse uma profecia, que pareceria *“como se hubiera un acuerdo bastante generalizado en que sin el derecho a*

⁴⁴⁸ Fernández Rodríguez, José Julio (*Secreto e intervención...*, op. cit), p. 89, e Martín Morales (*El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ed. Civitas, Madrid, 1995, pp. 32-33).

⁴⁴⁹ As dificuldades conceituais já iniciam na definição do que seria a própria esfera da intimidade. Lucrecio Rebollo Delgado, por exemplo, aponta para o conceito formulado pela Real Academia Espanhola que indica, em sua segunda aceção, que intimidade seria “a zona espiritual íntima e reservada de uma pessoa ou de um grupo, especialmente de uma família”, à qual busca acrescentar as noções de interior e interioridade (*El derecho fundamental a la intimidad*. 2ª edición actualizada, Dykinson, Madrid, 2005, p. 69). Já o Tribunal Supremo (STS de 4 de novembro de 1986, FJ 7º) declara que *“la delimitación de la esfera de la intimidad es eminentemente relativa y ha de ser el juzgador quien, en referencia a cada persona y atento a las circunstancias del caso, prudencialmente, delimite al ámbito de la protección”*. Ana Laura Cabezero Arenas desvenda sobre a dificuldade de delimitação do conceito o dilema que consistiria em optar entre uma definição previamente construída sobre os conteúdos precisos da intimidade ou, ao contrário, alegar a inadequação de uma resposta apriorística a uma questão relacionada com fatores socioculturais variáveis no tempo e no espaço (*Derecho a la intimidad*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 34). Inmaculada Marin Alonso (*El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005 p. 117, nota 240) acrescenta, ademais, que outra dificuldade conceitual reside na necessidade de diferenciar-se a noção de intimidade das noções de *privacy*, vida privada, direito geral da personalidade, direito de estar só etc.

⁴⁵⁰ *Curso de Derecho ...*, op. cit., pp. 331-335.

la intimidad no se puede vivir, pero también en que no podemos definirlo con precisión.”

Ao final, conclui o jurista espanhol, com certo pragmatismo, “*el derecho a la intimidad es, pues, un derecho elástico, de contenido variable, que no puede ser delimitado con carácter general de manera apriorística, sino que tiene que ser delimitado en su contenido de manera casuística, a medida que se va dando respuesta a los problemas que se plantean*”.

Pode-se dizer que, à primeira vista, a intimidade tem muito a ver com a tomada de decisões personalíssimas e com a autorrealização pessoal, com o direito do indivíduo de decidir em que medida quer compartilhar com outros seus pensamentos e sentimentos, assim como os fatos de sua vida pessoal. Em suma, mais que um estado de autoconfinamento, supõe uma determinada qualidade de relação com as demais pessoas.

Pérez Luño⁴⁵¹, sobre o tema, defende que na época atual resulta insuficiente conceber a intimidade como um direito (status negativo) de defesa a qualquer intromissão da esfera privada, sem contemplá-lo ao mesmo tempo como um direito ativo de controle (status positivo) sobre o fluxo de informações que concernem a cada sujeito.

A definição de intimidade, desenhada originariamente para combater o assédio dos meios de comunicação, evoluiu do puro e simples “*right to be let alone*”⁴⁵² para o direito de desfrutar de zonas de retiro e segredo⁴⁵³.

Forçoso reconhecer que a intimidade não é, entretanto, toda zona de segredo ou retiro, mas só aquela que se encontra sob o controle de quem a desfruta. E esse controle se compõe de dois elementos: vontade e reversibilidade. Com efeito, quando se fala de intimidade nos referimos a zonas de segredo ou retiro voluntariamente escolhidas e que estamos sempre abertos à possibilidade de sair delas, seja por intromissão externa, seja por decisão própria⁴⁵⁴. Daí que existe intimidade onde há

⁴⁵¹ “Dilemas actuales de la protección de la intimidad” em *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, 1994, p. 318.

⁴⁵² Warren, Samuel & Brandeis, Louis. *El derecho a la intimidad*. Edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga. Editorial Civitas, 1ª edición, Madrid, 1995. Segundo alguns autores, os advogados Warren e Brandeis teriam escrito o artigo, motivados pelo assédio da imprensa à família Warren que habitualmente organizava festas que despertavam o interesse das colunas sociais. Esta é a opinião de Phillip Taylor, recolhida no sítio da internet <http://www.freedomforum.org/packages/first/privacyandthepress/summary.htm>.

⁴⁵³ Entendimento do TEDH citado por Rodríguez Ruiz, Blanca, “*El secreto...*”, p. 7.

⁴⁵⁴ Daí que até a chegada de sexta – feira não seria correto falar-se em intimidade de Robinson Crusóe.

zonas de segredo ou retiro voluntárias e reversíveis, e o direito de desfrutá-las consiste justamente na faculdade de controlar tais zonas⁴⁵⁵.

O TC espanhol, ainda que de forma não muito clara, também incluiu a noção de controle no conceito de intimidade, quando afirma que a intimidade é “*un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren*” (STC 73/1982, FJ 5) ou, ainda, que “*la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona.*” (SSTC 254/1993, FJ 7 e 143/1994, FJ 7). De forma que, estas zonas de controle e segredo são aquelas em que o indivíduo pode excluir os demais; espaço em que as coisas, informações e atividades podem ficar ao resguardo de intromissões alheias não desejadas, fora da mirada do mundo público.

E quais objetivos se buscam proporcionar através da garantia de controle às zonas de segredo e retiro? Esta inquietação foi muito bem traduzida por Rodríguez Ruiz, quando afirma que o direito à intimidade pode ser concebido sob duas perspectivas (ou sob a combinação destas). Em uma primeira perspectiva, como um bem de corte meramente individual, a proteção à intimidade se justificaria no interesse de cada indivíduo de conservar para si zonas de segredo e retiro e controlar as dimensões destas zonas, na medida em que deseje desenvolver sua personalidade fora das miradas alheias. Por seu turno, a intimidade também pode ser vista sob uma outra perspectiva, de viés participativo, na medida em que torna possível a livre participação do indivíduo na vida pública. Esta ideia de intimidade se apoia na noção de que as pessoas só podem atuar livremente “*si controlan la existencia de zonas de secreto y de retiro en las que poder desarrollar su personalidad. Pues en la medida en que alguien carece de medios hasta que punto su actividad (...) es del conocimiento de otros, y de qué otros, en esa medida tal persona no actuará libremente, sino condicionada por el temor que la información que pueda existir sobre ella sea eventualmente usada en su perjuicio.*”⁴⁵⁶

Desta última perspectiva não discrepa o pensamento de Martín Morales quando externa que “*la intimidad es un elemento fundamental para la realización de la libertad y, en consecuencia, para la democracia pluralista. En una sociedad donde la vigilancia fuese total y constante habría una homogeneidad perfecta,*

⁴⁵⁵ O TC alemão fala em autodeterminação de nossas zonas de segredo ou retiro (*informationelles selbstbestimmungsrecht*).

⁴⁵⁶ *El secreto...* op. cit., p. 27.

ya que el ciudadano, encontrándose continuamente vigilado, y para no levantar sospechas, adoptaría una estricta ortodoxia de opinión y de conducta. Como consecuencia de ello, las opiniones no se expresarían, las ideas políticas se anquilosarían y el inmovilismo creativo sería la regla. En una palabra, estaríamos ante la derrocada de la democracia.”⁴⁵⁷

Assim, pode-se dizer que a garantia de zonas de liberdade frente a intromissões externas tem sua razão de ser no fato de que dentro dessas zonas se pode valer de liberdade de atuação. Essa possibilidade de agir livre nos distintos níveis da vida social, política, econômica etc. é o que as zonas de retiro e segredo tem por finalidade proporcionar.

3.1.2.1. A aproximação entre a intimidade e o segredo das comunicações

O TC espanhol reconhece o direito à intimidade (art. 18.1 CE) como uma tela de fundo na qual se destacam direitos mais concretos que são objeto de reconhecimento autônomo, a exemplo da inviolabilidade de domicílio (art. 18.2 CE) e o segredo das comunicações (art. 18.3 CE). E essa vinculação, vale dizer não tem mera relevância acadêmico/teórica, na medida em que apresenta consequências de cunho prático⁴⁵⁸, já que a visão que o TC tem do direito à intimidade proporciona critérios para interpretar o direito ao segredo das comunicações.

Efetivamente, parece inviável negar a existência de uma relação de proximidade entre os direitos acima nominados, visto que o direito positivo aplicável em Espanha, ainda que reconheça a autonomia dos direitos, o faz sem negar, em nenhum momento, a conexão entre eles⁴⁵⁹. A toda evidencia, não é necessário para esta conclusão ir além da leitura do próprio texto constitucional espanhol, que insere o direito ao segredo das comunicações como um dos apartados do mesmo artigo em que trata do direito à intimidade. Desta forma, é correto afirmar que direito ao segredo das comunicações, ainda que autônomo, configura um aspecto da intimidade⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ *El régimen constitucional...*, op. cit., p. 24.

⁴⁵⁸ Como exemplo dessas consequências de cunho prático, Blanca Rodríguez Ruiz cita o fato de que o direito ao segredo das comunicações não impõe às partes em uma comunicação o dever de reserva sobre o conteúdo desta. Tal dever pode vir imposto pelo direito à intimidade, de forma que este termina por atuar, neste caso, como um direito suplementar ao segredo das comunicações (*El secreto...*, op. cit., p. 25).

⁴⁵⁹ Nesse sentido, a Constituição Espanhola, a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Convênio Europeu de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

⁴⁶⁰ Holgado González também é adepta deste entendimento, e assevera que “*la garantía del secreto de las comunicaciones desempeña un relevante papel instrumental al servicio del derecho a la intimidad, puesto que, en muchas ocasiones, puede contribuir a preservarla haciendo posible que exista un canal a través*

Muito feliz, nesse sentido, a ilustração de Rodríguez Ruiz quando assegura que “*se podría decir que la intimidad es el telón de fondo en el que se destacan ciertos sub-derechos. Ciertamente, y en cuanto que derechos autónomos, estos sub-derechos se definen e interpretan sobre la base de indicadores que les son propios, pero aun así nunca llegan a desvincularse del todo del telón de fondo del que proceden. El cual, para empezar, sigue proporcionando pautas de interpretaciones generales, comunes a todos ellos; y les sirve, además, de complemento, al ofrecer cobertura y protección a situaciones que no llegan a encajar dentro de las fronteras – más nítidas, más rígidas, más reducidas – de ningún sub-derecho concreto*”⁴⁶¹.

Assim, nesse contexto, não causa espanto a conclusão que o direito ao segredo das comunicações protege, com o respaldo da doutrina do Tribunal Constitucional espanhol⁴⁶², a liberdade de comunicação, consistente no direito de uma pessoa comunicar-se com outros sem interferências ou ingerências de qualquer tipo. E o faz, através da garantia do segredo da mensagem, justificada pela necessidade de liberdade de comunicação, e que, grosso modo, consiste no direito a que terceiros não conheçam o conteúdo da mensagem.

Ao projetar que o bem a ser protegido através do direito ao segredo das comunicações é a liberdade de comunicar-se, reconhece o TC uma relação entre a liberdade do indivíduo e o segredo das comunicações. E aqui não se entenda uma mera liberdade negativa frente à intromissão de terceiros, mas também aqui uma liberdade positiva para que cada indivíduo possa controlar a sua atuação em sociedade. O segredo das comunicações constitui, nesta visão participativa⁴⁶³, um pressuposto para o exercício de uma liberdade de comunicar-se. Na verdade, a proteção ao direito em questão se traduz em uma prejudicial à própria liberdade de agir, devendo ser vista como algo inerente à própria autonomia pessoal⁴⁶⁴.

del cual se transmitan datos o aspectos de la vida privada de una persona vedado al conocimiento de terceros” (“¿Puede el empresario acceder al correo electrónico del trabajador?” In Parra, Agustín Madrid y Guerrero, Lebrón Jesús. *Derecho Patrimonial y Tecnología*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 695).

⁴⁶¹ *El secreto...*, op. cit., p. 23.

⁴⁶² Por todas, STC 114/1984.

⁴⁶³ Sobre visão participativa e individualista do direito à intimidade e dos direitos que com ele mantém uma relação direta, leia-se Rodríguez Ruiz, Blanca, em *El secreto...*, pp. 33 e ss.

⁴⁶⁴ Esta vinculação com a liberdade também é demonstrada pelo TC, com muita clareza, em relação ao direito à inviolabilidade de domicílio (entre outras as SSTC 22/1984, FJ 5º, 137/1985, FJ 2º e 50/1995, FJ 5º). Não se vê, entretanto, na doutrina do TC espanhol, a mesma clareza na relação intimidade /liberdade, na qual talvez em virtude das fronteiras conceituais mais flexíveis, o Tribunal não tenha sabido fazer uma formulação geral dessa relação. Este tema é enfrentado de maneira detalhada por Rodríguez Ruiz, Blanca, em *El secreto de las comunicaciones...*, op. cit., pp. 33/41.

Desde esta perspectiva, Vittorio Italia escreve que *“el derecho en cuestión tutela tanto la libertad de la correspondencia y de las comunicaciones como un secreto, revistiendo éste mayor importancia práctica, pues sin él no hay libertad real”*⁴⁶⁵. Esta evidente aproximação com o direito à intimidade, reitera-se, não tem o condão de retirar a identidade do direito ao segredo das comunicações, cuja autonomia, enquanto direito fundamental, é admitida pacificamente na jurisprudência do Tribunal Constitucional e em caráter majoritário na doutrina especializada, aspecto que a seguir será destacado.

3.1.3. A autonomia do direito ao segredo das comunicações e a relação que ele mantém com a intimidade

A despeito de, vez por outra, a jurisprudência ordinária ou, em casos isolados, o Tribunal Constitucional insistirem que o direito ao segredo das comunicações é apenas um direito acessório ao direito à intimidade, a verdade é que a relação existente entre os direitos não justifica esses posicionamentos minoritários.

Como antes mencionado, a dificuldade conceitual que caracteriza o direito à intimidade, junto com sua flexibilidade e imprecisão supõe um elevado componente de insegurança jurídica tanto em sua aplicação como nos limites do direito, sobretudo se é levado em conta que, na visão da jurisprudência constitucional corrente, com a referida noção se pretende alcançar certo grau de justiça material, a ser valorada pelos órgãos jurisdicionais nos casos concretos.

Nesse ponto, considerando que os contornos do direito à intimidade são dúcteis, na medida em que se adaptam ao controle sobre as zonas de segredo e retiro que sobre ela exerçam seu titular⁴⁶⁶, distingue-se do direito ao segredo das comunicações, uma vez que este se define em contornos formais. Aqui, no direito tutelado pelo art. 18.3 CE, o controle através do qual se busca proteger a liberdade de comunicação se materializa nas garantias técnicas (ou formais) do processo comunicativo. Sua existência, enquanto direito autônomo, está justificada na existência dessas garantias técnicas, objetivas do segredo de determinadas comunicações. O segredo, neste contexto, configura parte integrante do processo comunicativo.

⁴⁶⁵ Citado por Barcelona Llop, Javier, em "Escuchas telefónicas y acción de la policía de seguridad", *Revista de Administración Pública*, nº 112, enero - abril de 1987, p. 75.

⁴⁶⁶ Até em virtude da voluntariedade e reversibilidade que lhe são inerentes, zonas até então íntimas podem deixar de sê-lo por vontade do titular do direito, já que o exercício do controle está em suas mãos.

Este consenso, vale lembrar, tanto se dá na doutrina quanto na jurisprudência. O Tribunal Constitucional entende que o direito fundamental ao segredo das comunicações possui um caráter formal, isto é, a extensão objetiva da tutela é independente do conteúdo material incluído na mensagem. Textualmente, assinala a Corte Constitucional⁴⁶⁷ que *“el concepto de secreto en el art. 18.3 CE tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”*. Em resumo, toda comunicação tutelada pelo art. 18.3 CE é, em princípio, de acordo com este posicionamento, secreta, ainda que só algumas sejam íntimas.

Assim, é possível afirmar que entre o direito ao segredo das comunicações e o direito à intimidade, não se pode falar em esferas concêntricas, já que não se trata do mesmo direito ou de direitos em uma relação de continente-conteúdo. Todavia, há campos de interseção e de exclusão entre esses direitos fundamentais. Dessa forma, pode haver violação à intimidade que não consista em violação ao segredo e vice-versa. O ponto comum, de interseção entre ambos, representaria aquilo que poderíamos chamar de esfera secreta da intimidade pessoal.⁴⁶⁸ Por outro lado, a esfera secreta se diferenciaria da confidencial, na medida em que esta se estende a aqueles acontecimentos de que o sujeito faz participe apenas a pessoas de particular confiança.

O objetivo que se persegue no direito ao segredo das comunicações é impedir, através de sua garantia técnica, que aqueles alheios ao processo comunicativo tenham acesso a este. Trata o art. 18.3 da CE de direito que, de acordo com a doutrina do TC, possui, repito, conteúdo formal, objetivando proteger o indivíduo frente a ataque de terceiros, pouco importando o conteúdo da comunicação em si mesma⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ SSTC 114/84, 34/96, 127/96, entre outras tantas em que este fragmento é reiterado.

⁴⁶⁸ Martín Morales, Ricardo. *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, op. cit., p. 33. Na mesma linha, a doutrina foi reiterada na STC 70/2002, de 3 de abril, cujo Juiz relator foi Excmo. Sr. Garrido Falla, que declarou em seu fundamento jurídico 9º que: *“(...) la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos”, de modo que la protección de este derecho alcanza a las interferencias habidas o producidas en un proceso de comunicación.*”

⁴⁶⁹ Neste apartado, em que se enfrenta a questão da autonomia em relação ao direito à intimidade, ainda poderíamos indicar algumas outras diferenças no tratamento dos direitos em questão, a exemplo do fato de que no âmbito da titularidade, as pessoas jurídicas, não sendo por sua natureza titulares da intimidade pessoal e familiar (art. 18.1 CE), podem, por seu turno, titularizar o direito ao segredo de suas comunicações. A demarcação dessa fronteira entre a intimidade e o direito ao segredo das comunicações na jurisprudência constitucional espanhola recentemente foi objeto de apreciação pelo Tribunal Constitucional espanhol. Em um feito em que a polícia nacional consultou a agenda de um telefone celular para obter dados relevantes para certa investigação, a Corte Constitucional imediatamente

Nesse contexto, a título de conclusão, situados os diversos posicionamentos doutrinários, diante das correntes doutrinárias apresentadas no item 3.1.1, a respeito da relação dos direitos tutelados nos arts. 18.1 e 18.3 CE, é possível afirmar que o marco normativo espanhol parece se aproximar, à toda evidência, da posição adotada pela segunda corrente, que advoga a existência de uma relação próxima entre segredo das comunicações e intimidade, tipo geral garantidor da liberdade de atuação pública, donde se destacam outros subdireitos, a exemplo do segredo das comunicações, mais concretos, em relação aos quais atua como pilar hermenêutico. Todavia, o segredo das comunicações, direito de caráter formal, voltado contra a intromissão de terceiros no processo comunicativo, mantém sua autonomia própria, garantindo, através da liberdade das comunicações, proteção à intimidade, mas também

descartou a possibilidade de lesão ao direito ao segredo das comunicações, passando a apreciar a medida adotada, com base no princípio de proporcionalidade, em relação apenas ao direito à intimidade. Nesta sentença (a STC 115/2013, de 09 maio de 2013, FJ 3), a Corte destacou “*que este Tribunal ha reiterado (entre otras, SSTC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 4; 230/2007, de 5 de noviembre, FJ 2; 142/2012, de 2 de julio, FJ 3 y 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 4) que el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) consagra tanto la interdicción de la interceptación como el conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas, por lo que dicho derecho puede resultar vulnerado no sólo por la interceptación en sentido estricto —aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o captación, de otra forma, del proceso de comunicación— sino también por el conocimiento antijurídico de lo comunicado, como puede suceder, sin ánimo de exhaustividad, en los casos de apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario o de un mensaje emitido por correo electrónico o a través de telefonía móvil. Igualmente se ha destacado que el derecho al secreto de las comunicaciones protege no sólo el contenido de la comunicación, sino también otros aspectos de la misma, como la identidad subjetiva de los interlocutores, por lo que queda afectado por este derecho tanto la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas como el acceso al registro de llamadas entrantes y salientes grabadas en un teléfono móvil (por todas, SSTC 123/2002, FJ 6; 56/2003, FJ 3; 230/2007, FJ 2; 142/2012, FJ 3; y 241/2012, FJ 4; así como las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de agosto de 1984, caso Malone c. Reino Unido, § 84 y, de 3 de abril de 2007, caso Copland c. Reino Unido, § 43). Pues bien, en el caso que nos ocupa, y teniendo en cuenta que en el proceso constitucional de amparo debe partirse de la acotación de hechos llevada a cabo por los órganos judiciales (STC 25/2011, de 14 de marzo, FJ 5), acerca de los que en ningún caso entrará a conocer este Tribunal [art. 44.1 b) LOTC], debe destacarse que, atendiendo estrictamente a los hechos declarados probados en las Sentencias impugnadas, resulta que los agentes de policía accedieron a la agenda de direcciones del teléfono móvil que encontraron encendido en el invernadero del que salieron huyendo varias personas tras ser sorprendidas por la irrupción policial, pudiendo comprobar los agentes que dicha agenda telefónica contenía un nombre registrado como “mamá”, correspondiente a un número de teléfono fijo de Cádiz perteneciente a la madre del recurrente en amparo. No estamos, por tanto, ante un supuesto de acceso policial a funciones de un teléfono móvil que pudiesen desvelar procesos comunicativos, lo que requeriría, para garantizar el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), el consentimiento del afectado o la autorización judicial, conforme a la doctrina constitucional antes citada. El acceso policial al teléfono móvil del recurrente se limitó exclusivamente a los datos recogidos en la agenda de contactos telefónicos del terminal - entendiendo por agenda el archivo del teléfono móvil en el que consta un listado de números identificados habitualmente mediante un nombre -, por lo que debe concluirse que dichos datos “no forman parte de una comunicación actual o consumada, ni proporcionan información sobre actos concretos de comunicación pretéritos o futuros” (STC 142/2012, FJ 3), de suerte que no cabe considerar que en el presente caso la actuación de los agentes de la Policía Nacional en el ejercicio de sus funciones de investigación supusiera una injerencia en el ámbito de protección del art. 18.3 CE.”*

a vários outros direitos fundamentais como a liberdade ideológica, a liberdade política e o segredo profissional entre outros.

3.2. Breves considerações sigilo de correspondências e comunicações nas constituições brasileiras e a relação do direito com a intimidade

No Brasil, a proteção constitucional ao sigilo de correspondências e comunicações teve início com a Carta Imperial de 1824, ao contrário do que ocorreu na maioria dos ordenamentos jurídicos, que só intensificaram sua positivação no início do século passado, e se mantém ainda hoje na Carta Democrática de 1988, sofrendo logicamente modificações e acompanhando os avanços tecnológicos a fim de possibilitar a máxima proteção ao direito.

A Constituição Política do Império do Brasil, de 24 de março de 1824⁴⁷⁰, a primeira após a proclamação da independência em relação a Portugal, em seu texto, não só garantia o sigilo das cartas (em respeito à liberdade, segurança individual e propriedade), como também responsabilizava o Correio brasileiro por sua eventual violação, como reflexo de uma época em que os direitos fundamentais somente eram vistos como passíveis de lesão pelas autoridades públicas integrantes do aparelhamento estatal. Naquela época o direito era assegurado exclusivamente aos cidadãos brasileiros, conforme se vê da leitura de seu texto⁴⁷¹:

Título 8º - Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros.

Artigo 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte

XXVII. O Segredo das Cartas é inviolável. A administração do Correio fica rigorosamente responsável por qualquer infracção deste Artigo.

⁴⁷⁰ Regulamentando o princípio constitucional, o legislador do Código Criminal do Império, nos arts. 215, 216, 217 e 218, entendeu que se tratava de direito relativo, de modo que não vedou a utilização das missivas em processos criminais senão aquelas tiradas do correio maliciosamente sem autorização do destinatário, ou da mão do portador particular, por qualquer maneira que seja (Almeida Júnior, 1960, p. 65, *apud* "Tratamento Constitucional do Sigilo de Correspondência". Walter Nunes da Silva Júnior. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: ano 41, n. 163 – Jul/Set/2004 ([in http://pt.scribd.com/doc/48255053/sigilo-da-correspondencia](http://pt.scribd.com/doc/48255053/sigilo-da-correspondencia)).

⁴⁷¹ Aqui nos valem da redação original do texto constitucional da época, que apresentaria inconsistências quando levadas em conta as regras gramaticais vigentes atualmente na língua portuguesa.

Com o fim da monarquia e a proclamação da república em 15 de novembro de 1889, foi inaugurada uma nova ordem Constitucional formalizada com a Carta Política de 24 de fevereiro de 1891. Este texto, traçado o paralelo com o seu antecessor, inovou em dois aspectos: a) primeiramente, avançou-se no sentido de assegurar o caráter universal do direito, passando este a ser garantido também aos estrangeiros residentes no país; ademais, restou abolida, ao menos do texto constitucional, a responsabilização do serviço postal oficial brasileiro até então consagrada⁴⁷², o que, vale dizer, não chegou a isentar a administração pública de sua responsabilidade.

Já a Constituição de 1934, se não inovou na redação da matéria, repetindo o texto de sua antecessora, por outro lado foi a primeira a prever um capítulo específico para os direitos e garantias individuais⁴⁷³, inserindo o direito ao sigilo de correspondência em seu contexto.

A Constituição do Brasil, de 10 de novembro de 1937, ainda que fosse resultante de um golpe de Estado⁴⁷⁴, manteve o ideal exposto nas anteriores e admitiu, pela primeira vez, de forma expressa, certa relatividade deste direito, atribuindo à legislação infraconstitucional a função regulamentadora.

Dos Direitos e Garantias Individuais

Artigo 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

6 – A inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei.

Em 1946, com a nova Constituição, fruto da redemocratização do Brasil, buscou-se reforçar a ênfase nos direitos fundamentais e, por consequência houve um retrocesso quanto à capacidade de desenvolvimento dos direitos fundamentais pelo legislador, retornando o constituinte com a redação sintética dada pelas Cartas de 1891 e

⁴⁷² "Título IV – Dos Cidadãos Brasileiros. Seção II – Declaração de Direitos. Artigo 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes: §18. É inviolável o sigilo da correspondência".

⁴⁷³ "Título III – Da Declaração de Direitos. Capítulo II – Dos Direitos e das Garantias Individuais. Artigo 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 8) É inviolável o sigilo da correspondência"

⁴⁷⁴ O então Presidente Getúlio Vargas dissolveu a Câmara e o Senado, revogando a Constituição de 1934 e promulgou a Carta de 1937, que reforçou o poder do executivo, reduzindo o papel do Parlamento em sua função legislativa.

1934, abolindo textualmente as exceções infraconstitucionais⁴⁷⁵ admitidas por sua antecessora⁴⁷⁶.

Com o advento da ditadura militar implementada a partir de 1º de abril de 1964, foi expedido ato institucional n. 1 (09/04/1964), mantendo a constituição em vigor, a despeito das diversas cassações de mandatos e suspensões de direitos políticos que foram implementados na prática. Em 1967 finalmente foi promulgada uma nova constituição que trouxe inovações em relação ao alcance (fruto do desenvolvimento tecnológico) do direito ao sigilo de correspondência. E tal se deu pela inserção da inviolabilidade telefônica e telegráfica no mesmo parágrafo que garantia a inviolabilidade da correspondência. Assim, a despeito de o telefone ter surgido em 1876, a tutela constitucional da garantia do segredo deste instrumento de comunicação, ao lado do telégrafo (instrumento de comunicação a distância por meio de sinais), só veio aparecer na Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967⁴⁷⁷, mantendo-se na Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969 com a seguinte redação:

Título II – Da Declaração de Direitos

Capítulo IV – Dos Direitos e Garantias Individuais

Artigo 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§9º. É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.

Urge ressaltar que, muito embora não tenha sido admitida, em nenhuma hipótese expressa, a violação do sigilo de correspondência e comunicações nas Constituições ulteriores à de 1937, a legislação infraconstitucional a admitia⁴⁷⁸, motivo

⁴⁷⁵ Na prática, entretanto, mesmo assim, durante a sua vigência, não se questionou a adequação do art. 233 do Código de Processo Penal (que restringia o direito) com a nova ordem constitucional. Na época, o entendimento do Supremo Tribunal Federal era até mais elástico, na medida em que admitia a quebra do sigilo da correspondência até mesmo para fins não penais, como se colhe da análise do acórdão no recurso em mandado de segurança n. 11.274, julgado em 27.11.63, lavrado pelo então Ministro Evandro Lins e Silva, que entendeu lícito o exame da correspondência comercial por meio de agentes fiscais.

⁴⁷⁶ “Título IV – Da Declaração de Direitos. Capítulo II – Dos Direitos e Garantias Individuais. Artigo 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: §6º. É inviolável o sigilo da correspondência”.

⁴⁷⁷ “Título II – Da Declaração de Direitos. Capítulo IV – Dos Direitos e Garantias Individuais. Artigo 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: §9º. São invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas”.

⁴⁷⁸ Seguem, a seguir, algumas das normas infraconstitucionais que excepcionavam a inviolabilidade do sigilo de correspondência: “Artigo 56. Pratica crime de violação de telecomunicação quem, transgredindo lei ou regulamento, exhiba autógrafa ou qualquer documento do arquivo, divulgue ou

pelo qual, na prática jurídica, era aceita e frequentemente deferida pelos órgãos jurisdicionais.

Finalmente, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, além de prever expressamente a tutela do sigilo das correspondências e comunicações telegráficas e telefônicas, instituiu a proteção às comunicações de dados e voltou a acolher textualmente sua relatividade, haja vista permitir a violação do sigilo de comunicações telefônicas nas hipóteses por si estabelecidas e na forma da legislação infraconstitucional específica.

Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais

Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal e instrução processual penal;

Vale salientar que o texto constitucional brasileiro, a despeito de utilizar a expressão mais restritiva “sigilo de correspondência”, tem como bem constitucionalmente protegido a liberdade das comunicações e a reserva sobre a comunicação emitida, com independência do conteúdo na mesma. Dessa forma, o direito abarca tanto a interceptação em sentido estrito (que supõe a apreensão física do suporte da mensagem – com conhecimento ou não do mesmo – ou captação, de outra forma, do

comunique, informe ou capte, transmita a outrem ou utilize o conteúdo, resumo, significado, interpretação, indicação ou efeito de qualquer comunicação dirigida a terceiro. § 2º Somente os serviços fiscais das estações e postos oficiais poderão interceptar telecomunicação. Art. 57. Não constitui violação de telecomunicação: II - O conhecimento dado: e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste" (BRASIL. Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962. Institui o código brasileiro de telecomunicações. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 03.04.2011); "Art. 10 - Não constitui violação de sigilo da correspondência postal a abertura de carta: I - endereçada a homônimo, no mesmo endereço; II - que apresente indícios de conter objeto sujeito a pagamento de tributos; III - que apresente indícios de conter valor não declarado, objeto ou substância de expedição, uso ou entrega proibidos; IV - que deva ser inutilizada, na forma prevista em regulamento, em virtude de impossibilidade de sua entrega e restituição. Parágrafo único - Nos casos dos incisos II e III a abertura será feita obrigatoriamente na presença do remetente ou do destinatário" (BRASIL. Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978. Dispõe sobre os serviços postais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 03.04.2011); "Artigo 151. Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem: §1º Na mesma pena incorre: II – quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas" (BRASIL. Código penal. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 1998).

processo de comunicação) quanto o simples conhecimento antijurídico do comunicado (abertura da correspondência alheia guardada por seu destinatário, por exemplo).

Curial aduzir, ainda, que a leitura dos diversos dispositivos editados ao longo do tempo não deixa margem de dúvida de que o constituinte sempre tratou de tutelar o sigilo dos meios de comunicação das diferentes épocas. Considerando que do Brasil Imperial do século XIX até meados dos anos 60 do século passado a comunicação ocorria principalmente através de correspondências postais, até então protegido era tão-somente o sigilo das correspondências. Com o advento do telefone e da telegrafia, também passou a haver preocupação com estes novos processos comunicativos.

Sob esta ótica, parece natural que com o avanço tecnológico e o surgimento, ainda que incipiente, na segunda metade da década de 80, das redes de computadores no Brasil, tenha-se adiantado o constituinte de 1988 e, numa posição de vanguarda, feito a extensão do sigilo às comunicações de dados⁴⁷⁹, conforme prevê o art. 5º, XII, acrescentando-o aos outros meios de comunicação até então protegidos. E, na mesma esteira de pensamento, o legislador que desenvolveu o direito fundamental, como adiante veremos, tenha expressamente incluído as comunicações feitas através de sistemas telemáticos⁴⁸⁰ (parágrafo único do art. 1º da Lei 9296/1996).

3.2.1. A relação entre intimidade e direito ao sigilo de correspondência na Constituição brasileira. Uma aproximação que não impede o reconhecimento da autonomia do direito previsto no art. 5º, XII.

Diversamente do que ocorreu em relação ao direito ao sigilo de correspondência, o direito constitucional brasileiro anterior à sua versão atual não fez qualquer menção expressa ao direito à intimidade, em especial, a Constituição Política do Império do Brasil, em 1824 e as Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967.

⁴⁷⁹ Alexandre de Moraes enfatiza que “o preceito que garante o sigilo de dados engloba o uso das informações decorrentes da informática. Essa nova garantia, necessária em virtude da existência de uma nova forma de armazenamento e transmissão de informações, deve coadunar-se com as garantias de intimidade, honra e dignidade humanas, de forma a impedir-se as interceptações ou divulgações por meios ilícitos”. (in *Direitos Humanos Fundamentais*, São Paulo, Editora Atlas, 1998, p. 146).

⁴⁸⁰ Enfatiza-se o caráter vanguardista em relação à matéria pelo fato de que no Brasil a primeira conexão real à internet somente ocorreu em 1991, mas só em 1994 os primeiros servidores world wide web (www) entraram em funcionamento. Outrossim, vale registrar que antes mesmo da expressa inclusão destes meios de comunicação no âmbito de proteção da Lei 9296/1996, várias decisões e estudos já estendiam a estes meios de comunicação a proteção do art. 5º, XII da Constituição Federal.

Foi tão somente na Constituição de 1988 que surgiu, expressamente, a proteção ao direito à intimidade, mais precisamente no art. 5º, X:

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

A intimidade no texto constitucional brasileiro, à semelhança do que dispõe o modelo espanhol, é reconhecida como condição para o exercício da liberdade de ação na vida pública, de modo que os erros, as imperfeições, os sentimentos, os preconceitos e até mesmo nossas virtudes não devem estar obrigatoriamente expostas ao domínio público, pois, interesses variados e situações das mais diversas podem nos levar a ocultar determinados fatos do conhecimento de outras pessoas.

Assim, tendo como pano de fundo a esfera laboral, é comum que o empregado ateu que deseje trabalhar no setor administrativo de uma unidade escolar de tendência católica, tenha interesse em manter silêncio sobre sua liberdade religiosa ou a professora que já tenha sido dançarina em clubes noturnos tenha interesse em ocultar esta informação quando postule ou exerça um trabalho no referido estabelecimento de ensino⁴⁸¹. Em outras palavras, é através da intimidade que se garante a verdadeira liberdade de ação na esfera social, do trabalho, familiar etc.

Daí, ser assente na doutrina constitucional brasileira e na jurisprudência constitucional a necessidade de se preservar a intimidade de cada pessoa, pois, como observa Greenwalt, citado por Edson Ferreira da Silva⁴⁸², “[...] *dada uma sociedade em que muitos estilos de vida e pontos de vista geram reações negativas se são conhecidas publicamente, é essencial um grau substancial de liberdade contra as observações, para que haja genuína autonomia*”.

Efetivamente, como reforça Cunha e Cruz⁴⁸³, a justificação lógica da intimidade se apresenta como uma projeção dos princípios da liberdade e da dignidade. Assim, salienta o constitucionalista que para se ter a vida livre e digna, é necessário

⁴⁸¹ Tornou-se notório no Brasil um caso de uma professora de educação pré-escolar que no Estado da Bahia foi despedida por justa causa por ter um vídeo postado no *youtube* em que aparecia dançando um balé sensual sob o palco em show de uma banda de pagode (este, na definição do *wikipedia* é um gênero musical brasileiro originado na Cidade de Salvador, a partir da cena musical do samba dos fundos de quintais, muito comuns no subúrbio da cidade. Esta é a forma pejorativa e preconceituosa que esta palavra assumiu).

⁴⁸² Ferreira da Silva, Edson Ferreira. *Direito à Intimidade*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 2.

⁴⁸³ Cunha e Cruz, Marco Aurélio Rodrigues, “A disciplina normativa brasileira sobre a intimidade e os bancos de dados”. *Araucaria*, 2007, vol 09, n. 018, Universidad de Sevilla, Sevilla, España, pp 56-84.

dispor de um âmbito de individualidade, de um espaço em que possa desenvolver as convicções isento de interferências, resguardando seus pensamentos, sentimentos e fatos.

Assinala o autor que *“na vida social, tratamos de construir nossa própria personalidade, manifestada pela individualidade. É certo que os valores delimitam os hábitos individuais, em algumas pessoas menos e em outras pessoas mais. O temor às reações negativas da comunidade sugere o receio de exposição à censura e à crítica. Por isso, os valores influenciam, sobremaneira, os sentimentos individuais de reclusão e reserva”*⁴⁸⁴.

De fato, na linha do quanto exposto, as decisões que dizem respeito a cada um de nós ficam afetadas, quando e se expostas à análise alheia. A intimidade, então, se torna indispensável para ponderar *“a tensão que a presença dos outros inevitavelmente nos produz. Necessitamos, por conseguinte, ter uma liberdade pessoal para o exercício da intimidade, conveniente e imprescindível para qualquer decisão pessoal (política, econômica, afetiva, pessoal, etc.)”*⁴⁸⁵.

A maior dificuldade, como já salientado anteriormente e é reforçada por Cunha e Cruz, sempre foi e continua sendo delimitar este espaço de refúgio individual, dada a mutabilidade de seu conteúdo e a influência do contexto sociocultural que se diferenciam segundo os parâmetros da época, do lugar e do *modus vivendi* de cada indivíduo, e até do resultado de sua relação com os outros direitos. Não obstante este conteúdo e conceito variáveis, o desejo e a necessidade de respeito à intimidade são universais⁴⁸⁶.

E vale ressaltar que, assim como ocorre na Espanha, também em território brasileiro a doutrina e a jurisprudência assentadas reconhecem que a intimidade da pessoa, voltada para a liberdade de ação do indivíduo, também é protegida por outros dispositivos constitucionais, de caráter mais concreto, que dela se destacam, e que tratam da inviolabilidade do domicílio, da correspondência e das comunicações em geral.

Assim, em complemento à previsão expressa do art. 5º, X, na linha de tutela do mesmo bem jurídico (a liberdade de atuação pública), o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal estabelece que: *“XII- é inviolável o sigilo da correspondência e*

⁴⁸⁴ “A disciplina normativa brasileira ...”, *op. cit.*, p. 61.

⁴⁸⁵ *Idem*, *op. cit.*, p. 61.

⁴⁸⁶ *Idem*, *ibidem*, pp. 61-62.

das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal."

Do mencionado preceito, são extraídos subdireitos com muito menor grau de abstração que a intimidade, materializados na garantia dos sigilos de correspondência, comunicações telegráficas, comunicações de dados, comunicações telefônicas, comunicações telemáticas, bem como na garantia dos sigilos bancário e fiscal. Todavia, estes direitos têm na intimidade um objeto de proteção e o seu elo comum, que proporciona critérios para sua interpretação⁴⁸⁷.

Corroborando esta ideia, Martins Valentino expõe, em relação à intimidade, que são “... várias as suas manifestações, que se desdobram e se multiplicam ao longo dos anos, mormente com os progressivos avanços tecnológicos que põem em risco o espaço íntimo de cada um, donde, a título exemplificativo, vale citar a honra, a imagem, a defesa do nome, a tutela da obra intelectual, o domicílio..., e o segredo das correspondências e comunicações..., devendo todas ser obedecidas para o desenvolvimento pleno da personalidade humana”⁴⁸⁸.

Bellini de Castro não destoa dessa visão de que a liberdade de agir em sociedade que visa garantir a intimidade também é protegida através do direito ao sigilo de correspondência, ao salientar que o ordenamento constitucional brasileiro, a despeito de ter amparado a inviolabilidade deste num dispositivo diverso daquele que trata da intimidade, não o descaracteriza como um subdireito daquela. Textualmente, diz o autor que “*não se pode olvidar, todavia, que o sigilo é uma especialização da proteção da intimidade...*”⁴⁸⁹. E diz-se uma especialização, um âmbito de concreção dela derivado, na medida em que na defesa da liberdade de ação do indivíduo em sociedade, o sigilo de correspondência e demais meios de comunicação por canal fechado se volta para a proteção da liberdade de se comunicar, que constitui uma prejudicial à liberdade de agir, tutelada, como visto, pelo direito à intimidade.

⁴⁸⁷ Como adiante se verá, a intimidade fornece pautas interpretativas tanto na visão do STF quanto principalmente na leitura feita pelo TST, através da qual o sigilo de correspondência parece assumir um papel secundário em relação à intimidade.

⁴⁸⁸ Martins Valentino, Cyrilston. “As exceções ao sigilo das correspondências e comunicações na Constituição de 1988”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4029>>. Acesso em: 16 jan. 2012.

⁴⁸⁹ Bellini de Castro, Leonardo. “As implicações jurídico-constitucionais da tutela da intimidade e suas relações com a atividade investigatória do Estado”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3028, 16 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20239>>. Acesso em: 15 jan. 2012.

Essa vocação comum, de proteção à liberdade de ação individual em sociedade é esgrimida por Cretella Júnior, quando insere a inviolabilidade da correspondência como uma extensão da segurança, diretamente relacionada ao direito fundamental à liberdade. Diz o autor que “[...] *se minha correspondência é aberta, nem por isso serei menos livre fisicamente, mas é a qualidade desta liberdade que será atingida. Não terei mais proteção para gozar da intimidade, conforme minhas conveniências, nem segurança na troca de ideias ou de opiniões com meus correspondentes afastados. Se minha intimidade é ameaçada, minha liberdade não passa de liberdade vigiada*”⁴⁹⁰.

Assim, não resta dúvida que a proteção constitucional ao sigilo da correspondência apresenta-se como um “*mecanismo essencial de proteção da intimidade e da liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito*”⁴⁹¹. E tal se dá porque o sigilo de correspondência, assim como o direito ao segredo das comunicações, seu paradigma espanhol, tem por objetivo proteger a liberdade de comunicação, prejudicial à liberdade de agir tutelada pelo direito à intimidade.

3.2.2. A autonomia do direito ao sigilo de correspondência em relação à intimidade

Entre os constitucionalistas brasileiros, diversos estudos realçam a aproximação evidente entre os direitos à intimidade e ao sigilo de correspondência, todavia, em geral, é reconhecida de forma pacífica a autonomia do sigilo de correspondência. Cretella Junior, sobre o direito ao sigilo de correspondência, não hesitou em afirmar que o direito “*vem sendo conceituado como a liberdade pública que consiste em emitir o pensamento exclusivamente ao destinatário, não podendo nenhuma outra pessoa devassá-lo, nem mesmo o Estado através de seus agentes*”⁴⁹². Ao comentar artigos do Código Penal Brasileiro, Souza Nucci⁴⁹³ expressamente traça um marco que separa ambos os direitos quando reconhece que “*há uma diferença fundamental entre violar uma correspondência – que é singelamente conhecer o seu conteúdo sem autorização para tanto – e violar um segredo – que é contar a terceiros*

⁴⁹⁰ Cretella Jr., José. *Curso de liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 547.

⁴⁹¹ Rodrigues de Faria, Bruno. “O sigilo da correspondência e a fiscalização tributária”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 454, 4 out. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5776>>. Acesso em: 19 jan. 2012.

⁴⁹² Cretella Júnior, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v.1. 2ª ed. RJ. Forense. 1990. p. 268.

⁴⁹³ Souza Nucci, Guilherme de. *Código Penal Comentado*. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 609.

um fato contido numa correspondência, capaz de gerar dano a outrem. O objeto protegido em um crime é a inviolabilidade da correspondência, enquanto no outro é a inviolabilidade do segredo. Um tipo penal protege diretamente o sigilo da correspondência, enquanto o outro protege a intimidade e a vida privada”.

Entre as questões de ordem prática que justificam um tratamento diferenciado entre intimidade e sigilo de correspondência, ainda que o desenvolvimento do direito na jurisprudência constitucional seja ainda insipiente se comparado ao que se dá na Espanha, um aspecto que parece ganhar força perante o Supremo Tribunal Federal tem sido o fato de que ao direito ao sigilo de correspondência é reconhecido um caráter formal, ao passo que o direito à intimidade possui evidente caráter substancial. Assim, o caráter sigiloso ou não da mensagem seria irrelevante, sendo a proteção ao processo comunicativo. De maneira que, como afirma Wobeto de Araújo, poder-se-ia dizer que “o sigilo protegido pela constituição deriva da comunicação e não de seu conteúdo”⁴⁹⁴.

Sampaio Leite segue esta mesma linha quando afirma:

“o campo de incidência do princípio da inviolabilidade das comunicações pessoais não se confunde com o âmbito de tutela da intimidade: se não houver fato íntimo no conteúdo da comunicação, apenas a inviolabilidade das comunicações estará em pauta. (...) a intimidade diz respeito, especificamente, aos sentimentos mais íntimos do ser humano, pelo que a invasão das mensagens eletrônicas não viola, necessariamente, a intimidade e sim, de forma específica, concreta e objetiva, o direito a inviolabilidade das comunicações. A diferença está em que o fato da interceptação, independentemente da violação do conteúdo, é o bastante para violar o direito, enquanto a violação da intimidade requer a existência de fato íntimo para caracterizá-la”⁴⁹⁵.

Na mesma toada o escólio de Ferraz Júnior⁴⁹⁶, quando afirma:

“[...] O sigilo, no inciso XII do artigo 5º, está referido à comunicação, no interesse da defesa da privacidade. Isto é feito, no texto, em dois blocos: a Constituição fala em sigilo ‘da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas’. Note-se, para a caracterização dos blocos, que a conjunção ‘e’ une correspondência com telegrafia, segue-se

⁴⁹⁴ Wobeto de Araújo. Daniela Regina. “Direito fundamental à inviolabilidade do sigilo das comunicações, em especial, as comunicações eletrônicas”. *Raízes jurídicas*, v.3, n.1, jan/jul 2007, Curitiba.

⁴⁹⁵ Apud Belmonte, Alexandre Agra. *O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, pp. 64-65 in Leite Sampaio, José Adércio. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e das informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

⁴⁹⁶ Ferraz Jr., Tercio Sampaio. “Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado”, publicado nos *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, volume 1, pp. 141-154.

uma vírgula e depois, a conjunção de dados com comunicações telefônicas. Há uma simetria nos dois blocos. Obviamente o que se regula é comunicação por correspondência e telegrafia, comunicações de dados e telefônica. O que fere a liberdade de omitir pensamento é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro. [...]. A distinção é decisiva: o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação. Doutro modo, se alguém, não por razões profissionais, ficasse sabendo legitimamente de dados incriminadores relativos a uma pessoa, ficaria impedido de cumprir o seu dever de denunciá-los”.

No plano da jurisprudência constitucional, diversamente do que ocorre na Justiça do Trabalho brasileira⁴⁹⁷, em que por diversas vezes se verifica um verdadeiro amálgama entre direito à intimidade e sigilo de correspondência, o STF, acolhendo o pensamento pacífico reinante na doutrina científica, em mais de uma oportunidade, ainda que reconhecendo a íntima relação entre os direitos em questão, assinalou, de maneira a não deixar dúvidas, que o direito ao sigilo de correspondência é um direito autônomo, com feição e características próprias, realçando características suas que o distinguiriam do direito à intimidade.

Eis a expressa dicção do STF em um desses julgados: “*a garantia do sigilo das diversas modalidades técnicas de comunicação pessoal — objeto do art. 5º, XII — independe do conteúdo da mensagem transmitida e, por isso — diversamente do que têm afirmado autores de tomo —, não tem o seu alcance limitado ao resguardo das esferas da intimidade ou da privacidade dos interlocutores*” (Caso O GLOBO X GAROTINHO - Petição 2.702-7/RJ, de 18 de setembro de 2002)⁴⁹⁸.

Assim, não há dúvida que, da mesma forma que seu paradigma espanhol, e alicerçado na doutrina científica brasileira, o STF, a despeito de admitir certa proximidade entre o direito à intimidade e o direito ao sigilo de correspondência, reconhece a autonomia deste em relação àquele. Ademais, também no ordenamento brasileiro, a proteção que o art. 5º, XII oferece é ao processo comunicativo, independentemente do teor da comunicação efetuada, em virtude de suas garantias técnicas.

⁴⁹⁷ A jurisprudência do TST já foi vista, no que tange ao poder diretivo, no capítulo 3, e será detalhada no capítulo 5 deste estudo.

⁴⁹⁸ Entre outros processos, uma argumentação análoga também foi utilizada no HC 80949, de 14.12.2001.

4. O âmbito de cobertura

4.1. Elementos componentes do âmbito de cobertura do direito ao segredo das comunicações (art. 18.3 CE)

Para melhor esclarecer o âmbito de cobertura do direito ao segredo das comunicações, necessário delimitar as fronteiras conceituais dos termos “*comunicação*” e “*segredo*”, analisando a relação existente entre ambos e o alcance constitucional das expressões, viabilizando, ademais, a melhor configuração da proteção contida no art. 18.3 CE, de maneira a compreender a visão do correio eletrônico nesse contexto, trasladando a doutrina sobre o direito fundamental ao segredo das comunicações à questão concreta proposta neste trabalho, que é a possibilidade de intervenção nesse meio de comunicação pelo empregador quando de seu uso pelo empregado no curso da relação de trabalho.

4.1.1. A noção de processo comunicativo. O correio eletrônico como manifestação do art. 18.3 da Constituição Espanhola

O art. 18.3 da CE, que consagra o direito ao segredo das comunicações, estipula que esta garantia tutela especialmente as comunicações postais, telegráficas e telefônicas. A toda evidência, trata-se de uma enumeração meramente exemplificativa, centrada naqueles meios de comunicação mais habituais quando da promulgação da Constituição Espanhola, em 1978. O texto constitucional não restringe, a princípio, esse direito em relação a nenhuma das formas de comunicação possíveis.

Porém, se é certo que o texto constitucional não fez qualquer restrição, também não se pode afirmar que toda comunicação está protegida pela garantia do segredo das comunicações. De fato, o art. 18.3 CE, ainda que não tenha usado a expressão correspondência e sim comunicações, parece, a despeito de algum entendimento doutrinário e jurisprudencial em contrário, referir-se, primordialmente, à comunicação a distancia⁴⁹⁹ (*telecomunicações*)⁵⁰⁰. Em igual sentido, a doutrina

⁴⁹⁹ Dentro da União europeia, usualmente se reconhece o direito ao segredo das comunicações à distância ou telecomunicações, como se dá na Constituição portuguesa (art. 34), holandesa (art. 13), dinamarquesa (art. 72) e italiana (art. 15).

⁵⁰⁰ Martín Morales (*El Régimen ...*, op. cit., p. 46) chega a afirmar que “*el artículo se refiere a una comunicación a distancia, por cuanto que lo que contempla dicho precepto no es el secreto de las conversaciones*”. Em igual sentido, J. Jimenez Campo (“La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”. In *Revista Española de Derecho Constitucional*. Ano 7, n. 20, Madrid, mayo-agosto de 1987, p. 49). Em sentido contrário, Maria Luisa Fernandez Esteban (“Estudio de la jurisprudencia...”, op. cit., p. 21), que admite a equiparação das conversas não mantidas a distancia, sempre que realizada em lugar afastado, denotando o manifesto interesse dos participantes de excluir os demais. O Tribunal

especializada e a jurisprudência do Tribunal Constitucional apontam que a garantia do art. 18.3 CE estaria voltada apenas para este tipo de comunicação. E tal não se justifica apenas pelo fato de que os meios de comunicação exemplificados tenham esse perfil. Em verdade, o que justifica esta conclusão é o fato de que as comunicações a distancia têm uma característica que as distingue das que se dão em presença dos comunicantes, que consiste no fato de o segredo, no primeiro caso, estar garantido do ponto de vista técnico, sendo parte integrante do sistema de comunicação. Assim, se a interceptação de uma comunicação a distancia, subjetivamente, conforme o teor da mensagem mantida, pode gerar em maior ou menor grau lesão à intimidade, verifica-se que objetivamente a intervenção no processo já iria de encontro ao direito ao segredo das comunicações. Ao revés, a comunicação mantida pessoalmente apenas seria capaz de gerar, conforme o seu teor, lesão à intimidade dos interlocutores.

Porém, dentre as comunicações efetuadas a distancia, há algumas em que não se nota a tutela do art. 18.3 CE, como cartas publicadas em periódicos ou blogs, em que, até pelo interesse em ver o seu teor conhecido, são realizadas por canais abertos, na medida em que não oferecem garantias técnicas que assegurem o segredo do comunicado.

De fato, a comunicação que a Constituição proíbe a interceptação e tutela, através da garantia do art. 18.3 CE, é aquela realizada sem publicidade⁵⁰¹, aquela que se presume não seja, pela existência de garantias técnicas de segredo, conhecida por terceiros. Nesse sentido, a doutrina distingue os meios de comunicação, conforme esta se processe por canal fechado ou aberto, permitindo, neste último caso, o acesso por terceiros, que será vedado nas comunicações à distância por canal fechado, a exemplo das postais, telegráficas e telefônicas.

Rodríguez Ruiz⁵⁰², sobre o tema externa que *“es precisamente la existencia de garantías técnicas de secreto lo que justifica el reconocimiento de un derecho específico dentro del derecho a la intimidad, de un derecho que no se limita a proteger expectativas más o menos razonables de secreto, sino el secreto en cuanto que elemento característico o parte integrante de un sistema de comunicación”*.

Constitucional na STC 114/84 equiparou a gravação de conversas à lesão ao segredo das comunicações quando, analisando recurso de amparo, pontuou *“quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución”*

⁵⁰¹ Leia-se a respeito Martín Morales, Ricardo (*El régimen...*, op. cit.), exemplificando alguns casos em que o intento de dar publicidade ao comunicado retira a proteção prevista no art. 18.3 CE.

⁵⁰² *El secreto...*, op. cit., p. 66.

Posição ligeiramente discrepante é a defendida por Fernandez Esteban, para quem *“el secreto protegido en el artículo 18 de la Constitución no es aquel que resulta de garantías técnicas de secreto, sino la expectativa del comunicante de que su comunicación no va a ser interceptada por terceros ajenos a la comunicación”*. Aqui, a autora, para justificar seu entendimento, traz à lembrança que o TC entendeu compreendidas nas comunicações do art. 18 da Constituição as que se realizam através de comunicações sem fio (inalámbricas), ainda que seja notório que seja bastante reduzida a garantia técnica de segredo neste meio de comunicação⁵⁰³ (STC 34/1996⁵⁰⁴). Nesse ponto, seguindo o seu raciocínio, pouca ou nenhuma relevância teria a possibilidade técnica de interceptação de um determinado meio de comunicação, o que, entre os meios eletrônicos, possui possibilidades infinitas⁵⁰⁵. O que estaria resguardado seria a expectativa de segredo que o meio de comunicação gera no emissor e no receptor da mensagem.

Em verdade, não nos parece necessário escapar da noção de garantias formais, de ordem técnica, para compreender a posição do TC na sentença 34/1996, ao estender a tutela do art. 18.3 CE às comunicações sem fio. A expectativa de segredo, além de ser um parâmetro que se apoia na perigosa indeterminação a respeito de quem definiria a razoabilidade destas expectativas, seria, por exemplo, insuficiente, dentro do senso comum, para converter em secreta, por exemplo, uma comunicação feita por cartão postal, uma vez que este, por sua natureza, está à vista de todos. De outra senda, o argumento em que se alicerça para arguir a insuficiência do critério da garantia objetiva não é insatisfatório. Até porque é possível compatibilizar os dois posicionamentos, desde que se fale em expectativas não meramente subjetivas, mas baseadas em garantias técnicas objetivas.

⁵⁰³ A garantia técnica das comunicações sem fio (inalámbricas) é bem menor, por exemplo, do que o das comunicações que se realizam a cabo.

⁵⁰⁴ Na mesma linha a STC 114/84, que trata da gravação de conversas entre particulares.

⁵⁰⁵ Em relação às comunicações tradicionais como as cartas, uma nota característica que as distingue dos correios eletrônicos é que seu conteúdo pode ser facilmente lido pelo responsável pelo serviço – “postmaster” (muitas vezes sem qualquer sinal da leitura fraudulenta), nada impedindo tecnicamente tanto a leitura das mensagens enviadas como das recebidas. Ressalva-se apenas a hipótese, pouco comum de conteúdo protegido por alguma técnica de “cifrado” (criptografado). Há quem veja, porém, também enormes facilidades na burla ao conteúdo de cartas ou ligações telefônicas (que com o tempo serão cada vez maiores) e nem por isso se cogita excluir esses sistemas do âmbito de proteção do direito ao segredo das comunicações. O que demonstra que não é a impenetrabilidade do sistema que caracteriza uma comunicação de canal fechado, mas a expectativa média de confiança de que não haverá violação no sistema utilizado, algo que se tem quando se liga ou atende um telefonema, se fecha uma carta e entrega para o sistema de correios ou quando se ingressa na caixa postal do e-mail e é exigida senha de acesso, muito semelhante à que se exige para ter acesso aos sigilosos dados bancários.

Ademais, sem embargo de dúvida, não se pode concluir que a mera possibilidade romper a garantia técnica existente em uma comunicação torne desarrazoada a confiança de que esta siga em segredo⁵⁰⁶. Em verdade, difícil reconhecer sequer uma garantia técnica de segredo que seja absolutamente inexpugnável⁵⁰⁷. Pelo que a maior ou menor possibilidade de violação de um aparato técnico que garanta o segredo da comunicação à distância não pode servir como critério para infirmá-lo como a nota principal que caracteriza o direito previsto no art. 18.3 CE.

Assim, já é possível concluir que a existência da garantia técnica de segredo (o envelope, a linha telefônica, a senha da caixa postal do e-mail, entre outras), por si só, já seria suficiente para determinar que uma telecomunicação seja incluída no rol daquelas protegidas pelo segredo das comunicações, independentemente do seu grau de falibilidade ou da possibilidade de êxito de eventuais ações lesivas conscientes do terceiro que deseje intervir no processo comunicativo. Então, a comunicação a que se refere o art. 18.3 é a que decorre de *“cualquier proceso de transmisión de mensajes (a distancia) entre personas determinadas a través de cualquier medio técnico”*⁵⁰⁸ e qualquer que seja o sistema empregado para realizá-las (nesse sentido, STC 70/2002, FJ 9).

Quanto a este último aspecto, reconhecendo em linhas gerais as ilimitadas possibilidades tecnológicas, o TC relativizou, ampliando, o conceito de comunicação ao primeiro estabelecer que *“sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de comunicación la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados, el derecho posee eficacia ‘erga omnes’) ajenos a la comunicación misma”* (STC 114/1984, FJ 7).

Esta ampliação conceitual, quase duas décadas depois, foi detalhada quando o tribunal direcionou seu foco, desta vez, para os avanços detectados no setor das comunicações. Nesse sentido, foi garantido o espírito aberto do artigo e sua possibilidade de extensão futura a meios de comunicação a distancia ainda não concebidos: *“ciertamente los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el*

⁵⁰⁶ Situação similar equivaleria em não sustentar em base técnica o sigilo bancário, pelo simples fato de um hacker poder invadir o sistema desses estabelecimentos.

⁵⁰⁷ Tecnicamente, não é preciso muito apuro para obter em sítios da própria internet formas de violar comunicações postais, telemática etc. Em relação a estes últimos há vários softwares espíões cuja divulgação se dá livremente na internet.

⁵⁰⁸ Jiménez Campo, J. (*“La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”*), *REDC*, n. 20, 1987, p. 42.

uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos, como se deriva necesariamente del tenor literal del art. 18.3 CE” (STC 70/2002, FJ 9). Por fim, na mesma toada, explicitando uma vez mais o caráter aberto do conceito e as ilimitadas possibilidades de criação de meios comunicativos cujo segredo estará protegido pelo art. 18.3 CE, o TC enfatizou que a comunicação a que se refere o 18.3 sequer necessita ser expressa mediante palavras, podendo ser manifestada através de qualquer tipo de signos que permitam a comunicação entre o emissor e o receptor da mensagem⁵⁰⁹: *“la comunicación es a efectos constitucionales el proceso de transmisión de expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos”* (STC 281/2006, FJ 3).

Ademais, explícita neste sentido, é a STC 241/2012, que analisa à luz do art. 18.3 CE a violação do direito ao segredo das comunicações efetuadas através de um programa de mensagem instantânea chamado *Trillian*, que permite o envio e o recebimento de mensagens efetuadas por todas as mídias sociais (*facebook, messenger* etc.) e por correio eletrônico. Nesse sentido, consignou textualmente que *“en el desarrollo de la prestación laboral pueden producirse comunicaciones entre el trabajador y otras personas cubiertas por el derecho al secreto del art. 18.3 CE, ya sean postales, telegráficas, telefónicas o por medios informáticos, por lo que pueden producirse vulneraciones del derecho al secreto de las comunicaciones por intervenciones antijurídicas en las mismas por parte del empresario o de las personas que ejercen los poderes de dirección en la empresa, de otros trabajadores o de terceros”* (FJ 6).

Assim, não resta dúvida, por tudo quanto foi dito, que se inclui neste conceito genericamente denominado pelo constituinte de comunicação à distância, as mensagens enviadas e recebidas mediante correio eletrônico, já que são transmitidas a distancia, por suporte técnico, transmitindo-se por um canal fechado de comunicação, requerendo, ademais, ações conscientes do destinatário para sua abertura, assim como do terceiro que deseje intervir no processo comunicativo. E aqui, apenas para corroborar esta conclusão que já se pode retirar com tranquilidade da jurisprudência do TC, o art. 197 do Código Penal Espanhol⁵¹⁰, menciona junto a papéis e cartas, as mensagens de

⁵⁰⁹ Elvira Perales, Ascensión. *Derecho al secreto de las comunicaciones*, Madrid: Iustel, 2007, p.17.

⁵¹⁰ O legislador orgânico, ao redigir o Código Penal, considerou digno de proteção máxima o segredo das comunicações existente no correio eletrônico, ao aduzir no art. 197 que *“su interceptación o apropiación*

correio eletrônico entre os pertences pessoais cuja apoderação para descobrir segredos ou conhecer a intimidade de seu portador constitui delito.

Relevante pontuar, ainda, que, no que tange à confiança no segredo da comunicação, no caso do e-mail, o seu funcionamento se dá por intermédio de uma garantia técnica, uma chave de acesso secreta (a senha ou *password*). De maneira que parece razoável que, diante do acesso às próprias mensagens por meio de senha e com instrução de não comunicá-la a outros por motivo de segurança, se possa confiar na impenetrabilidade externa à comunicação efetuada por correio eletrônico.

Mais uma vez, nos remetemos ao quadro rascunhado por Fernandez Esteban⁵¹¹, que, a respeito do tema, assinala:

El acceso a la propia cuenta de correo a través de una clave de acceso da lugar a una situación de percepción psicológica de secreto que puede compararse con la sensación de usar la línea telefónica o con el facto de cerrar un sobre para enviarlo por correo. (...) Lo garantizado a través del derecho al secreto de las comunicaciones en nuestro derecho no depende de las garantías técnicas del secreto, sino de la situación psicológica de confianza en el secreto del que usa un determinado medio de comunicación”. Para, ao final, concluir que “sobre el secreto a las comunicaciones puede afirmarse con rotundidad que la comunicación a través del correo electrónico es una comunicación por ‘canal cerrado’ dada las claras expectativas de secreto que genera su uso sin que quepa argumentar la facilidad técnica para la interceptación del correo electrónico.

Nesse ponto, reforçando o entendimento antes defendido, e independentemente da expectativa que se tenha em torno processo comunicativo, reitera-se, usando algumas expressões acima gizadas, que a garantia do segredo das comunicações telemáticas está na proteção técnica da senha do correio eletrônico, justificando, dessa forma, a tutela do seu segredo pelo art. 18.3 CE, “*sin que quepa argumentar la facilidad técnica para la interceptación del correo electrónico*”.

Oportuno registrar, entretanto, que o Tribunal Constitucional na STC 241/2012 assim não entendeu, parecendo se apartar de sua própria doutrina, ao confundir a expectativa de segredo inerente ao direito previsto no art. 18.3, de viés essencialmente formal, e pautado na existência de garantia técnica, com uma leitura subjetiva desta expectativa que lhe aproxima daquele espírito próprio do direito à

ilegítima es subsumible en el tipo del delito de descubrimiento y revelación de secretos”. Ainda, no plano infraconstitucional, também a Lei Geral de Telecomunicações (Lei 32/2003), em seus arts. 33/35, estende a todos os operadores e serviços de telecomunicação a garantia ao segredo das comunicações, sem discriminação de nenhum meio específico.

⁵¹¹ Fernández Esteban, M. Luisa. “Estudios...”, *op. cit.*, p. 1911.

intimidade, quando pontua que “no existiendo una situación de tolerancia a la instalación de programas y, por ende, al uso personal del ordenador, no podía existir una expectativa razonable de confidencialidad derivada de la utilización del programa instalado, que era de acceso totalmente abierto y además incurría en contravención de la orden empresarial.” (FJ 6)

De fato, dentro da linha da jurisprudência anterior do TC, o raciocínio desenvolvido poderia ser aceitável em relação ao direito à intimidade, porém o uso comum do computador e a vedação à instalação do programa não retira a existência da garantia técnica, fundamentadora do direito ao segredo das comunicações. Pelo que, em princípio, esta sentença, que será apreciada de forma mais detalhada no capítulo 5 deste estudo, quanto à caracterização da expectativa de segredo deve ser vista como um hiato na jurisprudência constitucional espanhola⁵¹².

No mais, o correio eletrônico, reconhecido como exemplo da ‘comunicação’ a que se refere o constituinte no art. 18.3 CE, possui, enquanto sistema comunicativo, peculiaridades outras que merecem ser detalhadas.

4.1.1.1. Ainda sobre o âmbito de cobertura e a extensão do conceito de comunicação. A diferença entre os pacotes postais e os anexos de e-mail

Um tema bastante discutido e com especial relevância para a comunicação por correio eletrônico é a sua extensão. Já se conceituou comunicação no item acima, com apoio na doutrina de Jimenez Campo, como um processo de

⁵¹² Ainda que se trate de uma única decisão e que em outros casos o Tribunal Constitucional tenha se manifestado em sentido diametralmente oposto, Marín Alonso entende que esta decisão faz crer que para o Tribunal Constitucional, a partir de agora, a maior ou menor facilidade de acesso ao conteúdo da comunicação passou a ter relevância para caracterização do que seria comunicação por canal fechado, cujo segredo estaria protegido na forma do art. 18.3 CE. Textualmente consignou que “el TC hace depender la protección que oferta el art. 18.3 CE en el hasta ahora irrelevante dato de que el medio de comunicación utilizado ofrezca estrictas garantías de secreto y no, por tanto, una mera expectativa de tal entre los interlocutores. La facilidad o no de acceso al contenido del mensaje se convierte en un elemento trascendental para tolerar o no la interceptación del mismo, dejando atrás pronunciamientos previos del TC que entendían que el secreto no depende de las garantías técnicas del medio de comunicación utilizado –v. gr. en las comunicaciones inalámbricas-. Por tanto, si hasta ahora podía asegurarse que cuando los elementos caracterizadores del derecho al secreto de las comunicaciones concurrían en los nuevos sistemas de comunicación utilizados en la empresa, se generaba la obligación de proteger dichos sistemas y garantizarles la debida protección en el ordenamiento laboral, siempre que, naturalmente, respondieran a las exigencias establecidas por el TC al respecto, resulta que ahora la protección del art. 18.3 CE sólo va a extenderse a los novedosos medios de comunicación que garanticen técnicamente su secreto o que, al menos, dificulten sus posibilidades de interceptación. La mera expectativa de secreto de los interlocutores en que su mensaje está libre de injerencias externas deja de ser elemento relevante a la hora de otorgar la protección del art. 18.3 CE” (“La mensajería electrónica en la empresa: un paso atrás en la protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones. (A propósito de la STC 241/2012, de 17 de diciembre)”. *Relaciones Laborales*, nº 3, sección comentarios de jurisprudencia, Marzo 2013, Año 29, Editorial LA LEY)

transmissão de mensagens entre pessoas determinadas através de qualquer meio técnico. A questão parece intrincarse quando se busca discutir se o seu conceito é idôneo para amparar os anexos que muitas vezes acompanham o correio eletrônico (em sentido estrito). Tal questão apresenta enorme relevância, visto que com muita frequência a estas comunicações são juntados outros arquivos.

Se é certo que não há posicionamento do TC a respeito do tema no que pertine à mensagem por correio eletrônico, entendemos que a doutrina construída a respeito das cartas postais aqui pode ser de grande utilidade para definir as linhas pelas quais se guia o pensamento da Corte Constitucional. De fato, através da STC 281/2006, o TC restringiu o conceito de comunicação como forma de distinguir as cartas dos pacotes postais, ressaltando que o segredo das comunicações somente protegeria os primeiros e não o transporte de mercadorias, nem aqueles pacotes que, ainda que podendo, em tese, conter correspondência, haja dispositivo legal que proíba esta utilização⁵¹³.

Rodríguez Ruiz⁵¹⁴, sobre a expressão comunicação postal, diz que esta se refere às ações de fazer saber algo a alguém, que se levam a cabo por escrito e mediante um intermediário postal. A cobertura, continua a autora, estaria limitada às “comunicações”, ou seja, atos de transmissão de palavra escrita⁵¹⁵, na medida em que esta atua como substituto da palavra oral. Para a autora, a Constituição não reconhece um direito ao segredo da transmissão de todo tipo de objeto mediante intermediário, o que diferencia a Constituição da Espanha da Lei Fundamental de Bonn, cujo art. 10 reconhece um direito ao segredo postal, ou seja, de todo envio que se realize por meio de serviços de correios, na medida em que esteja sob sua custódia e independentemente do conteúdo, sejam palavras escritas ou qualquer outro objeto. Não sendo este o tratamento constitucional espanhol (mais restrito), os envios postais que não se enquadrassem no modelo “palavras ou sinais escritos”⁵¹⁶ estariam excluídos de tutela constitucional.

Mais adiante, entretanto, a autora salienta⁵¹⁷ que muitas vezes a diferença entre cartas e pacotes postais é de natureza eminentemente formal e até

⁵¹³ Vide Elvira Perales, Ascensión. *Derecho al secreto...*, op. cit., pp. 25-26.

⁵¹⁴ Rodríguez Ruiz, Blanca. *El secreto...*, op. cit., p.68.

⁵¹⁵ Nesse sentido Jiménez Campo, Javier. “La garantía...”, op. cit., p. 46.

⁵¹⁶ Aqui se faz menção ao que usualmente se transmite através de cartas postais, devendo ser entendida a locução “palavras ou sinais escritos” de uma forma mais ampla, como qualquer expressão de sentido que possa ser reduzida à forma escrita.

⁵¹⁷ Rodríguez Ruiz, Blanca. *El secreto...*, op. cit., p. 69.

econômica (já que o pacote postal seria menos oneroso ao usuário), posto que, dentro de certa margem o emissor pode optar por um modelo ou por outro de envio⁵¹⁸. Diante dessa possibilidade, a garantia do segredo da comunicação nas cartas e de igual comunicação em um pacote postal não poderia diferir, pois equivaleria a impor um pagamento para a proteção do direito ao segredo das comunicações, por obrigar o usuário a se valer da comunicação mais dispendiosa.

Efetivamente, seu posicionamento exige certa reflexão. A doutrina do TC se conduz mais recentemente pela distinção de tratamento entre mensagem e pacotes postais, pautada na distinção manifesta de finalidades (estes últimos voltados para o transporte de mercadorias) e na possibilidade objetiva de distinguir uma modalidade de envio da outra, de modo que, de acordo com a jurisprudência constitucional, somente a comunicação por carta estaria tutelada pela proteção contida no art. 18.3 CE. Assim, as comunicações postais teriam seu direito resguardado, em detrimento das mercadorias transportadas por via postal, posto que, em relação a estas, razões de segurança pública exigem sua averiguação em determinados casos⁵¹⁹.

A situação, todavia, ainda amparado nos pilares acima assentados, parece ser mais delicada em se tratando de mensagem eletrônica. É que esse modelo de comunicação permite que junto ao conteúdo da mensagem, sigam anexos com textos, imagens, sons (conhecidos como *attachments*⁵²⁰). Segundo grande parte dos autores⁵²¹ especializados no tema, não havendo razão para o tratamento jurídico distinto, devem os anexos ser equiparados à correspondência, como parte integrante da comunicação, pelo

⁵¹⁸ Para Rodriguez Fernandez, Jose Julio (*Secreto e intervención de las comunicaciones...*, *op. cit.*) o problema surge quando certos suportes, que não parecem levar comunicação, transmitem-na efetivamente, sendo certo que até os pacotes postais podem levar mensagens pessoais de índole confidencial. Daí o autor evoluir para o conceito de “expectativa razoável de proteção”, passando de um conceito objetivo de comunicação para um conceito subjetivo.

⁵¹⁹ Martín Morales, Ricardo (*El régimen...*, *op. cit.*, p. 54), ainda que pareça inclinado em não admitir a extensão do segredo das comunicações aos objetos transportados pelo serviço de correios, reconhece que a doutrina se encontra dividida a respeito, pois, enquanto “*hay quien estima que debe entrar dentro del concepto de comunicación cualquier tipo de intercambios realizados a través de los servicios legales de correos, otros piensan que no es intrascendente cual sea el contenido de lo transmitido, debiéndose distinguir entre la correspondencia que sirve para la expresión formal del pensamiento y otros tipos de intercambios como la paquetería postal*”.

⁵²⁰ *Attachments* são arquivos anexados na mensagem. Se a mensagem tiver arquivos anexados, aparecerá um pequeno clipe sobre o ícone do envelope na lista de mensagens (messenger) se o programa for capaz de interpretar esse arquivo, ele o exibe no pé da mensagem. Caso contrário, ao final aparecerá um link com o nome do arquivo e sua descrição, podendo este ser aberto ou gravado no disco. Informação obtida no site www.quantica.com.br, visitado em 30.04.2008.

⁵²¹ Aqui, podemos citar, entre outros, Marín Alonso, Inmaculada, (*El poder...*, *op. cit.*, p. 152), Fernandes Esteban, Jose Julio, (*Secreto e intervención de las comunicaciones...*, *op. cit.*, p. 1916), Roig Batalla, Antoni et al., (*El uso laboral ...*, *op. cit.*, p. 75), sendo que, este último entende que o controle sobre os documentos anexos é também um controle sobre o conteúdo do correio.

que também estariam protegidos pelo direito ao segredo das comunicações. Acrescente-se, ademais, como argumento de reforço, que quando se fala em *attachments*, não estamos diante do transporte de mercadorias. Ademais, esses anexos, diferentemente do que ocorre com os pacotes postais, efetivamente podem configurar (e geralmente configuram) pura e simples comunicação, valendo-se nesse caso, o emitente de uma das formas acima enumeradas (sons, imagens etc.). Dessa maneira, a alegação de que os anexos dos e-mails não teriam aparência de comunicação tutelada pelo art. 18.3 CE aqui não seria pertinente.

Registre-se, ainda, que nesta mesma sentença (STC 281/2006) o TC estabeleceu que a comunicação protegida pelo segredo, para efeitos constitucionais, é “*el proceso de transmisión de expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos*”. Logo, ao afastar a noção de comunicação dos estritos modelos enumerados no art. 18.3 CE (postal, telefônico e telegráfico), apresentando conceito bastante amplo, a jurisprudência constitucional permite a conclusão de que os anexos dos correios eletrônicos não estariam, *a priori*, excluídos do rol daquilo que pode ser visto e entendido como integrante do processo comunicativo, para fins da proteção do art. 18.3 CE.

4.1.2. O segredo

A proteção dispensada às comunicações pela norma fundamental se materializa pela afirmação de seu segredo⁵²². Como bem pondera Martín Morales, a Constituição Espanhola optou pelo uso da expressão segredo das comunicações para apresentar o direito previsto no art. 18.3 CE. Poderia ter se valido de outras expressões como inviolabilidade ou liberdade, dentre outras utilizadas nas diversas constituições nacionais e textos supranacionais⁵²³.

Segredo, de acordo com a Real Academia Espanhola⁵²⁴, é “*cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta*”. É o que qualifica a comunicação. De acordo com o TC, o direito ao segredo possui um caráter formal e que é estendido a todos os comunicados, não importando o seu conteúdo da comunicação, seja pessoal,

⁵²² Jimenez Campo, Javier. “La garantía constitucional del secreto...”, *op. cit.*, p. 50.

⁵²³ Como já visto as Constituições de alguns países, como Alemanha, Portugal, Bélgica, Brasil, Chile e Argentina consagram a expressão inviolabilidade. Outros, a exemplo da Itália garantem a liberdade ao segredo. Enquanto que a Espanha optou pela utilização apenas da expressão segredo na configuração do direito fundamental previsto no art. 18.3 CE.

⁵²⁴ Conceito retirado do sítio www.rae.es/rae.html, visitado em 29.04.2008. Constam, ainda, diversos outros conceitos no referido sítio, como reserva, sigilo etc.

íntimo, reservado ou não (STC 114/84, FJ 7), o que implica uma presunção *iure et de iure* de que o comunicado é secreto, protegendo da ingerência de terceiros, sem distinguir o conteúdo. Assim, de acordo com o direito consagrado no art. 18.3 CE, o segredo é atributo da comunicação e não de seu conteúdo, de forma que a proteção constitucional permanece ainda quando o transmitido não entre na esfera da intimidade.

A garantia ao segredo das comunicações é na verdade um mecanismo de defesa da liberdade de entabulá-las⁵²⁵. Nesse sentido, a STC 114/1984 expressamente consigna que o art. 18.3 CE “*consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto*”. Não seria incorreto afirmar que o bem tutelado seria a liberdade das comunicações através de seu segredo.

A proteção do direito previsto no art. 18.3 CE⁵²⁶, de acordo com a doutrina do STC, “*alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos*” (SSTC 123/2002, FJ 4 e 56/2003, FJ 2). Ainda que essa seja a regra geral para o TC, sem embargo, é possível, quando a comunicação fica registrada em suporte físico ou virtual, que o segredo possa “*conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje – con conocimiento o no del mismo – o captación de otra forma del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo*” (STC 70/2002, FJ 9).

Destarte, o segredo a que se refere o art. 18.3 CE pode se estender a certas circunstâncias, além da comunicação em sentido estrito, sendo possível, deste modo que a apropriação da correspondência alheia já recebida, aberta, lida e arquivada por seu destinatário “*atente también contra la impenetrabilidad de un proceso comunicativo que, en principio, en lo temporal, ya había fenecido, y, en lo material,*

⁵²⁵ Para Martín Morales (*El régimen...*, op. cit., p. 23), o estudo do direito ao segredo das comunicações tem como referencia principal o direito à intimidade, sendo esta voltada para o valor superior da liberdade, de enorme relevância nos sistemas democráticos, já que estes princípios (democráticos) se baseiam na liberdade individual.

⁵²⁶ Sobre as partes da comunicação que são objeto de proteção pelo direito previsto no art. 18.3 CE (nos moldes apresentados neste trabalho), leia-se, entre outros, Blanca Rodríguez Ruiz (“*El secreto...*”, pp. 73-74), Remedios Roqueta Buj (*Uso e control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa*, pp. 20-28). Em sentido contrário, Jiménez Campo (“La garantía constitucional del secreto...”, op. cit.), para quem “*el derecho llega... hasta donde alcanza el curso de la comunicación. Concluida ésta (...) desaparece también la protección constitucional, de tal modo que la posible documentación del mensaje una vez recibido y conocido éste por su destinatario, hallará sólo protección, en su caso, a través de las normas que tutelen ya la propiedad misma sobre el bien que se trate, ya – de modo específico – la intimidad de los datos así reservados por el interesado.*”

había salido ya del cauce que garantizaba constitucionalmente su secreto.” (ATC 30/1998, FJ 2).

O argumento que sustenta esta interpretação ampliativa se pauta na ideia de que para que tal exceção seja admitida no âmbito de proteção do direito ao segredo das comunicações necessário que tais mensagens apresentem evidências externas que permitam objetivamente a quem acesse a informação saber que se trata de uma mensagem secreta, tutelada pelo art. 18.3 CE⁵²⁷. De outra forma, segundo seus defensores, estaríamos diante de bens (físicos ou virtuais) pessoais do trabalhador, passíveis de proteção, neste caso, apenas pela via do art. 18.1 CE, na hipótese de causar lesão ao direito à intimidade. Sendo assim, de acordo com a jurisprudência constitucional, no que tange às comunicações efetuadas mediante correio eletrônico, analogicamente também estarão protegidas as mensagens recebidas e arquivadas, seja no próprio servidor da empresa, seja na caixa de correio eletrônico do trabalhador.

Sobre este posicionamento do TC, no particular, comungamos da opinião sustentada por Rodríguez Ruiz⁵²⁸, no sentido de que este, em sua ampliação, talvez tenha privado o direito ao segredo das comunicações, neste ponto, de sua coerência técnica, capaz de caracterizá-lo como direito autônomo, distinto da intimidade. De fato, em especial no que tange aos correios eletrônicos, há duas situações bem distintas: uma primeira, que se dá em relação à mensagem já recebida, mas que figura apenas na caixa de correio. Neste caso, não se critica a jurisprudência do TC, visto que permanece, para seu acesso, a garantia técnica do segredo, traduzida no acesso à caixa postal apenas mediante senha de acesso. Todavia, se esta mensagem se encontra impressa ou guardada no servidor, faltaria para a proteção do segredo da comunicação o requisito técnico/objetivo que dá ao direito coerência interna, ou seja o instrumental técnico garantidor do segredo⁵²⁹.

⁵²⁷ O erro mais grave de que padece este entendimento é afastar o direito ao segredo das comunicações de suas características norteadoras aproximando-o excessivamente de noções mais abertas e com certo grau de subjetividade que norteiam a jurisprudência constitucional a respeito do direito à intimidade, a exemplo da existência de “evidências externas que permitam objetivamente a quem acesse a informação saber que se trata de uma mensagem secreta”.

⁵²⁸ *El secreto...*, op. cit., pp. 69-71.

⁵²⁹ Nesse sentido, tratando de correspondência já recebida pelo destinatário leia-se incisiva crítica formulada por Rodríguez Ruiz, Blanca, *El secreto...*, op. cit., pp. 70-71, na qual a autora justifica a posição adotada pelo TC em virtude de sua interpretação algumas vezes restritiva do direito à intimidade (reduzidos preconcebidos de retiro e segredo), razão pela qual estas comunicações recebidas e impressas só teriam proteção constitucional se versar sobre aspectos personalíssimos dos comunicantes. Caso contrário, não haveria proteção constitucional, o que teria motivado o TC a adotar a posição ampliativa da garantia contida no art. 18.3 CE.

E nesse sentido, não tardou o Tribunal a demonstrar o quanto esta leitura ampliativa é tecnicamente falha, ao realizar, no trato da questão, uma verdadeira confusão entre intimidade e segredo das comunicações ao apreciar, na STC 241/2012 caso em que a comunicação, a partir dos elementos fáticos que foram admitidos como provados, estava arquivada no disco duro do computador. Disse o Tribunal que *“la posibilidad de uso común del ordenador por todos los empleados permite considerar que la información archivada en el disco duro era accesible a todos los trabajadores, sin necesidad de clave de acceso alguna. Esta disposición organizativa de uso común permite afirmar su incompatibilidad con los usos personales y reconocer que, en este caso, la pretensión de secreto carece de cobertura constitucional, al faltar las condiciones necesarias de su preservación”*. Nesse sentido, olvidou por completo a sua própria doutrina que consagra que o direito ao segredo das comunicações pode ser vulnerado *“tanto por la interceptación, en sentido estricto, consistente en la aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o la captación del proceso de comunicación, como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado a través de la apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario o de un mensaje emitido por correo electrónico o a través de telefonía móvil”* (referência feita no fundamento jurídico 4º da mesma sentença e que encontra apoio na ATC 30/1998, entre outras).

O conceito de segredo também pode se estender, ademais, a outros elementos do processo comunicativo, como a identidade subjetiva dos interlocutores, o momento em que foi efetuada e a duração do processo comunicativo. É o que se colhe na STC 114/1984, segundo a qual o conceito de segredo não cobre apenas o conteúdo da comunicação, mas também, conforme o caso, outros aspectos da mesma, como, por exemplo, a identidade subjetiva dos interlocutores ou correspondentes. Esta sentença acolhe a doutrina do TEDH no caso *Malone vs Reino Unido*, em que se considerou a instalação de aparatos que registram os números marcados uma vulneração ao direito ao segredo das comunicações, com base na previsão contida no art. 8º do Convênio Europeu de Direitos Humanos.

Porém, algumas ressalvas merecem ser feitas a esse posicionamento. A primeira consiste no fato de que em ambos os casos se tratava de comunicação telefônica, que, enquanto meio de comunicação, não deixa, como regra, evidência sobre

os sujeitos que a entabularam⁵³⁰, o que somente se torna viável pela interceptação do processo comunicativo. Aqui, diferente de outros processos comunicativos, há garantia técnica de segredo quanto à identidade dos participantes. Assim, não estariam cobertos, em princípio, pelo segredo das comunicações aqueles elementos a respeito dos quais não haveria confiança (por falta de um instrumental técnico que o garantisse) de segredo entre os participantes do processo comunicativo⁵³¹, como, por exemplo, em cartões postais, no domicílio eletrônico das mensagens por e-mail⁵³², o destinatário de cartas etc.

Ademais, o próprio TC, através de sua doutrina, faz crer que, ainda que o acesso para interceptação desses dados (externos) constitua, em alguns casos (comunicação telefônica, por exemplo), uma forma de afetação do objeto de proteção do direito previsto no art. 18.3, não há dúvida de que há nestas hipóteses uma menor intensidade na ingerência causada ao direito ao segredo das comunicações, sendo este dado significativo quando da ponderação entre os direitos fundamentais inespecíficos do obreiro e a liberdade de empresa, observadas as circunstancias fáticas concretas⁵³³.

⁵³⁰ Marin Alonso, Inmaculada. *El poder...*, op. cit., p. 156.

⁵³¹ Falguera Baró, Miguel Ángel (“Trabajadores, empresas y nuevas tecnologías”. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Ejemplar dedicado a Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías – Carlos Gómez Martínez (dir), Madrid: Editorial Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 187/222) e grande parte dos juslaboralistas defendem este posicionamento, baseados na ideia de que há um elevado grau de publicidade nestes elementos da mensagem que, além de tudo serviriam para garantir a segurança e eficiência do sistema. Contra esse entendimento, a posição de Martínez Fons, Daniel (*El poder de control del empresario en la relación laboral*. 1ª edición, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, p. 138), para quem grau relativo de publicidade não desvirtua que a informação é um elemento essencial do processo comunicativo.

⁵³² Em relação ao domicílio eletrônico dos participantes da correspondência eletrônica, a doutrina mostra-se vacilante quanto à expectativa de segredo quando este dado está protegido por alguma técnica de criptografia. De qualquer sorte, ainda que se considere que a proteção se estende ao segredo do domicílio eletrônico em toda ocasião, independentemente do uso de alguma técnica de criptografia, evidentemente que, nestes casos, a proteção não pode se dar no mesmo patamar que em relação ao conteúdo da mensagem, pois quanto a esta a confiança de que o processo comunicativo garantirá o segredo é muito superior.

⁵³³ Vide, em termos muitos semelhantes, as SSTC 123/2002 e 56/2003, e em especial o voto particular apresentado na STC 241/2012, que em seu fundamento jurídico 4º pontua: “*La empresa, en definitiva, interfirió en el secreto de las comunicaciones sin autorización de las trabajadoras y sin autorización judicial; sometió el secreto a excepción de manera dilatada en el tiempo (más de dos meses desde la fecha del conocimiento de los hechos), con una muy intensa voluntad intrusiva, como prueba la lectura de los mensajes, de todos ellos, una vez que había comprobado ya la existencia de la instalación del programa y, por tanto, el incumplimiento de sus órdenes; y desatendió, en fin, las posibilidades de reposición del ordenador a los términos de uso indicados a través de cauces elementales. Estos procedimientos de la empresa hubieran respetado el secreto de las comunicaciones. Más aún: hubiera podido resultar eventualmente aptos para acreditar el incumplimiento, justificar la sanción, si procedía, y paralizar el empleo prohibido del sistema de mensajería, con la desinstalación del programa.*”

4.1.2.1. O direito ao segredo das comunicações enquanto instrumento de proteção da liberdade individual contra terceiros.

Como já foi visto, o direito previsto no art. 18.3 tem por finalidade (daí ser considerado um direito instrumental) garantir a liberdade das comunicações. Logo, os sujeitos titulares do direito ao segredo das comunicações são os comunicantes, aqueles que participam do processo comunicativo. De maneira que sua esfera de proteção se resguarda para todos aqueles que sejam terceiros em relação ao processo comunicativo e que desejem interceptá-lo⁵³⁴.

Nesse ponto, necessário precisar que a reserva das comunicações se impõe somente frente a terceiros, de tal modo que se o segredo é revelado por um dos participantes da comunicação não haveria violação ao art. 18.3 da CE, mas violação, conforme o caso, ao direito à intimidade, tutelado no art. 18.1 CE⁵³⁵. Aqui, reitere-se o quanto já foi dito no sentido de que sobre os comunicantes se existe (conforme o seu conteúdo) um dever de reserva, este teria aquele conteúdo material inerente ao direito à intimidade e, por via de consequência, distanciando-se do conteúdo estritamente formal do direito ao segredo das comunicações.

Em outras palavras, a definição de segredo implica que o art. 18.3 CE não cobre o conteúdo das comunicações à distância frente à outra parte integrante do

⁵³⁴ As pessoas que participam do processo comunicativo não precisam ser apenas duas, podendo haver mais de um emissor e um receptor, como soe ocorrer quando um sujeito envia em um mesmo ato correio eletrônico para diversos interlocutores.

⁵³⁵ A esse respeito, dispõe textualmente a STC 114/84: “No hay «secreto» para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje. Dicha retención (la grabación, en el presente caso) podrá ser, en muchos casos, el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aun considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones. Ocurre, en efecto, que el concepto de «secreto» en el art. 18.3 tiene un carácter «formal», en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Esta condición formal del secreto de las comunicaciones (la presunción iuris et de iure de que lo comunicado es «secreto», en un sentido sustancial) ilumina sobre la identidad del sujeto genérico sobre el que pesa el deber impuesto por la norma constitucional. Y es que tal imposición absoluta e indiferenciada del «secreto» no puede valer, siempre y en todo caso, para los comunicantes, de modo que pudieran considerarse actos previos a su contravención (previos al quebrantamiento de dicho secreto) los encaminados a la retención del mensaje. Sobre los comunicantes no pesa tal deber, sino, en todo caso, y ya en virtud de norma distinta a la recogida en el art. 18.3 de la Constitución, un posible «deber de reserva» que -de existir- tendría un contenido estrictamente material, en razón del cual fuese el contenido mismo de lo comunicado (un deber que derivaría, así del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 de la Norma fundamental).” Este posicionamento é pacificamente admitido na doutrina. Por todos, veja-se o que diz María Holgado González, em estudo sobre a possibilidade de o empregador aceder ao correio eletrônico: “únicamente quien penetra desde el exterior vulnera la garantía del secreto de las comunicaciones, no quien desde dentro desvela el contenido de la comunicación. Quién graba una conversación que esta manteniendo con otro no lo vulnera, estará quizás vulnerando otro derecho fundamental (el derecho a la intimidad)” in ‘¿Puede el empresario acceder al correo electrónico del trabajador?’ In Parra, Agustín Madrid y Guerrero, Lebrón Jesús. *Derecho patrimonial y tecnología*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 695.

processo, nem tampouco frente a um terceiro a quem uma parte dê acesso ao teor da comunicação sem que este tenha tido necessidade de interceptá-la. Assim, se um dos comunicantes se vale de um amplificador de voz em uma chamada telefônica ou expõe o teor da conversa a terceiros pessoas ou permite que a conversa seja ouvida em uma extensão telefônica através de um terceiro telefone (STC 114/84, FJ 7º), ou, ainda, se permite, após acessar sua caixa postal com sua senha de segurança, que terceiros tenham acesso ao teor de seus comunicados. De igual forma, não há proteção do art. 18.3 CE contra quem grave o teor de uma ligação e mostre a terceiros ou imprima o teor de um e-mail e forneça cópia a quem não integra o processo de comunicação. Em síntese, o artigo, como aduz o TC espanhol não impõe às partes um dever de reserva sobre o comunicado, protegendo-as, todavia, contra a interferência de terceiros, pelo que a proteção não estaria contra o ato de compartilhar o teor da comunicação, mas em face de uma interceptação do processo comunicativo por aqueles que lhe sejam alheios, mesmo que um dos integrantes da comunicação autorize a intervenção.

Esta foi a situação fática que se verificou no já mencionado caso “Valenzuela Contreras⁵³⁶”, no qual a Sra. M e seu marido Sr. R, após receberem diversas cartas e telefonemas ofensivos e ameaçadores de pessoas não identificadas, requereram e obtiveram ordens de interceptação de chamadas telefônicas recebidas pelos denunciante (a necessidade de mediação judicial, por si só, já é elemento suficiente para caracterizar que nenhum dos comunicantes tem a faculdade de autorizar terceiro a intervir no processo comunicativo). Tais medidas, limitadoras do exercício do direito, em princípio, sem a autorização obtida mediante resolução judicial, são consideradas uma intromissão no direito previsto no art. 18.3 CE. Por essa razão, como o TEDH considerou que a base legal que autorizou a medida judicial não reunira todos os requisitos materiais que, como veremos no tópico seguinte, o TEDH (com base no art. 8.2 CEDH) lhe impõe, a Espanha foi condenada, por terem sido consideradas as interceptações contrárias aos ditames do CEDH.

Note-se, pois, sem aprofundar na questão que envolve o feito, que esta decisão ratifica que uma interceptação do processo comunicativo por aqueles que lhe sejam alheios, mesmo que um dos integrantes da comunicação autorize a intervenção, constitui uma restrição do âmbito de cobertura do segredo das comunicações que

⁵³⁶ Sobre o tema, Rodríguez Ruiz, Blanca, in “El caso Valenzuela Contreras y nuestro sistema de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Constitucional*, año 19, n. 56, mayo/agosto de 1999.

deverá, em todo caso, ser justificada, não estando à disposição dos comunicantes tal faculdade.

4.1.2.2. A figura do empresário como terceiro alheio à comunicação realizada por seus empregados no ambiente de trabalho

Nas relações de trabalho discute-se o papel do empregador nesse processo comunicativo. Argumentos que em sua integralidade são aplicáveis ao correio eletrônico utilizado durante a atividade laboral. A primeira questão que se propõe é saber se por ser o empregador titular dos meios através dos quais se produz a comunicação, teria este um status, uma condição especial em relação ao seu acesso, como forma de proteção do próprio empreendimento⁵³⁷.

A nosso juízo, baseado na jurisprudência do TC (por todas, cito a STC 114/1984), é possível afirmar que a titularidade dos meios de comunicação não transforma a condição do empresário em relação ao processo comunicativo, permanecendo na condição de terceiro, estranho ao processo⁵³⁸. Nessa medida, estariam protegidas as comunicações pessoais realizadas pelos trabalhadores, assim como as profissionais, sem que o empresário tenha, a princípio, direito a controlar sequer as comunicações profissionais que o obreiro realiza⁵³⁹.

A condição de partícipe ou interlocutor do processo comunicativo é interpretada de maneira restritiva pelos tribunais. Nesse sentido, Marin Alonso faz registro de que *“la existencia de un contrato de trabajo no es motivo suficiente para considerar al empresario como un tercero cualificado para transgredir el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones pues aquél no puede dejar sin contenido el derecho fundamental del trabajador”*⁵⁴⁰. Visão que converge com o que sustenta

⁵³⁷ Por todos que apresentam pensamento similar, vale citar Del Valle Villar, Jose Manuel (“Derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo”, en *Actualidad laboral*, n. 3, 1991, p. 492), que aponta que a situação particular do empresário lhe permitiria fiscalizar as comunicações profissionais que o obreiro realiza, posto que não seria um terceiro alheio ao processo.

⁵³⁸ Fernandez Esteban, Maria Luisa. “Estudios...”, *op. cit.*, chega a dizer que os tribunais espanhóis não aceitam o empresário sequer como terceiro qualificado. Holgado González, por sua vez, afirma que o empresário, se não forma parte do processo comunicativo nem como emissor, nem como receptor, não seria mais que um terceiro alheio ao processo e, portanto, carente de legitimidade para intervir no mesmo, interceptando-o desde o exterior (Holgado González, María. “Intimidad y nuevas tecnologías en el entorno laboral”. *Constitución y democracia: ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Vol. 2, Editorial Universitas, Madrid, 2012, p. 1980).

⁵³⁹ Marin Alonso, Inmaculada. (*El poder...*, *op. cit.*, p. 159. Em igual sentido, Roig Batalla, Antoni et al., *El uso laboral ...*, *op. cit.* p. 73, para quem o empresário, não sendo interlocutor, nem terceiro qualificado, não tem acesso ao conteúdo dos correios enviados ou recebidos pelo empregado, sob pena de violação ao princípio do segredo das comunicações.

⁵⁴⁰ *El poder...*, *op. cit.*, p. 159.

Holgado González⁵⁴¹: “*el empresario, si no forma parte del proceso de comunicación, ni como emisor ni como receptor, no sería más que un tercero ajeno a dicho proceso y, por tanto, carente de legitimidad para intervenir en el mismo interceptándolo desde el exterior. De este modo, por más que el fin que mueva al empresario a tratar de conocer el contenido de los mensajes electrónicos sea el de comprobar que el uso de esta herramienta es estrictamente profesional, no estaría constitucionalmente amparado para hacerlo en base a sus pretendidas facultades como propietario de la cuenta del correo y del servidor (art. 33 CE)*”.

A segunda questão, que em certa medida já começou a ser respondida, consiste em saber se poderia o empregador, de acordo com a natureza das conversas observadas, intervir na comunicação. Ou, em outras palavras, se seria correto, na comunicação de natureza comercial ou negocial, dar ao empregador o direito à intervenção por não se tratar de uma comunicação privada.

A negativa também é um imperativo a esta questão. Isto por que a vinculação entre o segredo das comunicações, direito formal, e a noção de conversa privada (relacionada, no direito espanhol, ao direito à intimidade) desconhece a já algumas vezes reiterada autonomia daquele frente ao direito à intimidade⁵⁴², razão pela qual aqui o conteúdo da comunicação não tem qualquer importância. Ou seja, a extensão objetiva da tutela é independente do conteúdo material incluído na mensagem. Questão distinta, a ser enfrentada futuramente neste trabalho, é analisar em que medida e em que condições uma intervenção, ainda que constitua uma afetação ao direito, poderia ser justificada.

Em resumo: toda comunicação é secreta a quem é estranho ao processo comunicativo, para os fins de proteção do art. 18.3 CE, ainda que só algumas sejam íntimas. Dessa forma, irrelevante o caráter privado ou não da comunicação, permanecendo o empresário como terceiro alheio à comunicação⁵⁴³.

⁵⁴¹ Holgado González, María. “¿Puede el empresario acceder al correo electrónico del trabajador?” In Madrid Parra, Agustín y Guerrero, Jesús Lebrón. *Derecho Patrimonial y Tecnología*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 696.

⁵⁴² A doutrina especializada considera extremamente perigoso tentar importar soluções adotadas em outros países, desconhecendo a realidade nacional. Fernandes Esteban e Fons, nas obras já mencionadas, estudando comparativamente o ordenamento jurídico norte-americano, salientam que essa solução, pautada na ausência de autonomia do direito ao segredo das comunicações em relação ao direito à intimidade, seria válida no marco normativo dos Estados Unidos em que o direito das comunicações não é tratado como direito autônomo e nesse sentido a “*Electronic Communications Privacy Act (1986)*” admite a defesa do patrimônio empresarial pelo estabelecimento de controles sobre as comunicações na empresa.

⁵⁴³ Nesse sentido, a STEDH de 26.10.98 – Norris vs. Irlanda.

Não é distinta a situação do servidor ou provedor do serviço de correio eletrônico, pouco importando, em princípio que seja o e-mail corporativo ou pessoal, visto que assume papel similar ao do serviço de correios postais tradicional. A própria Lei de Telecomunicações⁵⁴⁴ (art. 33) estabelece o dever de as redes públicas que prestem estes serviços adotarem as medidas técnicas necessárias para garantir o direito ao segredo das comunicações. De forma que o fato de oferecer um serviço de correios e se encarregar de que as mensagens cheguem aos seus destinatários não lhe autoriza a conhecer o conteúdo das mesmas. Para tanto, cabe ao servidor se valer dos mecanismos técnicos que lhe garantam o acesso apenas ao mínimo necessário para a realização do serviço (por exemplo, os dados externos da mensagem), vulnerando em qualquer outro caso o direito fundamental previsto no art. 18.3 CE. Aqui, o conhecimento voluntário ou até acidental (quando o provedor não se valha das cautelas inerentes à expectativa de segredo inerente ao correio eletrônico) afeta, em princípio, o direito ao segredo das comunicações.

4.2. O âmbito de cobertura do direito e a interpretação evolutiva do sigilo de correspondência rumo ao alcance da proteção da comunicação por e-mail no Brasil

No Brasil, a proteção à liberdade de comunicação se encontra inserida no art. art. 5º, inc. XII da Constituição da República, que garante ser *“inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”*

Como visto alhures, o constituinte, ainda que utilizando a expressão mais restritiva “sigilo de correspondência”, estendeu a garantia à comunicação por telefone e por telégrafo, buscando dar vazão a outros meios de comunicação, embora não tenha explicitado na redação do inciso se o direito se aplicaria aos demais meios de comunicação. Todavia, a partir de uma análise histórico sistemática dos diversos dispositivos editados nas constituições brasileiras passadas não deixa margem de dúvida de que o constituinte sempre tratou de tutelar o sigilo dos meios de comunicação das diferentes épocas. Assim, tendo em conta que até meados dos anos 60 do século

⁵⁴⁴ A respeito da garantia ao segredo das comunicações pelas operadoras que explorem redes públicas de comunicações eletrônicas, destaca-se o que dispõem os artigos 33 e 35 da Lei Geral de Telecomunicações, cuja essência, até a data do depósito desta tese, ainda que com algumas mudanças, permanece mantida no anteprojeto da Nova Lei de Telecomunicações.

passado a comunicação ocorria principalmente através de correspondências postais, até então protegido era tão-somente o sigilo das correspondências. Com o advento do telefone e da telegrafia, também passou a haver preocupação com estes novos processos comunicativos.

Sob esta ótica, parece natural que com o incremento tecnológico, tenha estendido a garantia ao sigilo às comunicações de dados, conforme prevê o art. 5º, XII, acrescentando-o aos outros meios de comunicação até então protegidos. E, na mesma esteira de pensamento, o legislador que desenvolveu o direito fundamental tenha expressamente incluído as comunicações feitas através de sistemas telemáticos.

E distinta não poderia ser a interpretação do alcance do direito, mormente quando se tem em conta o caráter de mandado de otimização dos direitos fundamentais, o que lhes conduz à uma aplicabilidade na maior extensão possível, diante dos casos concretos. Analisar-se de maneira restritiva este preceito fundamental implicaria exaltação da interpretação literal, a qual, não obstante seja o primeiro passo para compreensão normativa, se observada às cegas pode levar o intérprete a equívocos e à solidificação daqueles, impedindo sua adequação às evoluções sóciojurídicas e à correta aplicação da justiça.

Ademais, como antes explicitado, o inciso XII do art. 5º da CF tutela é o processo comunicativo. Sua nota distintiva está na garantia técnica inerente ao processo comunicativo. Assim, considerando que o funcionamento da comunicação via e-mail é muito semelhante ao correio tradicional, em que o endereçamento (emissor e receptor) segue o padrão nome@domínio.com.br, sendo o “domínio” o servidor que funciona como agência postal, recebendo e enviando mensagens (geralmente, dos respectivos provedores)⁵⁴⁵, não se tem dúvida de que a comunicação enviada por correio eletrônico é alcançada pelo direito tutelado no art. 5º, XII.

⁵⁴⁵ Há quem sustente (Ferreira Duarte, Márcio Archanjo. *Monitoramento de e-mails de funcionários*, in <http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/monitoramentodee-mails.htm>, visitado em 20.01.2012), que o correio eletrônico seria inseguro enquanto meio de comunicação. Argumenta o autor que para a mensagem enviada chegar ao seu destino, ela percorre uma longa trajetória passando por diversos servidores até alcançar seu destinatário. Alega, nesse sentido que os administradores dos provedores de acesso dispõem de ferramentas capazes de violar o conteúdo dos e-mails antes mesmo de transmiti-los. Haveria, ainda, risco de se ter a mensagem interceptada por outras pessoas que trafegam nas “redes” e utilizam seus conhecimentos técnicos para tal, podendo inclusive adulterá-la, suprimindo ou acrescentando informações ao texto original. No particular, como já explicitado, não é o fato de o meio de comunicação ser impermeável tecnicamente que o torna tutelado pelo direito ao segredo das comunicações, mas o simples fato de haver garantias técnicas de segredo que só possam ser violadas pela ação consciente de terceiro estranho ao processo comunicativo. A esse respeito nos reportamos de forma mais analítica no tópico 4.1.1. deste capítulo.

Pertinentes, nessa toada, os ensinamentos de Hoeschl⁵⁴⁶, os quais valem a pena ser transcritos:

O dispositivo constitucional aludido (inciso XII do art. 5º.) trata de formas de comunicação. Tutela e protege meios, e não o conteúdo de mensagens. São as comunicações telefônicas, por carta, telegráfica e a transmissão de dados, a qual é uma forma de comunicação. Não teria o menor sentido o dispositivo tratar de forma e, atabalhoadamente, abordar o conteúdo no meio da disposição [...], e descabe a interpretação que acaba por eliminar um meio - quando o dispositivo fala de meios - para inserir um conteúdo...

Acrescente-se que a Lei 9296/1996, que será abordada posteriormente, espancando quaisquer dúvidas a respeito, explicitou, ao regulamentar o art. 5º, XII, que as restrições que estipula também se estenderiam às chamadas comunicações telemáticas, de forma que, ao tratar do âmbito de proteção do direito, esclarece qual o seu alcance:

LEI N. 9.296, DE 24 DE JULHO DE 1996

Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Vale gizar, por outro lado, a despeito da enumeração expressa da Constituição Federal e da extensão dada pela Lei 9296/1996, que não há dúvida que outros meios de comunicação, pautado na ideia de proteção à liberdade de comunicação, ainda que não mencionados por nenhuma das normas referidas, podem ser tutelados pelo art. 5º, XII. Para tanto, necessário que o intérprete se valha da chamada ‘*interpretação constitucional evolutiva*’⁵⁴⁷. Esta, na dicção de Barroso, “*é um processo informal de reforma do texto da Constituição. Consiste ela na atribuição de novos*

⁵⁴⁶ Hoeschl, Hugo Cesar. *A telemática no parágrafo único da Lei 9.296/96*. Acessível em http://www.ijuris.org/producaotc/direito_digital/sigilo/telem1.htm. Acesso em 23/02/2007.

⁵⁴⁷ Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação constitucional: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.144.

conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes"⁵⁴⁸.

Nesse sentido, imperativo ofertar uma visão estrutural dos textos legais, mais precisamente da Constituição, em sua interpretação teleológica, segundo a qual se deve observar o resultado prático desejado quando da sua elaboração, não se limitando, todavia, à conjuntura fática que a fundamentou, já que o objetivo da norma é servir a vida, regular a vida; destina-se a lei a estabelecer a ordem jurídica, a segurança do Direito. Se novos interesses despontam e se enquadram na letra expressa, cumpre adaptar o sentido do texto mantido ao fim atual⁵⁴⁹.

Nesse diapasão, merecerá prevalecer sempre a vontade da lei, *mens legis* quando em confronto com a vontade do legislador (*mens legislatoris*), de forma que a norma se amolde às evoluções sociais, sob pena de permanecer presa a determinado fato e perder por completo seu alcance.

Por serem ilimitados os avanços tecnológicos experimentados ao longo dos tempos, e ao mesmo tempo fomentadores cada vez mais da ingerência de terceiros (Estado ou particulares) na esfera pessoal de cada pessoa física ou jurídica, merecerão os novos meios de comunicação que apresentem similitude de objeto e alcance com os tutelados pelo art. 5º, XII, do mesmo modo, sofrer o tratamento dispensado aos meios de comunicação originariamente consagrados na Constituição, como decorrência da interpretação evolutiva.

E este tem sido o pilar que tem baseado o STF na apreciação das demandas que lhe tem sido propostas. Em especial no que se refere às comunicações através de correio eletrônico, a Corte Constitucional do Brasil⁵⁵⁰ tem apresentado uma

⁵⁴⁸ Idem, *op. cit.* p. 144.

⁵⁴⁹ Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, pp. 153-154.

⁵⁵⁰ Cada vez mais rotineira entre aqueles que estudam no Brasil as possibilidades de uso do correio eletrônico na relação de trabalho e a viabilidade de fiscalização pelo empregador, a alegação de que uma das maiores dificuldades de definição de uma posição inequívoca e segura a respeito do tema seria resultado do silêncio do STF a respeito da matéria. Nesse sentido, ainda que não se trate de um entendimento indene de críticas, a jurisprudência do TST, com suas mazelas, seria a representação do que haveria de mais sistematizado a respeito do uso do e-mail, e em particular nas relações de trabalho. Efetivamente, malgrado ainda não se tenha conta de decisões do STF que enfrentem a questão na seara trabalhista, não se pode olvidar que os pilares traçados pela Corte Constitucional, diversamente do que apontam alguns estudiosos sobre o tema, já poderiam e deveriam servir de parâmetros para os demais Tribunais brasileiros de hierarquia inferior, em especial por se tratar de um confronto de normas constitucionais, que têm no STF o seu intérprete mais habilitado e capaz de dar a sua derradeira e, em muitos casos, definitiva interpretação. Nessa toada, é preciso reconhecer que a Corte Constitucional brasileira já externou, como em alguns casos já visto, ainda que de forma tímida, em seus julgados ou em

jurisprudência bastante similar à dispensada pelo TC espanhol, o que mostra que, a despeito da utilização de expressões distintas e de ser mais restrito o alcance gramatical do art. 5º, XII da CF em detrimento do art. 18.3 da CE, as diferenças são mais aparentes do que reais.

Especificamente sobre o alcance do direito previsto no art. 5º, XII, revelando uma posição consentânea com a doutrina constitucionalista brasileira, admite inequivocamente o Pretório Excelso que à comunicação feita através de e-mail seria estendido o direito ao sigilo de correspondência. Não bastasse a referência expressa deste meio de comunicação na Lei 9296/96, em muitas oportunidades a Corte Constitucional, em casos em que se discutia a proteção ao sigilo do correio eletrônico, não titubeou ao dispensar à matéria a proteção prevista no art. 5º, XII da Constituição Federal. É o que se colhe de sua decisão no HC 103059 /SC, de 22 de março de 2010, *in verbis*: “*Isso, porque referidos documentos são, em verdade, correspondências eletrônicas cuja reserva de sigilo se impõe por determinação constitucional (art. 5º, XII, CF)*”.

Esta posição do STF, reiterada em outros julgados⁵⁵¹, vai ao encontro do que dispõe a doutrina constitucional mais abalizada. Gomes Filho, ao tratar da questão da proteção constitucional do sigilo das comunicações, ensina que “*tradicionalmente, até porque essa era a única forma de comunicação entre as pessoas que estavam em lugares diversos, o objeto da proteção estava limitado à correspondência epistolar, mais recentemente, com os avanços da tecnologia, problemas correlatos e delicados surgiram igualmente em relação às formas modernas de comunicação, e especialmente as telegráficas, de dados informatizados e telefônicos*”⁵⁵². No mesmo sentido as lições de Ferreira Filho, segundo o qual a proteção ao sigilo abrange “*a inviolabilidade das comunicações de pensamento que não*

decisões monocráticas posicionamentos a respeito do alcance do direito ao sigilo de correspondência, sua relação com o direito à intimidade, seu objeto, o caráter formal do direito, seus limites imanentes, além dos requisitos que seriam necessários para que seja excepcionado. Sobre essas posições, vale dizer, a timidez acima referida, muito mais revela um reduzido número de julgados em que a matéria esteja devidamente sistematizada do que a existência de cizânia entre acórdãos do excelso tribunal, de modo que as posições que aqui passo a expor são, via de regra, pacíficas e sistematicamente reiteradas.

⁵⁵¹ Independentemente da decisão de mérito, ou de se tratar de decisão colegiada ou monocrática, reconhece o STF a proteção do art. 5º, XII da Constituição Federal, entre outros, nos seguintes processos: Rcl 9574/RS (decisão monocrática), Relator(a): Min. Marco Aurélio, publicado em 07/10/2010; HC 95009 MC-extensão-décima/SP (decisão da Presidência), proferida pelo Min. Cezar Peluso, publicado em 05/08/2008.

⁵⁵² Gomes Filho, Antônio Magalhães. “Direito à prova no processo penal”. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1997, p. 121.

visam a público indeterminado, seja por meio de cartas, seja através de telefone, do telégrafo, ou por qualquer técnica que se inventar”.⁵⁵³

De maneira que é inegável, na esteira da jurisprudência do STF, e da doutrina constitucional mais abalizada, que a comunicação virtual por e-mail desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade, que visa proteger a liberdade de comunicação imperativa para a existência de uma liberdade real de ação do indivíduo.

Oportuno registrar que, de acordo com a leitura do STF, como já visto anteriormente, a proteção que o art. 5º, XII oferece é ao processo comunicativo, independentemente do teor da comunicação efetuada, em virtude de suas garantias técnicas. O entendimento, neste sentido, é mais restritivo que aquele adotado pelo TC espanhol e, a nosso pensar, mais coerente com a noção de que sua existência autônoma, que se ampara na garantia técnica.

É o que se nota da leitura de alguns arestos do STF, no qual se demonstra, de forma indene de dúvida, que o que a Constituição Federal brasileira veda é a interceptação da correspondência, mas não a possibilidade de sua busca e apreensão antes da remessa ou após a chegada a seu destino. Nesse caso, o que se pode questionar é uma eventual lesão ao direito à intimidade. É o que se depreende do voto do Ministro Nelson Jobim, proferido no julgamento do RE 219.780/PE (1999), que assim dispõe, *in verbis*:

Passa-se, aqui, que o inciso XII não está tornando inviolável o dado da correspondência, da comunicação, do telegrama. Ele está proibindo a interceptação da comunicação dos dados, não dos resultados...” (RE nº 219.780/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 10.09.99, p. 23).

Em recente julgamento, também proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 418.416-8, em que se discutia o deferimento de busca e apreensão de documentos e discos rígidos de computadores em empresas sobre as quais recaiam fortes indícios da prática de irregularidades, ao apreciar o aparente conflito existente entre interesse individual de manutenção do sigilo e o interesse público, traduzido na investigação criminal, o Relator assim proferiu o seu voto:

“ MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator):

VO T O

(...)

VII

28. Reafirmo, pois, que, na espécie, não há violação do art. 5º, XII, da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve “quebra de sigilo das comunicações de dados

⁵⁵³ Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v.1. 2ª ed. São Paulo. Saraiva. 1997. p. 37.

(interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial” (f. 570).

(...)

31. Já naquela oportunidade, reportara-me ao trabalho precioso sobre o tema do d. Tércio Ferraz, do qual extraio esta síntese magnífica, que não tenho dúvidas em subscrever:

Feita, pois, a distinção entre a faculdade de manter sigilo e a liberdade de omitir informações, este, objeto correlato ao da privacidade, e entendido que aquela não é uma faculdade absoluta pois compõe, com diferentes objetos, diferentes direitos subjetivos, exigindo do intérprete o devido temperamento, cumpre agora, na análise do texto constitucional, esclarecer, com referência ao art. 5º, XII, o que significam ali os dados protegidos pelo sigilo e em que condições e limites ocorre esta proteção.

O que fere a liberdade de omitir pensamento é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro. Se alguém elabora para si um cadastro sobre certas pessoas, com informações marcadas por avaliações negativas, e o torna público, poderá estar cometendo difamação, mas não quebra sigilo de dados. Se estes dados, armazenados eletronicamente, são transmitidos, privadamente, a um parceiro, em relações mercadológicas, para defesa do mercado, também não está havendo quebra de sigilo. Mas, se alguém entra nesta transmissão como um terceiro que nada tem a ver com a relação comunicativa, ou por ato próprio ou porque uma das partes lhe cede o acesso indevidamente, estará violado o sigilo de dados.

A distinção é decisiva: o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação. Doutro modo, se alguém, não por razões profissionais, ficasse sabendo legitimamente de dados incriminadores relativos a uma pessoa, ficaria impedido de cumprir o seu dever de denunciá-lo!

Em outro processo, já tratando de transmissão de dados pela via telemática, analisado em sede de recurso extraordinário, o STF pontuou de forma clara que não são as informações que venham a ser transmitidas, de conteúdo eventualmente íntimo, que são objeto do direito ao sigilo de correspondência, já que a proteção se dirige diretamente ao processo de comunicação de dados, e não aos dados em si. Em termos literais: *“a proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da comunicação 'de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda quando armazenados em computador”* (RE 418416/ SC, de 19 de dezembro de 2006).

Destarte, não se tem dúvida quanto à extensão deste entendimento à comunicação feita através de correio eletrônico. De modo que, aqui, igualmente, os

dados armazenados no disco “C” do computador não serão protegidos pelo direito ao sigilo de correspondência, mas, conforme o caso, pelo direito à intimidade.

Questão algo mais complexa é se os anexos dos e-mails estão inseridos no âmbito de cobertura do direito ao sigilo das comunicações. De fato, da mesma forma que no sistema espanhol, é entendimento assente e pacífico na doutrina científica brasileira que o envio de pacotes postais, independentemente de seu teor, não se encontra albergada pelo sigilo de correspondência⁵⁵⁴. Assim, a simples remessa de mercadoria, ainda por via postal, por não expressar pensamentos ou mensagens, não estão sob a alegada proteção constitucional. Em síntese, criado para proteger a comunicação entre pessoas, o sigilo de correspondência não alcança o simples envio de bens materiais.

Assim, já se manifestou o STF, quando consignou “*quanto à inviolabilidade do sigilo postal, consagrada no art. 5º, XII, da Carta Constitucional, trata-se de garantia restrita às correspondências, não alcançando as mercadorias transportadas no território nacional, independente da empresa responsável*” (ACO 2.055/DF, de 06 de dezembro de 2012).

Todavia, a despeito deste entendimento jurisprudencial que exclui da proteção os envios postais que não se voltem para comunicação de pensamentos ou mensagens, outros indícios conspiram em favor da extensão da cobertura do direito aos anexos das mensagens enviadas ou recebidas por correio eletrônico.

Inicialmente, os objetos são completamente distintos, já que os anexos dos e-mails geralmente são complementos das próprias mensagens (como fotos e vídeos) quando não são a própria mensagem, a exemplo do que se dá em cartões de festas (natal, ano novo etc.). Ademais, em relação ao sigilo de correspondência, o STF já afirmou que o direito cobre a “comunicação de dados” e os anexos dos e-mails, como dito, em geral, veiculam dados, informações. Ademais, a própria Lei 9296/1996, ao estender o direito ao “*fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática*” (parágrafo único do art. 1º), não se preocupou em fazer qualquer restrição aos anexos que acompanham os e-mails.

Assim, diante destes pilares, sem discrepar da conclusão apontada em relação ao sistema espanhol, a despeito da ausência de um posicionamento inequívoco

⁵⁵⁴ Cito, por todos, Faria, Bruno Rodrigues de. “O sigilo da correspondência e a fiscalização tributária”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 454, 4 de outubro de 2004 . Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/5776>. >. Acesso em: 25 ago. 2013.

do texto constitucional, do legislador ou do STF, a jurisprudência constitucional assentada até a presente data permitir inferir que os anexos das mensagens enviadas por correio eletrônico não estariam excluídos, em princípio, do âmbito de cobertura do direito ao sigilo de correspondência.

4.2.1. A relevância do titular do bem em relação ao art. 5º, XII e o papel do empregador

Outro aspecto de grande relevância na discussão do tema, como já visto, é o papel do empregador enquanto titular do bem através do qual se veicula a comunicação eletrônica⁵⁵⁵. Esta titularidade do bem, que é vista como decisiva, em conjunto com o poder diretivo, para a jurisprudência restritiva que o TST adota em relação ao sigilo das comunicações corporativas no âmbito laboral, ainda não foi objeto de uma análise pelo STF.

Na doutrina, entretanto, várias vezes já se pronunciaram sobre aspectos colaterais do tema, havendo, igualmente, algumas decisões do STF que permitem a aferição de alguns indícios dos pilares que podem influir no futuro posicionamento da Alta Corte sobre a questão. Pontes de Miranda⁵⁵⁶, analisando o direito ao sigilo de correspondência, exclusivamente sob o viés da comunicação postal, reconhece a titularidade do direito ao autor da carta e ao destinatário. Aponta que através do direito resta consagrada a "*liberdade de não emitir o pensamento para todos ou além de certas pessoas*".

Nessa senda, assim como na doutrina constitucional espanhola, é tema praticamente pacificado entre os constitucionalistas brasileiros que a titularidade do direito pode recair a toda pessoa física ou jurídica (inclusive, pode, como já mencionado, a empresa ser titular do direito ao sigilo da comunicação), nacional ou estrangeira, desde que figure como emissor ou receptor da comunicação, pouco importando seja ela postal ou eletrônica.

Ressalte-se, todavia, que no âmbito do e-mail enviado ou emitido por trabalhador no curso da relação laboral, vimos que há um elemento diferenciador, que precisa ser valorado, que é o fato de que o empregador é o titular do bem através do qual a comunicação é efetuada, bem como exerce sobre o trabalhador o poder diretivo, que, no ordenamento brasileiro encontra albergue no direito à livre iniciativa e

⁵⁵⁵ Vale lembrar que o TST compara o e-mail corporativo à carta com papel timbrado da empresa.

⁵⁵⁶ Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, volume 7, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, p. 28.

autogestão e, para alguns, no de propriedade⁵⁵⁷, estando este direito traduzido para o âmbito infraconstitucional através da previsão do poder diretivo do empregador na CLT.

Como antes mencionado, é fato que demandas desse jaez, na esfera das relações laborais, ainda não foram apreciadas pelo STF, seja em decisões colegiadas ou monocráticas. Todavia, não devem ser menosprezados os indicativos que essa Corte apresenta quando delimita os titulares do direito em questão, bem como apontando em face de quem se busca a proteção tutelada através do sigilo das comunicações. É que se colhe de alguns julgados onde claramente fica demonstrado que os titulares do direito são os integrantes do processo comunicativo (remetentes e destinatários) que devem ser protegidos em face de qualquer terceiro que não integre o processo. É possível inferir desta posição que a titularidade do bem através do qual a comunicação é veiculada não apresenta um papel de significância na descrição do direito. Isso porque, conforme afirma o próprio STF (RE 271707/RJ, de 06 de dezembro de 2000), no sigilo de correspondência, os titulares do direito são o remetente e o destinatário, de forma que *“o sigilo existe em face dos terceiros (...)”*.

Na mesma linha, reconhecendo a proteção do direito em face de terceiros, o STF, ao julgar a Ação Penal nº 307-3 do Distrito Federal⁵⁵⁸, que teve como autor o Ministério Público Federal, e como réus o Ex- Presidente Fernando Affonso Collor de Mello e seu tesoureiro de campanha o Sr. Paulo César Cavalcanti Farias, forneceu novos indícios de sua visão a respeito do direito. Destaca-se, em particular fragmento do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, no qual interpreta a essência do art. 5º, inciso XII, da Constituição, a partir da violação por terceiro. Diz o Ministro: *“segundo interpreto o preceito o objeto específico da proteção constitucional da Comunicação telefônica, como de outros tipos de comunicação, é o sigilo em relação a terceiros.”* E continua: *“É a ação do terceiro, é a interferência do terceiro - no grampeamento telefônico, na violação da correspondência alheia - que fere determinadas normas expressas na própria Carta da República”*.

Greco Filho⁵⁵⁹, em posicionamento que nos parece consentâneo com a jurisprudência do STF sobre interceptação telefônica, mas igualmente aplicável ao correio eletrônico, consigna que os titulares do sigilo das telecomunicações são os

⁵⁵⁷ O tema referente à origem constitucional do poder diretivo do empregador já foi explicitado no capítulo 3.

⁵⁵⁸ A ação penal é de 13/12/94, publicada no Diário da Justiça da União no dia 13/10/95, sob o ementário de nº 1804-11.

⁵⁵⁹ Greco Filho, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a lei 9.296/96, de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 11.

interlocutores e estes estão protegidos constitucionalmente, e não o dono do direito de uso da linha telefônica, que seria terceiro em relação à comunicação.

Não pode, na visão de Greco Filho, o titular do direito de uso da linha interceptar, gravando ou ouvindo, conversas de terceiros, salvo evidentemente, se providenciada a interceptação nos termos e com as cautelares da lei, com autorização judicial.

Em regra, persiste o sigilo das comunicações daquele que fala ao telefone com linhas cujos titulares do direito de uso sejam terceiros ou, da mesma forma em relação àquele que se vale do correio eletrônico, utilizando terminais e acesso à rede titularizada por terceiros, como o caso do empregado que usa o bem de propriedade da empresa.

Pensamento em sentido contrário, de emprestar ao titular do bem, só por esta condição, um lugar no processo comunicativo, conduziria ao absurdo de que aquele que fala em telefone público não teria a garantia de sigilo das comunicações, pois o titular do direito de uso da linha é o Poder Público⁵⁶⁰.

Ligeira, porém relevante, distinção se verifica na jurisprudência do STF em relação ao TC espanhol no tocante à proteção ao direito quando o terceiro tenha conhecimento do teor da comunicação a partir de participação de um dos integrantes do processo comunicativo.

De fato, e na mesma linha sustentada pelo Tribunal Constitucional na Espanha, pautada quase que exclusivamente em casos que tratam da comunicação pela via telefônica, tem-se entendido que é lícita enquanto prova a gravação obtida por um dos interlocutores no processo comunicativo, posto que em relação a este não haveria quebra do sigilo, por não serem terceiros no processo comunicativo (STF HC 75338⁵⁶¹, AgR em RE 453.562, RHC 7216, RHC 5944 e HC 4654). Em alguns casos, o STF entendeu ser necessária a mera anuência de um dos interlocutores para que a prova obtida não fosse considerada lesiva ao direito previsto no art. 5º, XII.

Todavia, não se pode afirmar que a jurisprudência do STF possa ser vista de forma tão euclidiana. Certamente, e sempre pautado na comunicação telefônica,

⁵⁶⁰ Este exemplo é trazido por Vicente Greco Filho em *Interceptação...., op. cit.*

⁵⁶¹ No acórdão 75.338-8 havia uma gravação realizada pelas vítimas de um sequestro, no RHC 7216, ocorreu uma investida criminosa por telefone (situação similar ao caso Valenzuela Contreras na Espanha, porém com desfecho distinto, posto que a gravação foi considerada lícita), ocorrendo a gravação da mesma pela vítima. O mesmo se diga dos demais casos citados em que a gravação se obtém com a participação ativa de um dos interlocutores.

mas em situações que facilmente podem ser estendidas ao correio eletrônico, o STF distingue a interceptação do processo comunicativo de sua mera escuta. A interceptação da comunicação por terceiro, sem a anuência dos interlocutores é considerada, em princípio, lesiva à garantia contida no art. 5º, XII, sendo viável, apenas e tal somente mediante ordem judicial, nas hipóteses que, inclusive, estão catalogadas na Lei 9296/1996. Diferente é, em princípio, a situação da escuta/controle em que apenas um dos sujeitos da comunicação está ciente da intromissão de terceiro. Ainda que neste ponto o STF não faça uma nítida distinção entre as noções de cobertura e o âmbito de proteção do direito, em princípio, parece entender que em ambos os casos (escuta/controle) há intromissão no direito (está afetado seu âmbito de cobertura), mas faz a análise caso a caso a respeito da licitude da referida intromissão (afetando seu âmbito de proteção), tendo considerado lícita como prova, por não lesiva ao sigilo da comunicação, quando em defesa do direito do autor ou partícipe da gravação, em especial se vítima ou destinatária de proposta criminoso de outro⁵⁶². Recentemente, entretanto, em caso distinto, no qual a gravação seria aproveitada para evidenciar a existência de conduta ilícita, sem que se configurasse nenhuma das hipóteses antes indicadas, o STF entendeu que haveria lesão à garantia do sigilo das comunicações

⁵⁶² HC 74.678, 1ª T, Relator Ministro Moreira Alves, pub. 10.06.1997, RE 212.081, 1ª T, Relator Ministro Octávio Gallotti, pub. 05.12.1997, HC 75.338, pleno, Relator Ministro Nelson Jobim, pub. 11.03.1998, entre outros. Este posicionamento foi confirmado mais recentemente através do RE 523721, cujo Relator foi o Min. Joaquim Barbosa, Julgamento: 22/03/2010, publicado em 07/04/2010, cuja ementa foi vazada nos seguintes termos: “*APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DESPEJO – GRAVAÇÃO TELEFÔNICA REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES – ADMISSIBILIDADE COMO MEIO DE PROVA – PRELIMINAR REJEITADA – MÉRITO – NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO CONTRATUAL – CONTRATO DE COMPRA E VENDA QUE NÃO CORROBORA A VERDADEIRA INTENÇÃO DAS PARTES – RELAÇÃO LOCATÍCIA COMPROVADA POR MEIO DOS DEPOIMENTOS E DAS GRAVAÇÕES TELEFÔNICAS – RECURSO IMPROVIDO. A gravação de conversa feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. As provas testemunhais, aliada às gravações telefônicas, infirmam a tese da apelante de que a relação contratual seria de compra e venda, tratando-se, no caso, de verdadeira relação ‘ex locato’.*” O recorrente alega violação do disposto nos arts. 5º, X, XII, LV e LVI, da Carta Magna. Sustenta que a gravação telefônica sem o conhecimento de um dos interlocutores consiste em prova inadmissível, obtida por meio ilícito, violadora do direito à intimidade do comunicador e produzida sem o crivo do contraditório e da ampla defesa. O acórdão recorrido decidiu em consonância com a jurisprudência desta Corte, como se vê do precedente abaixo: “*CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. GRAVAÇÃO. CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES, SEM CONHECIMENTO DO OUTRO. INEXISTÊNCIA DE CAUSA LEGAL DESIGILO OU DE RESERVA DE CONSERVAÇÃO. LICITUDE DA PROVA. ART. 5º, XII e LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, quando ausente causa legal de sigilo ou de reserva da conversação não é considerada prova ilícita. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido.*” (AI 578.858-AgR, Min. rel. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe de 28.08.2009) Do exposto, nego seguimento ao recurso”.

telefônicas, ainda que apenas em relação ao interlocutor insciente⁵⁶³. É o que se colhe do HC 80949⁵⁶⁴:

IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito - mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação.

Há de se notar que, seja pelo fato de as comunicações telemáticas poderem ser restritas nas mesmas hipóteses que a comunicação telefônica (Lei 9296/1996), tema que será enfrentado posteriormente, seja pelas próprias características da comunicação por e-mail, que permitem, senão a escuta, mas a leitura anterior ou concorrente do conteúdo da mensagem ao acesso do destinatário à sua caixa de mensagens, tudo leva a crer que este entendimento do STF se estenderá, quando da análise de caso concreto, à comunicação por e-mail.

Tal situação é especialmente relevante na seara empresarial, na medida em que muitos contratos de trabalho autorizam o pleno controle das mensagens ao empregador, sem que o outro interlocutor que não integre a relação empregatícia tenha conhecimento (como se dá na escuta). Assim, sem entrar nos meandros da matização que os direitos fundamentais dos trabalhadores sofrem nas relações do trabalho, pode-se dizer que, excepcionada a situação em que o partícipe (que autorize o controle) for vítima ou destinatário de proposta criminoso de outro (v.g. empregado que esteja sendo vítima de assédio sexual no ambiente de trabalho), em princípio, protegida

⁵⁶³ Esse entendimento, em regra, e desde que a ciência não seja viciada, não se aplica àquele interlocutor que autorizou ou sabia da escuta realizada por terceiro.

⁵⁶⁴ HC 80949/RJ – Rio de Janeiro, Habeas Corpus, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 30/10/2001, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJ -14-12-2001.

estaria a comunicação pela garantia do sigilo das comunicações, sendo ilícita a prova utilizada.

Dessa forma, ainda que não se possa indicar que solução o Supremo Tribunal Federal apontará em relação ao controle pelo empregador do correio eletrônico utilizado no ambiente de trabalho, baseado na sua atual jurisprudência e na doutrina dos constitucionalistas brasileiros que são reflexos dos entendimentos do Pretório Excelso e se refletem neles, é possível afirmar que a vítima da violação ao sigilo é a pessoa que fala, escreve ou recebe estas comunicações (emissor ou receptor) e não o titular formal do direito de uso da linha, o dono do papel em que se escreve a carta ou o titular do bem através do qual é veiculada a comunicação por correio eletrônico, estando o direito protegido em face da intromissão de terceiros, quaisquer que sejam eles, assumindo esta condição todos aqueles que não integrem o processo comunicativo. Ademais, é possível, a respeito do seu âmbito de cobertura, afirmar que o direito previsto no art. 5º, XII, cobre o conteúdo das comunicações à distância frente a um terceiro a quem uma parte dê acesso ao teor da comunicação sem que este tenha tido necessidade de interceptá-la. Nesta hipótese, entretanto, a prova só tem sido considerada lícita, não caracterizando violação ao art. 5º, XII, da Constituição brasileira, quando esteja em jogo a defesa de um direito da parte que autoriza o acesso de terceiro, em especial se vítima ou destinatária de proposta criminosa do outro interlocutor. Isso caracteriza uma verdadeira ampliação no âmbito de cobertura do direito em relação ao seu paradigma espanhol, no qual a jurisprudência se firmou no sentido de que a cobertura não se produz frente a terceira pessoa autorizada só por um interlocutor, independentemente da situação concreta a que se refira.

Não se perca de vista, entretanto, que o reconhecimento do empregador como figura que, em princípio, não integra o processo comunicativo, como se viu da análise do âmbito de cobertura tanto no Brasil quanto na Espanha, não transforma compulsoriamente toda intervenção que este proceda no processo comunicativo como necessariamente um caso de violação ao direito tutelado nos arts. 18.3 CE e 5º, II CRFB. Se é certo que, em princípio, sua intromissão na comunicação telemática por canal fechado vai de encontro ao âmbito de cobertura do direito ao sigilo das comunicações, que equivale a todo seu âmbito conceitual, integrado por todas aquelas situações sobre as que, em linha de princípio, está chamado a atuar, não se pode olvidar que algumas ações do empregador que afetem este direito terminem por encontrar respaldo no ordenamento jurídico de ambos os países. E tal se dá porque o

pluralismo de ideias existentes na sociedade é projetado na constituição, sendo acolhido através de seus princípios, valores e interesses dos mais variados, sendo que esses princípios entram, muitas vezes, em tensão na solução de casos concretos. Daí que, como em seguida se verá, para a compreensão de qualquer direito fundamental faz-se necessário também delimitar o seu âmbito, ou núcleo de proteção, e, se for o caso, fixar, de maneira precisa, as restrições ou limitações a esses direitos, pois o exercício dos direitos individuais pode, muitas vezes, dar ensejo a conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos.

5. O âmbito de proteção

Situado o âmbito de cobertura do direito, o próximo passo é apresentar, as condições para a restrição legítima ao seu exercício.

A definição do âmbito de proteção configura pressuposto primário para o desenvolvimento de qualquer direito fundamental, já que o exercício deste pode dar ensejo a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Daí ser imperativa a fixação do núcleo de proteção do direito e, conforme o caso, fixar precisamente as restrições/limitações a esses direitos. Só as restrições que tenham lugar dentro desses limites serão restrições lícitas, enquanto conformes ao texto constitucional⁵⁶⁵. Daí se deduz que só a informação que se obtenha dentro desses limites será igualmente lícita e poderá ser utilizada com fins sancionatórios ou, conforme o caso, como prova em juízo⁵⁶⁶. Na análise deste âmbito, entretanto, necessária se fará a

⁵⁶⁵ No caso espanhol, nesse sentido, nota-se o art. 90.2 da Lei 36/2011, de 10 de outubro, reguladora da jurisdição social, e as já clássicas SSTC 114/1984 e 49/1999. No Brasil, por seu turno, não há lei geral em matéria processual trabalhista que imponha regramente similar, devendo a apreciação se dar caso a caso.

⁵⁶⁶ Sobre este tema, vide, por todos, Rodríguez Ruiz, Blanca. *El secreto...*, pp. 138-154. A respeito da obtenção de prova em seu confronto com o direito ao segredo das comunicações, não vislumbramos inconstitucionalidade na Lei 36/2011 citada na nota anterior, por considerar que seus pressupostos são compatíveis com as exigências para intervenção no direito ao segredo das comunicações, podendo eventual interpretação que amesquinhe o direito ser corrigida mediante uma interpretação em conformidade com o texto da Constituição Espanhola. Em sentido contrário, entendendo que a Lei 36/2011, em seus artigos 76.4 e 90.4 apresenta requisitos que vão além daqueles estabelecidos na Constituição Espanhola e na doutrina jurisprudencial em torno das hipóteses de intervenção, Marín Alonso e Gutiérrez Pérez registram que *“la fase de acceso a la prueba no podrá tener lugar en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones pues el sujeto vulnerador del derecho no puede solicitar un auto judicial que, pese a cumplir determinados requisitos garantes de otros derechos constitucionales, le permite vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por la propia Constitución y la doctrina jurisprudencial existente sobre el mismo; en otros términos, la ausencia de dicha autorización previa no puede en ningún caso ser subsanada con la obtención de otra autorización judicial posterior en el acto de juicio en virtud del 90.4 LJS. Por el contrario, si se dispone de la autorización judicial previa pertinente, el 90.4 LJS sólo entraría en juego cuando, en el momento de la práctica de la prueba, puedan verse vulnerados otros derechos fundamentales que requieran aplicar la doctrina constitucional sobre la idoneidad, necesidad y*

observação de alguns pilares, com especial ênfase para a reserva de lei e a resolução judicial restritiva do direito, ambas sujeitas ao princípio de proporcionalidade.

Inicialmente, entretanto, há de se reforçar que o âmbito de proteção dos direitos fundamentais em geral e do direito ao segredo das comunicações em particular deve ser definido em termos amplos, na medida em que estes, como já vimos⁵⁶⁷, são princípios e, por consequência, mandados de otimização, de maneira que, como salienta Rodríguez Ruiz, “*reconocerlos equivale a imponer la obligación de que sean protegidos en la mayor medida posible y, por consiguiente, de que la posibilidad de limitar legítimamente su ejercicio (ámbito de no protección) sea definida en términos restrictivos.*”⁵⁶⁸

Ademais, como igualmente faz referência a autora sevilhana, o direito ao segredo das comunicações merece proteção ampla, inclusive frente a outros direitos fundamentais/princípios, em virtude dos laços de dependência que o unem ao direito à intimidade, que merece proteção ampla por seu papel instrumental em relação ao exercício da liberdade de ação na vida pública, e pela importância de sua proteção em um Estado constitucional democrático.

Situadas essas considerações preliminares, cumpre aduzir que, a despeito de a constituição espanhola também prever a possibilidade de restrições *in concreto* mediante suspensão de direitos, quando estejam em jogo a segurança interna do Estado ou a defesa nacional, autorizada em caráter geral no contexto de uma declaração de estado de exceção ou de sítio (art. 55.1⁵⁶⁹), assim como, de forma individual, e para pessoas determinadas, em relação a investigações correspondentes à atuação de grupos armados ou terroristas (art. 55.2⁵⁷⁰), o ponto de partida, no que tange

proporcionalidad, convirtiéndose así en una garantía adicional a la ya existente.” (Marín Alonso, Inmaculada & Gutiérrez Pérez, Miguel. “La práctica de la prueba en materia de derechos fundamentales tras la Ley de la jurisdicción social”. *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*. Año 28, n. 20-21, 2012, pp. 31-51).

⁵⁶⁷ Vide capítulo 2 deste estudo.

⁵⁶⁸ *El secreto...*, *op. cit.* p. 85.

⁵⁶⁹ Artículo 55. 1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.

⁵⁷⁰ Art. 55. 2. *Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.*

ao objeto do presente estudo, para o estabelecimento do âmbito de proteção ao direito são os arts. 18.3 e 53.1 CE⁵⁷¹.

Da análise sistemática destes dois artigos, tem-se que as telecomunicações em condições normais podem ser interceptadas mediante prévia resolução judicial (art. 18.3) e que o exercício ao direito ao segredo das comunicações pode ser regulado somente por lei, sempre que esta respeite seu conteúdo essencial (art. 53.2).

No Brasil, por seu turno, o sigilo de correspondências e telecomunicações, nos termos previstos na Constituição Federal brasileira, é passível de restrições *in concreto* em duas ocasiões: para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII – mediante ordem judicial) e para a defesa do Estado e da democracia quando decretado Estado de Defesa ou Estado de Sítio⁵⁷² (arts. 136 e 137⁵⁷³) ou, ainda, em caráter abstrato, por força de confronto com outros bens tutelados

⁵⁷¹ “Art. 53.1. *Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)*”.

⁵⁷² Em tratamento similar, como visto, a constituição espanhola também prevê em seus arts. 55.1 e 55.2 a possibilidade de que sejam dadas provisões específicas relativas à interceptação das comunicações sempre que esteja em jogo a segurança interna do Estado ou a defesa nacional. Trata-se da chamada suspensão do direito ao segredo de comunicações, autorizada no contexto de uma declaração do estado de exceção ou de sítio, assim como, de forma individual e para pessoas determinadas, em relação com as investigações correspondentes à atuação de bandas armadas ou elementos terroristas (Rodríguez Ruiz, Blanca. *El secreto...*, p. 115).

⁵⁷³ Sobre a suspensão do direito ao sigilo de correspondência por força do Estado de Sítio e do Estado de Defesa, tem-se que quanto aos arts. 136 e 137 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - Estado de Defesa e Estado de Sítio, vale gizar que o Estado de Defesa e o Estado de Sítio compõem o que a doutrina denomina Sistema Constitucional das Crises. Em outras palavras, quando o Estado se vê impossibilitado de, com os meios repressivos ordinários de que dispõe, afastar ou ultimar ameaças à supremacia constitucional, à divisão dos poderes, ao princípio republicano, à participação popular direta, à igualdade perante a lei, ao progresso e justiça sociais e à prevalência da vontade popular constitucionais, necessária a instituição de uma legalidade extraordinária a fim de reger esta conjuntura fática, já que, se não for convenientemente administrada, governada, poderá provocar o rompimento do equilíbrio constitucional e, por conseguinte, pôr em grave risco as instituições democráticas. A Constituição Federal, dessarte, informada pelos princípios da temporariedade e necessidade, estabelece em seus arts. 136, 137, 138 e 139 os requisitos a serem observados para decretação destes verdadeiros estados de exceção. O Estado de Defesa, de menor abrangência, traduz uma situação temporária - máximo de trinta dias, prorrogável uma única vez por igual período, destinada a locais restritos e determinados em que se organizam medidas específicas destinadas a conter ameaças à ordem pública ou à paz social, solucionar instabilidades institucionais ou superar calamidades naturais, sendo sua decretação de competência exclusiva do Presidente da República, após a necessária, mas não vinculada oitiva do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional, como se depreende do artigo 136 da Constituição Federal Brasileira: “Art. 136. *O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. § 1º - O decreto que instituir o estado de defesa (...) indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: I - restrições aos direitos de: (...) b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica*”. Como se vê, uma das medidas possíveis de serem especificadas no decreto instituidor do Estado de Defesa é a limitação de certos direitos individuais. Tais limitações se

pela constituição (mediante ação legislativa), amparado, neste caso, no art. 5º, II⁵⁷⁴, que consagra o princípio geral de reserva legal.

Assim, da análise sistemática do texto constitucional brasileiro, tem-se, igualmente ao modelo espanhol, que as telecomunicações podem resumidamente ser objeto de intromissão mediante prévia decisão judicial e que o exercício ao direito ao sigilo das comunicações pode ser regulado abstratamente por lei.

Destacaremos a seguir como essas restrições podem se dar em ambos os sistemas, começando pela atuação abstrata e geral do legislador e, em seguida, enfrentando a possibilidade de limitação pela via da ordem judicial.

5.1. A Reserva de lei

Como prejudicial lógica à análise em questão, curial introduzir algumas considerações de ordem geral a respeito dos limites da ação legislativa. Por se tratar de uma doutrina com acolhimento uniforme tanto no Brasil quanto na Espanha, serão tomadas referências a posicionamentos da doutrina e da jurisprudência constitucional de ambos os países.

5.1.1. A dupla vinculação do legislador aos direitos fundamentais. Sua função no desenvolvimento do direito fundamental

A consagração da sujeição do legislador aos direitos fundamentais corre em paralelo com a própria consolidação da constituição como norma suprema do

justificam porque o sigilo de correspondência e comunicações telegráfica e telefônica, se livremente exercitados, possibilitariam a franca troca de informações e poderiam permitir a organização de movimentos prejudiciais ao restabelecimento da ordem e à democracia. O Estado de Sítio, por seu turno, é voltado à repressão de comoção interna grave, de crises não solucionadas pelo Estado de Defesa, resposta a ataques externos ou declaração de estado de guerra, onde se suspendem direitos e garantias constitucionais. O Presidente da República, neste, não mais atua isoladamente. Ao contrário, além de ouvir os Conselhos de Defesa Nacional e da República, deve solicitar autorização do Congresso Nacional, momento em que especificará seu tempo de duração, a área a ser atingida e os direitos e garantias a serem suspensos. Se decretado por força do artigo 137, I da Constituição, dentre os direitos passíveis de sofrerem suspensão se encontra, mais uma vez, o sigilo de correspondência e comunicação. É o que se colhe da redação do art. 139 da Constituição Federal: "*Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: (...); III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, ..., na forma da lei*"; Aqui vale a mesma justificativa posta em relação ao Estado de Defesa, ou seja, caso haja livre trânsito de correspondência e comunicações, dificilmente a ordem institucional e a democracia serão restabelecidas, acrescentando que referidas restrições só serão regulamentadas em lei posterior à decretação do Estado de Sítio.

⁵⁷⁴ "*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.*"

ordenamento e o reconhecimento de seu caráter normativo. A partir de então há uma substituição da ideia de vinculação dos direitos à lei pela de vinculação do legislador aos direitos.

Em relação a esta vinculação do legislador aos direitos fundamentais, como faz salientar Medina Guerrero⁵⁷⁵, temos que esta se apresenta sob uma dupla vertente: uma vinculação negativa, que supõe a proibição de que o legislador autorize qualquer ingerência dos poderes públicos que não esteja constitucionalmente fundamentada. E, uma segunda vinculação positiva, que se traduz no mandato de lograr que os direitos fundamentais desenvolvam plenamente sua eficácia, garantindo o efetivo exercício da liberdade.

É fato que o conteúdo de um direito fundamental se integra de garantias, faculdades e possibilidades de atuação. Todavia, o preceito constitucional geralmente se limita a mencionar o bem jurídico sem maior concreção. Corresponde ao legislador o labor de concretização, que, na prática, tem uma dupla vertente, uma vez que a atividade de concretizar os direitos significa, na prática, duas formas de atuação paradoxais⁵⁷⁶. Primeiramente, o legislador concretiza quando interpreta, aclara o âmbito de cobertura de um direito, que está sempre implícito na Constituição, tendo que ater a ela no exercício desta atividade. É o que se dá, por exemplo, quando o legislador aclara qual o significado de expressões contidas na Constituição, a exemplo dos conceitos de domicílio, segredo, ou comunicações.

No mesmo sentido, o legislador igualmente concretiza o direito fundamental quando opta por uma das formas constitucionalmente possíveis de harmonizar o âmbito de proteção de um direito com o de outros direitos fundamentais. Com efeito, a ampla esfera de liberdade que o reconhecimento genérico do direito rascunha poderia gerar perigo à integridade dos direitos de terceiros ou aos interesses da comunidade. Surge, então, uma necessidade de compatibilização, que, apenas algumas vezes é feita expressamente pela própria Constituição, como, por exemplo, quando expulsa certas faculdades do conteúdo constitucionalmente protegido, como soe ocorrer quando a inviolabilidade de domicílio cede, no próprio texto constitucional ao flagrante delito, como ocorre na Constituição espanhola no art. 18.2⁵⁷⁷ e na Constituição

⁵⁷⁵ A esse respeito, leia-se Medina Guerrero, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. McGraw-Hill, Madrid, 1996.

⁵⁷⁶ Vide Medina Guerrero, Manuel. *La vinculación negativa...*, *op. cit.*, pp. 23-44.

⁵⁷⁷ “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en flagrante delito.”

brasileira, em seu art. 5º, XI⁵⁷⁸.

Em outros casos, a Constituição não exclui a priori do âmbito protegido as situações em que a salvaguarda poderia afetar negativamente interesses gerais. É o que ocorre tanto na constituição brasileira quanto na espanhola em relação ao segredo das comunicações⁵⁷⁹. Nestes casos, há necessidade de intervenção judicial para definição do conteúdo protegido.

Veja-se, comparando o tratamento diferenciado dispensado pela Constituição aos direitos em questão, que no primeiro caso (inviolabilidade de domicílio), os constituintes brasileiros e espanhóis já desenharam o direito, desde seu matiz constitucional, com a restrição⁵⁸⁰ em relação ao flagrante delito, ao passo que o segredo das comunicações não tem expressado em seu conteúdo constitucional restrições deste jaez, ainda que este direito, por não ser absoluto, também seja passível de ser limitado.

A situação é ilustrativa para que uma questão semântica reste aclarada: o conceito de limitação do direito não deve se confundir com o de delimitação do mesmo. O limite pressupõe necessariamente a existência previa de um conteúdo constitucionalmente protegido e já fixado (ou seja, delimitado) pela constituição, dentro do qual, projetando-se desde o exterior opera precisamente o limite. O limite não pode fazer parte do conteúdo protegido constitucionalmente. Em resumo: a constituição delimita e o legislador, desde o exterior, limita os direitos fundamentais. Ou, na melhor expressão de Pedro Cruz Villalón: *“la Constitución prefigura y el legislador configura”*⁵⁸¹. O exercício desta atividade pelo legislador e os parâmetros reguladores de sua atuação serão explicitados nos tópicos que seguem.

⁵⁷⁸ “A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.”

⁵⁷⁹ A constituição brasileira também se vale de previsões constitucionais de restrição legal direta, como se vê nas várias situações em que a restrição fica adstrita à “*forma da lei*”, “*nas hipóteses da lei*” etc., como soe ocorrer nos arts. 5º, XIII e XV. O mesmo se diga da Constituição Espanhola, que traz situações deste jaez no artigo 17, apartado 1º (*toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley*), apartado 3º, entre outros.

⁵⁸⁰ Vale dizer que, ainda que seja de uso corrente, a utilização da expressão “restrição imposta pela constituição”, para alguns doutrinadores revela uma verdadeira contradição em termos. Virgílio Afonso da Silva, por exemplo, defende que as restrições, como corolário da teoria externa, somente decorreriam de sopesamento com outros direitos fundamentais colidentes, ao qual deve ser aplicado o princípio de proporcionalidade. Acolhe o constitucionalista a teoria externa, segundo a qual, em relação aos direitos fundamentais, haveria dois objetos distintos: o direito em si e as restrições a ele impostas. Ao revés, para a teoria interna, haveria um único objeto, o direito e seus limites imanescentes.

⁵⁸¹ Villalón, Pedro Cruz. *El legislador de los derechos fundamentales, La garantía constitucional de los derechos fundamentales*. López Pina Ed., Universidad Complutense/Civitas, Madrid, 1991, p. 134.

5.1.2. Alcance da função limitadora do legislador em direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, na feliz dicção de Bernal Pulido⁵⁸² constituem a coluna vertebral do Estado Constitucional, desempenhando papel nuclear no quadro dos Estados Democráticos de Direito. Sua relevância é tamanha que Schneider chega ao ponto de sustentar que sem uma tutela adequada dos direitos fundamentais não existe democracia. Para este autor, *“la democracia (...) presupone los derechos fundamentales de la misma forma que, al contrario, los derechos fundamentales solo pueden adquirir su plena efectividad en condiciones democráticas”*⁵⁸³.

Nada obstante, como lembra Pérez-Luño, é exatamente nos países em que a democracia se mostra ainda vacilante, e que demandam um reforço especial no que tange com a implementação dos direitos fundamentais, onde existem quadros mais alarmantes de desrespeito a esses direitos. Com efeito, de acordo com Perez-Luño, *“quanto mais intensa se revela a operatividade do Estado de Direito, maior é o nível de tutela dos direitos fundamentais. De igual modo que na medida em que se produz uma vivência dos direitos fundamentais se reforça a implementação do Estado de Direito. Esta observação conduz ao paradoxo de que precisamente nos países onde maior urgência necessita o reconhecimento dos direitos fundamentais isto não se consegue porque neles não existe um Estado de Direito...”*⁵⁸⁴

Impõe-se, logo, encontrar, em quadros como esses, limites mais fortes aos diversos setores que possam representar ameaças aos direitos fundamentais. Nesta linha não se pode olvidar, como salienta Schier⁵⁸⁵, que o legislador democrático, em grande medida, pode representar, como já restou assinalado, e, por mais contraditório que tal pareça, uma ameaça à realização e implementação dos direitos fundamentais. Afinal, na medida em que a intervenção legislativa no campo desses direitos pode assumir uma configuração restritiva, sob o pretexto de explicitar limites imanescentes pode o legislador, ainda que virtualmente, vilipendiá-los. Há que se admitir, logo, a

⁵⁸² Bernal Pulido, Carlos Bernal. *“Prefácio à obra ‘Tres escritos sobre los derechos Fundamentales’*, in: Alexy, Robert. *Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 13.

⁵⁸³ Schneider, Hans Peter. *Democracia y Constitución*. Trad. Luis López Guerra. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 18-19.

⁵⁸⁴ Pérez Luño, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 3ª ed., Madrid: Tecnos S.A., 1988, pp. 26-27.

⁵⁸⁵ Schier, Paulo Ricardo. *Fundamentação da preservação do núcleo essencial na Constituição de 1988*, in http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20110429133200.pdf. p. 7085. Acesso em 22.11.2012.

“necessidade de se impor limites à atividade legislativa no âmbito dos direitos fundamentais para justamente salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual ação erosiva do legislador ordinário”⁵⁸⁶.

Não é sem razão que Häberle observou que, ao lado dos indivíduos, o legislador, como já visto, é um clássico inimigo potencial e real do direito e da liberdade⁵⁸⁷. Aqui, portanto, que emerge o primeiro sentido de justificação para a existência de limites à atividade de regulação dos direitos fundamentais, sintetizado nas palavras de Dimoulis e Martins:

*Já se afirmou que a possibilidade de limitar um direito fundamental mediante intervenções em sua área de proteção não é ilimitada. Se fosse reservado ao legislador o poder de concretizar as reservas legais conforme seu entendimento e avaliação política, os direitos fundamentais abstratamente garantidos poderiam perder qualquer significado prático. A garantia constitucional restaria, em última instância, inócua, abandonando-se, na prática, o princípio da supremacia constitucional. (...) A doutrina exprime essa constatação afirmando que a limitação dos direitos fundamentais conhece suas próprias limitações. Isso significa que é proibido proibir o exercício do direito além do necessário*⁵⁸⁸.

Assim, a função limitadora de um direito fundamental só procede quando se trata de conciliá-lo com outros direitos ou bens constitucionais. A limitação de direitos fundamentais é exigência do princípio da unidade constitucional, de forma que qualquer norma constitucional requer sempre sua integração sistemática com outros preceitos da Lei Fundamental. Daí, ser legítimo concluir que os limites aos direitos fundamentais, como regra, ainda que não expressos na Constituição (ao menos em linguagem textual) são decorrências de outros direitos ou bens previstos na constituição⁵⁸⁹. Estes não seriam obra de criação do legislador, sendo preexistente à intervenção do mesmo.

⁵⁸⁶ Biagi, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2005, p. 74.

⁵⁸⁷ Häberle, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquim Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, p. 62.

⁵⁸⁸ Dimoulis, Dimitri e Martins, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 167.

⁵⁸⁹ Como já visto anteriormente, na LF Bonn, há dois níveis de intervenção do legislador nos direitos fundamentais. A primeira forma se dá a partir do reconhecimento de que todos os direitos limitáveis ou não pela ação do legislador estão submetidos aos limites derivados do exercício dos outros direitos fundamentais com os quais colisiona, bem como daqueles que derivam da realização de outros interesses reconhecidos pela constituição (limites imanentes). A outra forma de restringir um direito fundamental por ação do legislador se dá nos casos de direitos submetidos a reserva de lei explícita, em relação aos quais é dado restringir certos direitos além dos imperativos de uma interpretação sistemática da própria constituição, perseguindo qualquer interesse público, ainda que não previsto na constituição, submetidos

Ao legislador, portanto, corresponde salvar na medida do possível a eficácia dos bens jurídicos contrapostos, pelo que deve evitar incorrer em ponderações apressadas que conduzam ao sacrifício de um bem ou direito constitucional em benefício do outro. Essa tarefa, ainda que tenha natureza restritiva dos direitos em questão, é no fundo uma garantia da própria integridade do direito.

Nesse sentido, Medina Guerrero, quando afirma que *“los límites que el legislador fija actuando siempre bajo la máxima de establecer sólo sacrificios estrictamente necesarios para proteger los derechos o bienes con los que colisiona se imponen – como es obvio – al resto de los poderes públicos, evitándose así que estos, interpretando libremente la constitución sin mediación alguna, pudiesen llegar a desvirtuar el derecho en beneficio de cualquier otro bien o interés reconocido en la Constitución”*⁵⁹⁰. Ou seja, o legislador, no desenvolvimento de direitos fundamentais, também desempenha outra função crucial: ele evita a livre interpretação do direito fundamental pelos poderes públicos.

A partir das considerações até aqui reproduzidas, é forçoso concluir que a atuação do legislador tem, em princípio, certo caráter declarativo, já que ele elege e dá forma a alguns dos limites imanentes preexistentes na constituição. O legislador não cria o específico limite, só o manifesta entre os diversos que a Constituição autoriza.

Esta função declarativa do legislador levou Ignacio De Otto⁵⁹¹ a negar a diferença entre delimitação e limitação de um direito – entre sua prefiguração constitucional e sua configuração legislativa -, reduzindo a segunda a uma mera interpretação da primeira. Todavia, não é correto dizer que o legislador, ao regular o direito, valendo-se dos limites prefigurados na constituição, realize uma atividade automática, sem um mínimo viés discricionário. O legislador não é um mero executor da constituição, mas, ao contrário, ostenta certa liberdade de configuração política dentro do marco que a constituição oferece. Ao legislador compete elege a concreta limitação do direito entre as diversas possibilidades constitucionalmente lícitas.

Medina Guerrero, fazendo referência a julgado do Tribunal Constitucional Espanhol, ilustra esta situação quando esclarece que *“al legislador toca*

estes limites, por sua vez, aos limites (Schranken Schranken) do conteúdo essencial e do princípio de proporcionalidade.

⁵⁹⁰ *La vinculación...*, op. cit., p. 90.

⁵⁹¹ De Otto y Pardo, I., “La regulación del ejercicio de los derechos fundamentales. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, em Martín-Retortillo, L., de Otto y Pardo, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid: Civitas, 1988.

*en principio seleccionar <en la forma que estime más conveniente> (STC 161/1987, FJ 4), las vías concretas de articulación de los derechos entre si y con los demás bienes constitucionalmente protegidos, entrando dentro de su libertad de determinación la facultad de decidir la cantidad e intensidad de las restricciones que habrán de sufrir los derechos al objeto de conciliarlos con el resto de las disposiciones constitucionales.*⁵⁹² Este parece também ser o posicionamento em vigor entre os constitucionalistas brasileiros, merecendo destacar a posição de Ferreira Mendes, segundo o qual, como regra, nas hipóteses de reserva legal, é usual reconhecer que a vinculação do legislador aos direitos fundamentais não pode reduzir sua tarefa a uma simples confirmação do juízo de ponderação sobre os princípios relevantes.

Considerando que o legislador, em muitos casos, decide sobre o estabelecimento ou não da restrição, não seria absurdo afirmar que em algumas situações restringir direitos pode assumir caráter constitutivo, e não meramente declaratório.

Assim, o legislador, ao harmonizar os bens jurídicos que colisionam tem uma apreciável margem de manobra, sempre que sua decisão não resulte desproporcionada⁵⁹³.

Vale registrar, entretanto, que, ainda que não haja previsão expressa a respeito da intervenção legislativa, como no caso do segredo das comunicações na Espanha e do sigilo de correspondência brasileiro, não há como negar a possibilidade de conflitos decorrentes de abusos por parte dos titulares do direito fundamental. Brage Camazono⁵⁹⁴ reforça, ainda em casos deste jaez, que os direitos fundamentais não são e nunca poderão ser ilimitados, em razão do que um indivíduo que, necessariamente, tem que viver, conviver e relacionar-se na sociedade, deve harmonizar o exercício de suas liberdades com as liberdades dos demais.

É fato que nem tudo que está coberto, em tese, o chamado âmbito de proteção total do direito ou conteúdo total do direito, colhe efetiva proteção dos direitos

⁵⁹² *La vinculación...*, *op. cit.*, p. 92.

⁵⁹³ Em relação ao tema, vale o registro de que o Ministro da Corte Constitucional brasileira faz uma ressalva (ainda que não deixe muito claro o seu teor) quando se tratar de direitos fundamentais sem expressa previsão de reserva legal (já que, como temos visto, no Brasil, ainda que todos os direitos fundamentais sejam passíveis de concretização, alguns tem essa previsão expressa no texto constitucional, ao passo que outros tem esta ação legislativa implícita no texto constitucional, ainda que a situação não se assemelha àquela da Lei fundamental alemã, já que não há níveis distintos de intervenção legislativa). Ainda assim, o autor considera que quando não está consignada a reserva legal, a situação seria um pouco diversa, exigindo maior prudência na ação do legislador.

⁵⁹⁴ Brage Camazono, Joaquín. *Los limites de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.

fundamentais. Os direitos hão de ser interpretados de forma dinâmica, em confronto com as faculdades e possibilidades jurídicas alheias, nunca isoladamente⁵⁹⁵. Nesta linha se expressa Gavara de Cara⁵⁹⁶, quando afirma que “*en estos casos, el legislador puede aplicar justificaciones establecidas por la propia constitución para desarrollar dichos derechos. Entre esas justificaciones, el tribunal constitucional ha admitido que incluyan los derechos fundamentales de terceras personas que pueden colisionar con los derechos fundamentales garantizados sin reserva o los bienes jurídicos con rango constitucional que sean necesarios proteger. De este modo le corresponde al legislador la concreción de los derechos fundamentales establecidos directamente por la constitución.*”⁵⁹⁷

Assim, parece legítimo concluir que a possibilidade de uma colisão entre direitos fundamentais ou outros bens constitucionalmente protegidos viabilizaria a imposição por lei de restrição a um direito fundamental sem reserva legal expressa.

Todavia, ainda que seja pacífica a admissão à atuação do legislador, esta ação limitadora há de ser “*imantada por todo tipo de cautela*”⁵⁹⁸ que, neste caso, pode ser refletida na observância do princípio de proporcionalidade e a garantia do conteúdo essencial do direito, que funcionam como limites à ação limitadora do legislador, restringindo *sua* margem de liberdade de opção na tarefa de concretizar e especificar os direitos fundamentais. Antes de entrar nessas questões, analisaremos a reserva de lei na Espanha e no Brasil.

⁵⁹⁵ Ferreira Mendes, seguindo essa linha de raciocínio, faz referencia a julgado da Corte Constitucional alemã, em que esta, chamada a se pronunciar em caso relacionado com a recusa à prestação de serviço militar, assim externou seu posicionamento: “*apenas a colisão entre direitos de terceiros e outros valores jurídicos com hierarquia constitucional podem excepcionalmente, em consideração à unidade da constituição e à sua ordem de valores, legitimar o estabelecimento de restrições a direitos não submetidos a uma expressa reserva legal.* BVerfGE 28, 243 (26), cf, também Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 108, apud Ferreira Mendes, Gilmar, Mártires Coelho, Inocência, Gonet Branco, Paulo Gustavo. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília jurídica, Brasília, 2000.

⁵⁹⁶ Gavara de Cara critica a posição de Muller, para quem os direitos fundamentais garantidos sem reserva de lei não poderiam ser limitados através de uma lei, nem em razão de uma lei. Para ele, nem o poder executivo, nem o poder judicial, nem o legislador, quando não haja reserva legal, podem limitar direitos fundamentais garantidos sem reserva (vide nota 52, Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, op. cit., Madri, 1994, p. 149).

⁵⁹⁷ Gavara de Cara, Juan Carlos. *Derechos fundamentales...*, op. cit., Madrid, 1994, p. 150.

⁵⁹⁸ *Hermenêutica constitucional...*, op. cit., p. 241.

5.1.3. A reserva de lei na Espanha e o direito ao segredo das comunicações. Resposta a duas questões de ordem prática

O tema da reserva de lei na Espanha possui grande transcendência quando do estudo das restrições aos direitos fundamentais e ganhou mais importância em relação ao direito ao segredo das comunicações em virtude do caso Valenzuela Contreras, que adiante será visto, e as consequências que dele decorreram na compreensão que o TC passou a dispensar à matéria.

Dois questões, entretanto, se destacam por sua especial relevância. A primeira consiste em saber se podem ocorrer no sistema espanhol restrições ao direito ao segredo das comunicações independentemente daquelas situações estabelecidas na lei ou se as hipóteses legais devem ser consideradas *numerus clausus*. A segunda reside em averiguar se a legislação espanhola quando trata do âmbito de restrição do direito é bastante em si, concreta e suficiente para dar resposta às situações reais que o mundo dos fatos lhe propicia.

Inicialmente, considerando a influência do constitucionalismo alemão sobre o seu paradigma espanhol, cumpre recordar de forma algo mais analítica que na LF de Bonn, em relação ao tema da reserva da lei, estas questões são esclarecidas no seu próprio texto, que reconhece duas categorias de limites aos direitos fundamentais. Assim, só está o legislador autorizado a restringir alguns dos direitos que reconhece, o que não converte os demais em ilimitados, mas antes em uma categoria distinta dos primeiros. Dessa forma, todos os direitos limitáveis ou não pela ação do legislador estão submetidos aos limites derivados do exercício dos outros direitos fundamentais com os quais colisiona, bem como daqueles que derivam da realização de outros interesses reconhecidos pela constituição (os chamados limites imanentes, resultantes de interpretação sistemática que reconhece sua limitação não só em relação a outros direitos fundamentais, mas também do reconhecimento de outros interesses de status constitucional). A natureza declarativa da aplicação destes limites faz com que a tarefa interpretativa possa ser levada a cabo por qualquer operador do direito, não se tratando de tarefa exclusiva do legislador, na medida em que sua imposição é decorrência de uma interpretação sistemática da Lei fundamental de Bonn, enquanto documento normativo⁵⁹⁹.

⁵⁹⁹ Nesse sentido, veja-se Medina Guerrero, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. McGraw-Hill, Madrid, 1996 e Rodríguez Ruiz, Blanca. “El caso “Valenzuela Contreras” y nuestro sistema de derechos fundamentales”. in *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 19, n. 56, CES, Madrid, Mayo-agosto de 1999.

Já a segunda categoria de limite autoriza ao legislador, em relação aos direitos submetidos a reserva de lei, restringir certos direitos além dos imperativos de uma interpretação sistemática da própria constituição, perseguindo qualquer interesse público, ainda que não previsto na norma fundamental, em verdadeira função constitutiva. Seu amparo está em uma concepção liberal dos direitos fundamentais, que se sustenta na confiança na figura do legislador, enquanto representante do povo⁶⁰⁰.

Dessas duas formas de limites previstos na LF de Bonn, como visto anteriormente, apenas a segunda modalidade se verifica no CEDH, que muita força dá à figura do legislador. O art. 8.2 do CEDH permite ingerências com o direito ao segredo das comunicações sempre que se reúnam uma série de requisitos, na forma do seu art. 8.2, antes citado:

- *deve estar prevista em lei;*
- *sob a perspectiva de uma sociedade democrática, deve ser necessária para a segurança nacional, a segurança pública, o bem estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção a infrações penais, a proteção à saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e liberdades dos demais.*

E aqui se esclareça que a jurisprudência do TEDH é flexível quanto à exigência formal do art. 8.2 CEDH, na medida em que admite que a interceptação das telecomunicações pode se dar tanto em normas com força de lei, que podem ser complementadas por outras de status inferior (*Silver y otros c. R. U., sentença de 25/03/1983, série A, vol. 61, par. 88, p. 33*) e quanto pela jurisprudência (*Kruslin c. França, sentença de 24/04/1990, série A, vol. 176, par. 29, p. 21/22*). O importante, na visão do TEDH, é que a exigência material de que a regulação normativa da limitação do direito possa considerar-se suficientemente previsível por seus titulares.

Assim, sustentada na noção de segurança nacional ou de segurança pública, entre outras, toda limitação deve estar expressamente prevista norma suficientemente previsível por seus titulares, não havendo em seu texto a indicação da autoridade encarregada de permitir a interceptação das comunicações no caso concreto. De forma que, em princípio, a normativa europeia (prevista no CEDH) não transforma esta medida em atributo exclusivo do órgão do Poder Judiciário.

⁶⁰⁰ O tema é visto com mais detalhamento em Rodríguez Ruiz, Blanca. “El caso “Valenzuela Contreras” y nuestro sistema de derechos fundamentales”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 19, n. 56, CES, Madrid, Mayo-agosto de 1999.

Em linha um pouco distinta da Lei Fundamental de Bonn e do CEDH, como já mencionado anteriormente, o texto constitucional espanhol, estabelece que a obrigação de que a regulação dos direitos fundamentais se faça por lei, todavia, não estabelece que toda restrição ao direito tenha que ter base legal, encaixando melhor no modelo alemão dos direitos imanentes. Não há na Espanha, diferentemente da LF Bonn, duas categorias de direitos fundamentais, de forma que uns fossem submetidos apenas a limites imanentes e outros a reserva de lei.

E tal se dá porque a Constituição não submete nenhum direito à possibilidade de limitação legislativa⁶⁰¹. Por sua parte, o art. 53.1 reserva à lei a regulação, e não a limitação, do exercício de todos os direitos fundamentais. Com efeito, vários autores salientam que, ao se utilizar o texto espanhol da expressão regulação do exercício do direito e não à limitação ao seu exercício, que só é admitida apenas de forma implícita, na medida em que toda regulação de um direito traça inevitavelmente, ao mesmo tempo, os limites de seu exercício, a CE apenas acolhe a possibilidade de o legislador impor aos direitos fundamentais os chamados limites imanentes⁶⁰².

Nesse sentido, o teor literal do artigo em questão aponta, então, para a compreensão, defendida nas primeiras sentenças pelo TC espanhol, que a Constituição não autoriza ao legislador limitar os direitos fundamentais na forma como o faz o texto alemão, no sentido de submeter seu texto a restrições legais na persecução de interesses públicos sem respaldo constitucional. Assim, os direitos fundamentais somente podem ser restringidos com o fim de proteger “*otros derechos constitucionales o bienes constitucionalmente protegidos*” (STC 11/1981, FJ 7), só estando, por esta senda, sujeitos a limites imanentes.

Dessa forma, ainda que preveja expressamente que lei orgânica ou lei ordinária desenvolva os direitos fundamentais da seção primeira e da seção segunda do Capítulo II do Título I da CE respectivamente (vide art. 53 e art. 81, ambos da CE), não há qualquer necessidade de mediação legislativa para a aplicação ou limitação concreta do direito, que deverá se dar pelo processo de interpretação sistemática, no que o texto constitucional só lhe concede certa margem interpretativa, podendo estes limites ser

⁶⁰¹ Distinto é o caso dos direitos de configuração legal. Nesse sentido, vide Medina Guerrero, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. McGraw-Hill, Madrid, 1996.

⁶⁰² Por todos, cita-se Rodríguez Ruiz, Blanca. “El caso “Valenzuela Contreras” y nuestro sistema de derechos fundamentales”. in *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 19, n. 56, CES, Madrid, Mayo-agosto de 1999, p. 238.

impostos por qualquer operador jurídico, ressalva que, em relação ao art. 18.3 se verifica, já que o texto restringe esta possibilidade ao órgão jurisdicional.

Em verdade, pode-se dizer que o art. 53.1 CE reserva ao legislador apenas a regulação em termos gerais do exercício do direito fundamental, podendo limitá-los, igualmente em termos gerais.

Assim, resumidamente, da comunhão dos arts. 18.3 e 53.1, ambos da CE, aponta-se para interpretação segundo a qual a autorização judicial e a reserva legal constituem requisitos com finalidade e âmbito de aplicação distintos, de sorte que toda limitação concreta ao exercício do direito ao segredo das comunicações deve ser ordenada por uma autoridade independente, o poder judiciário, a quem compete estimar, controlar e apreciar em cada caso a razoabilidade das medidas de limitação, ao passo que a regulação do direito, inclusive a sujeição a limites imanescentes, sempre em um plano geral, caberá ao legislador, a quem o constituinte, para este fim, não apresentou outras ressalvas à ação no desenvolvimento da garantia, à exceção da observância do conteúdo essencial do direito, ao qual a doutrina e a jurisprudência espanhola posteriormente acrescentaram o respeito ao princípio de proporcionalidade⁶⁰³, limites a serem detalhados no item 5.1.5.

5.1.3.1. O caso Valenzuela Contreras

A ação do legislador no desenvolvimento do direito quando ligado à possibilidade de limitações ao seu exercício, impostas em concreto pelo Judiciário, assumiu, como já dito, especial relevância no contexto espanhol, máxime após o caso Valenzuela Contreras.

Neste processo, apreciado pelo TEDH em 1998, resumidamente, foi reconhecido que a Espanha teria violado o direito ao segredo das comunicações (art. 8 CEDH), ao considerar idônea ordem judicial de interceptação nas comunicações que, no momento em que foi adotada, não se baseava em normas com força de lei. Com efeito, a intervenção telefônica foi ordenada em um momento anterior à reforma da LECrim, introduzida pela Lei 04/1988, de 25 de maio de 1988, quando o art. 579 da LECrim

⁶⁰³ A adoção pelo TC do princípio de proporcionalidade, seguindo o modelo alemão em detrimento da realidade constitucional espanhola, que se baseava no juízo de razoabilidade (exame da relevância constitucional do direito, do fim que justifica sua limitação e a ponderação entre ambos), já que a ação estaria limitada ao reconhecimento de limites imanescentes ao direito fundamental foi alvo de críticas por incorporar parâmetros teóricos liberais alheios à Constituição Espanhola. Leia-se a esse respeito Rodríguez Ruiz, Blanca. “El caso “Valenzuela Contreras” y nuestro sistema de derechos fundamentales”. *in Revista de Derecho Constitucional*. Año 19, n. 56, CES, Madrid, Mayo-agosto de 1999.

ainda regulava unicamente a intervenção na correspondência escrita⁶⁰⁴. Foi justamente com a reforma de 1988 que se passou a regular a possibilidade de intervir em comunicações telefônicas⁶⁰⁵. Nem tampouco existia na época, em relação ao art. 18.3 CE (alicerce das ordens judiciais restritivas), o grau de desenvolvimento jurisprudencial, que permitisse considerar previsível a interceptação da referida comunicação. Em resumo, o TEDH entendeu que, neste caso, não se atendia à exigência de que para a ordem de interceptação ser lícita, imperativo que estivesse prescrita previamente com grau de precisão suficiente que permitisse ao cidadão comum regular sua conduta, sendo capaz de prever, em um grau razoável, dadas as circunstâncias, as consequências que poderiam derivar de sua ação.⁶⁰⁶

Este caso, que rendeu condenação ao Estado Espanhol, se tornou ainda mais relevante pelo fato de que o TC, na tentativa de compatibilizar a doutrina adotada pelo TEDH no caso Valenzuela com a Constituição espanhola, terminou por adotar uma doutrina incongruente com sua jurisprudência anterior, baseada em um entendimento coerente da normativa constitucional. Os parâmetros desta nova doutrina são os que, com pequenas distensões, vêm sendo seguidos desde então.

⁶⁰⁴ “Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa”. Apesar disso, a jurisprudência admitia o valor probatório da intervenção telefônica. É o que se depreende entre outras, das S.S.T.S., 2ª, de 05.02.1988 e de 05.10.1990, nas quais se considerou que, apesar de não haver sido promulgada ainda a L.O. 4/1988 quando se efetuaram as escutas, a medida não careceria de cobertura legal na medida em que já estava em vigor o art. 18.3 da C.E.

⁶⁰⁵ Essa segue sendo a redação atual do art. 579 da LECrim, vazada nos seguintes termos: “Artículo 579. 1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.

4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación”.

⁶⁰⁶ Silver y otros c. Reino Unido, opinião da Comissão de 11/10/1980, serie B, vol. 51, par. 282, p. 74.

Com efeito, a partir do caso Valenzuela, já na STC 49/1999, de 05 de abril,⁶⁰⁷ o TC se viu diante de um dilema de ou acatar a doutrina do TEDH, assumindo-a a despeito de sua grande disparidade com a concepção espanhola de direitos fundamentais ou seguir esta concepção, defendida em diversas outras sentenças do TC anteriores ao julgamento do TEDH, contrariando a sentença do TEDH, e, por consequência, ignorando a obrigação constitucional de interpretar os direitos fundamentais em conformidade com os tratados internacionais sobre a matéria ratificados pela Espanha (art. 10.2 CE).

Daí que, o TC terminou por adotar uma doutrina que, com pequenas distensões, desde então, está a meio caminho entre sua doutrina constitucional anterior e a doutrina desenvolvida pelo TEDH no caso Valenzuela. De acordo com esta, o TC assumiu a reserva de lei, fazendo dela uma leitura não formal, mas antes material. E adotando a doutrina desenvolvida pelo TEDH no caso Valenzuela Contreras, o TC afirmou posteriormente que a reserva de lei não se satisfaz pelo mero fato de que uma norma legal habilite genericamente ao Poder Judiciário para decretar a intervenção nas comunicações, sendo necessário que na lei *"se expresen todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de intervención"* (STC 49/1999, FJ 4). Pois bem, estes pressupostos e condições exigidos pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) no caso Valenzuela Contreras, levaram o Tribunal Constitucional a concluir que, até a incorporação de tais garantias à legislação espanhola (o Tribunal Constitucional se recusou então a emitir pronunciamento na STC 49/1999 sobre o cumprimento das mesmas, depois da reforma legal operada⁶⁰⁸) deveriam ser trasladadas estas exigências

⁶⁰⁷ Para maiores esclarecimentos sobre o tema, leia-se estudo de Rodríguez Ruiz, Blanca "El caso Valenzuela Contreras y nuestro sistema de derechos fundamentales" in *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 19, n. 56, mayo/agosto de 1999.

⁶⁰⁸ O STC 184/2003, de 23 de outubro (Pleno), Ponente Exma. Sra. Casas Baamonde, após uma detalhada análise da jurisprudência do TEDH, finalmente apreciou a atual redação do art. 579 da LECrim e considerou que, igualmente após a reforma, promovida pela LO 04/1988, permanece sendo vaga. Textualmente restou consignado em seu fundamento jurídico 5º que *"resulta la insuficiencia de su regulación sobre el plazo máximo de duración de las intervenciones, puesto que no existe un límite de las prórrogas que se pueden acordar; la delimitación de la naturaleza y gravedad de los hechos en virtud de cuya investigación pueden acordarse; el control del resultado de las intervenciones telefónicas y de los soportes en los que conste dicho resultado, es decir, las condiciones de grabación, y custodia, utilización y borrado de las grabaciones, y las condiciones de incorporación a los atestados y al proceso de las conversaciones intervenidas. Por ello, hemos de convenir en que el art. 579 LECrim no es por sí mismo norma de cobertura adecuada, atendiendo a las garantías de certeza y seguridad jurídica, para la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas (art. 18.3 CE). Pero, además, tampoco regula expresamente y, por tanto, con la precisión requerida por las exigencias de previsibilidad de la injerencia en un derecho fundamental las condiciones de grabación, custodia y utilización frente a ellos en el proceso penal como prueba de las conversaciones grabadas de los destinatarios de la comunicación intervenida, pues el art. 579 LECrim sólo habilita específicamente para afectar el derecho al secreto de las comunicaciones de las personas sobre las que existan indicios de*

do legislador ao juiz. Assim, afirma também que a atuação dos órgãos judiciais que defira a interceptação das comunicações pode ser constitucionalmente legítima somente se for adotada *"en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en la misma, respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad"* (FJ 5)⁶⁰⁹.

De modo que já se tem elementos para conclusivamente afirmar, quanto à primeira questão, que a reserva de lei não é formal, na medida em que o TC reconhece, na esteira do que estabelece a doutrina do TEDH, que, imperativo para a restrição ao segredo das comunicações, é a previsibilidade da ação interventiva, que tanto pode ser obtida pela via legislativa, quanto pela consolidação e amadurecimento jurisprudencial. Interpretação em sentido contrário equivaleria ao paradoxo de se reconhecer, pela omissão do legislador, um direito fundamental como direito absoluto, ideia pacificamente repudiada pelo ordenamento espanhol, de forma que a inação do legislador pode ser substituída pela ação do juiz, desde que obedeça aos parâmetros enunciados pelo TC, ao acolher a jurisprudência do TEDH.

Há de se observar que esse viés restritivo em relação às resoluções judiciais que admitem interferência nos processos comunicativos se dá independentemente da conduta praticada pelos comunicantes (remanesce a exigência de previsibilidade), mesmo que se trate de práticas criminosas, ainda que o âmbito de cobertura nestes casos seja, por expressa previsão da Constituição Espanhola, mais restrito⁶¹⁰, em especial quando a conduta ilícita envolve ações terroristas⁶¹¹.

responsabilidad criminal en el momento de acordar la intervención de las comunicaciones telefónicas de las que sean titulares o de las que se sirvan para realizar sus fines delictivos, pero no habilita expresamente la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones de los terceros con quienes aquéllos se comunican. A estos efectos resulta conveniente señalar que al legislador corresponde ponderar la proporcionalidad de la exclusión, o inclusión, y en su caso bajo qué requisitos, de círculos determinados de personas en atención a la eventual afeción de otros derechos fundamentales o bienes constitucionales concurrentes al intervenir sus comunicaciones, o las de otros con quienes se comunican, como en el caso de Abogados o profesionales de la información el derecho al secreto profesional (arts. 24.2, párrafo 2, y 20.1.d CE), o en el caso de Diputados o Senadores el derecho al ejercicio de su cargo de representación política (art. 23.2 CE), su inmunidad parlamentaria y la prohibición de ser inculcados o procesados sin previa autorización de la Cámara respectiva (art. 71.2 CE)."

⁶⁰⁹ Sobre esta sentença conferir Rodríguez Ruiz, Blanca, "El coste de los derechos fundamentales. Un comentario de la STC 49/1999, de 5 de abril", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 3, 1999, pp. 315-340.

⁶¹⁰ Art. 25.2. CE – *"Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a*

Nesta linha, não resultou surpreendente, em sua sentença de 18.02.2003, no caso *Prado Bugallo vs. España*, o TEDH ter declarado que, ainda que a reforma do art. 579 da LECrim operada pela Lei 4/1988 tenha gerado avanço inegável, ainda assim as garantias que introduz não atendem às condições exigidas pela jurisprudência do TEDH para evitar abusos. Ademais, acrescenta que as intervenções telefônicas, analisadas no caso, teriam ocorrido antes da citada evolução⁶¹². Entende, em concreto, que:

Las garantías introducidas por la ley de 1988 no responden a todas las condiciones exigidas por la jurisprudencia del Tribunal, especialmente en las Sentencias Kruslin c. Francia y Huvig c. Francia, para evitar los abusos. Se trata de la naturaleza de las infracciones susceptibles de dar lugar a las escuchas, de la fijación de

excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.”

⁶¹¹ Art. 51.2 LOGP – “*Las comunicaciones de los internos con el abogado defensor o con el abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los procuradores que lo representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo*”. A respeito desta questão, sem qualquer pretensão de utilizar o caso concreto além do contexto da mera exemplificação, no midiático “caso do Juiz Garzón”, no qual este foi condenado por abuso de autoridade sob acusação de ter ordenado escutas telefônicas, consideradas ilegais, entre diversos advogados e réus em um caso de corrupção (caso Gürtel), o Tribunal Supremo, seguindo a doutrina do TC e do TEDH, considerou ilícita a intervenção no processo comunicativo e condenou o magistrado, sob o fundamento de que a intervenção nas comunicações só é admitida em casos muito concretos e limitados, o que estaria violado pela inclusão, no caso específico, de intervenção no processo comunicativo envolvendo advogados indeterminados, bem como pela ausência de indícios prévios de que os advogados participavam de atividades delitivas, o que seguramente, na visão do Tribunal Supremo, terminou gerando lesão ao direito de defesa. Ainda sustentou o Tribunal que nas comunicações de um recluso com seu advogado, na forma do art. 51.2 LOGP, a “Y” aponta para requisitos cumulativos (“*por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo*”), como explica a STC 183/1994, que sinaliza: “*La imposibilidad constitucional de interpretar este último precepto (el art. 51.2 LOGP) en el sentido de considerar alternativas las dos condiciones de «orden de la autoridad judicial» y «supuestos de terrorismo», que en el mismo se contienen, así como derivar de ello la legitimidad constitucional de una intervención administrativa que es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales. Dichas condiciones habilitantes deben, por el contrario, considerarse acumulativas y, en su consecuencia, llegarse a la conclusión que el art. 51.2 de la LOGP autoriza únicamente a la autoridad judicial para suspender o intervenir, de manera motivada y proporcionada, las comunicaciones del interno con su Abogado sin que autorice en ningún caso a la Administración Penitenciaria para interferir esas comunicaciones.*” Como se vê, independentemente da prática lesiva levada a efeito ou maquinada pela via do processo comunicativo (analisava-se no caso Gürtel a prática de corrupção), a linha jurisprudencial adotada é bastante restritiva em relação às interferências no processo comunicativo. Dessa forma, forçoso admitir que, ainda que apoiadas em leis vagas ou mediante resolução judicial, não será a existência destas, por si só, suficientes para caracterizar uma dada intervenção como legítima quando se dê ao arrepio de parâmetros legais ou jurisprudenciais concretos e bem definidos.

⁶¹² Concretamente o TEDH se refere às garantias estabelecidas por suas decisões. de *Kruslin e Huvig* contra França, de 24.04.1990, nas quais se exigia: a) que a medida de ingerência tivesse uma base no direito interno de cada país, ou seja, que estivesse prevista na lei, b) ademais que esta (lei) fosse de qualidade, no sentido que o Direito interno deve oferecer uma certa proteção contra atentados arbitrários dos poderes públicos aos direitos garantidos no art. 8.1 do CEDH, e c) que se trate de normas claras e detalhadas a fim de que a pessoa afetada possa conhecer em que circunstâncias e sob que condições se habilita aos poderes públicos para adotar medidas restritivas de tais direitos.

un límite a la duración de la ejecución de la medida, y de las condiciones de establecimiento del procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas. Estas insuficiencias afectan igualmente a las precauciones a observar, para comunicar intactas y completas las grabaciones realizadas, a los fines del eventual control por el juez y la defensa. La ley no contiene ninguna disposición en relación con ello (§ 30).

No mesmo diapasão, deu-se o pronunciamento da STC 184/2003, de 23 de outubro de 2003⁶¹³.

Em conclusão, no que se refere já ao segundo questionamento, por tudo quanto já foi dito, agora configura mera constatação afirmar que, certamente, a CE não exige que a restrição de direitos fundamentais, em geral, e a do direito ao segredo das comunicações, em concreto, tenham que ter respaldo legislativo. Nem tampouco o exige o CEDH, à luz da interpretação material, e não formal, que o TEDH faz do requisito da reserva de lei, convertendo-o em requisito que salvguarde a previsibilidade das limitações de direitos. Em que pese a tudo isso, é preciso reconhecer que a legislação espanhola é insuficiente em relação ao âmbito de proteção do direito ao segredo das comunicações, pelo seu alto grau de vagueza e abstração, conforme já se pronunciou o TEDH e o próprio TC em decisões a que se fez referência. E vale gizar que, em matéria trabalhista, não há sequer uma norma vaga que enfrente a matéria, havendo uma absoluta omissão legislativa no tratamento específico da possibilidade e das situações em que esta intervenção seria lícita, no âmbito da relação de emprego.

Contudo, como já dito, sem margem para dúvida, não quer dizer que o direito ao segredo das comunicações, em geral, e no âmbito laboral, em concreto, não possa sofrer limitações a partir do ingresso na atividade laboral. E aqui se introduz a peculiaridade dos limites na relação laboral, visto que a questão central que se busca desatar neste estudo, ao fim e ao cabo, guarda referência com a definição dos limites do controle da comunicação por e-mail realizada pelo empregado no âmbito da relação de trabalho. E, quanto a este aspecto, vale dizer que, a despeito de a questão quase sempre vir tratada em contratos individuais de trabalho ou em normas coletivas, permaneceria uma razoável margem de incerteza, que tem autorizado, como adiante se verá, uma doutrina dos Tribunais ainda longe de estar consolidada, a despeito da jurisprudência que se forma no Tribunal Supremo sobre o uso pessoal de ferramentas informáticas e das recentes decisões do Tribunal Constitucional em casos em que a questão é

⁶¹³ Vide nota 606 em que o teor desta sentença do Tribunal Constitucional espanhol é detalhado. Quanto à citação em espanhol da decisão do TEDH, esta foi retirada da própria STC 184/2003, FJ 4.

enfrentada à luz do art. 18.3 CE, marco jurisprudencial que será enfrentado a partir do capítulo 5 deste estudo.

Assim, em que pese não seja constitucionalmente exigível uma lei que enfrente a questão das restrições ao direito no âmbito laboral, seguramente essa seria bastante desejável diante das múltiplas controvérsias verificadas no contexto das relações de trabalho.

5.1.4. A reserva legal no Brasil e o direito ao sigilo de correspondência

A restrição de um direito fundamental, como é sabido, é uma limitação do âmbito de proteção. Uma sistematização das restrições dos direitos fundamentais conforme a Constituição Federal Brasileira vigente comporta a classificação das restrições aos direitos fundamentais em tácitas, diretamente constitucionais, e indiretamente constitucionais (reserva de lei restritiva simples e qualificada).

Inicialmente, admite-se que a Constituição autoriza tacitamente tanto o legislativo como o judiciário a impor restrições aos direitos fundamentais com o escopo de resolver ou evitar, no plano da eficácia social, os casos de colisão entre os próprios direitos fundamentais ou o conflito destes com valores comunitários constitucionalmente protegidos (segurança pública, saúde pública, etc.). Para solucionar tal colisão, através da harmonização ou acomodação dos direitos colidentes, bem como prevenir futuros choques entre eles, a Constituição não obsta que o Congresso Nacional elabore lei que acabe por restringir os direitos colidentes dentro de sua liberdade de conformação dos direitos. Ampara-se na cláusula de reserva legal subsidiária contida no art. 5º, II, atuando apenas no reconhecimento dos limites imanentes na Constituição, em atuação de essência declarativa, inclusive em relação aos direitos com restrições direta ou indiretamente constitucionais. Tampouco o Judiciário, quando invocado para dirimir a referida colisão, estará impedido constitucionalmente de restringir quaisquer dos direitos colidentes através das técnicas da concordância prática ou ponderação de valores no exame do caso sub judice, independentemente de lei que as estabeleça.

As restrições diretamente constitucionais seriam aquelas estabelecidas pelo próprio texto constitucional. É o que se dá, a título de exemplo, no art. 5º, XI, segundo o qual “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para

prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” ou no art. 5º, XVII, que consagra que “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”. Nestas situações, a própria Constituição assegura e restringe diretamente o direito fundamental.

As restrições indiretamente constitucionais são aquelas que não se encontram previstas no texto constitucional que confere o direito fundamental, uma vez que a Constituição limita-se a autorizar o legislador a estabelecê-las através de leis infraconstitucionais. É o caso do art. 5º, XIII, segundo o qual “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Trata-se de uma reserva de lei restritiva simples, já que, no texto constitucional que assegura o direito fundamental não se encontra a restrição do direito fundamental garantido, mas somente a previsão de que a lei poderá estabelecê-la. Ademais, a Constituição não determina requisitos ou qualificações para a lei. A norma constitucional simplesmente autoriza a restrição *tout court*. Este modelo é similar ao adotado no sistema alemão, quando se autoriza o legislador a restringir o exercício dos direitos fundamentais além da mera interpretação sistemática da constituição, em atividade verdadeiramente constitutiva.

Sucedem a reserva de lei restritiva qualificada quando a Constituição fixa requisitos ou objetivos para a lei restritiva, e, dessa forma, limita a discricionariedade do legislador ordinário para impor a restrição ao direito fundamental. É o caso do direito ao sigilo de correspondência, segundo o qual “*é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*”.

Situados estes aspectos prefaciais derredor da reserva legal no Brasil, cumpre dizer que, de acordo com a dicção do art. 5º, XII da Constituição Federal de 1988, já visto, tem-se como expressa e legitimamente limitável apenas o sigilo das comunicações telefônicas, ainda assim condicionado ao preenchimento de três requisitos cumulativos previstos na própria norma. São eles:

- i) a autorização judicial;
- ii) deve estar voltado para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;
- iii) na forma que a lei estabelecer.

Forçoso reconhecer que, a despeito de sua dicção literal, a limitação às comunicações por telefone resulta de um erro histórico na redação da Constituição de 1988. Pellegrini Grinover⁶¹⁴ levanta interessante questão a respeito da forma como foi aprovado o texto do art. 5º, XII da Constituição Federal. Enfatiza a autora que a Assembleia Nacional Constituinte aprovou texto distinto daquele que veio afinal a ser promulgado. A redação aprovada em segundo turno, no plenário, foi a seguinte: “*É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações de dados, telegráficas e telefônicas, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual*”.

Assim, a autora enfatiza que a antiga redação do inciso (aprovada pelo Plenário), além de possibilitar expressamente a limitação dos sigilos de correspondência, comunicações de dados, telegráficas e telefônicas, ainda estaria voltada para os demais processos – administrativos, trabalhistas, civis etc., não ficando restrito à investigação criminal ou à instrução processual penal. Nessa linha, faz dura crítica à Comissão de Redação da Assembleia Nacional Constituinte, que ao acrescentar as palavras ‘*comunicações*’, ‘*no último caso*’ e ‘*penal*’ ao texto constitucional modificou totalmente a vontade aprovada em plenário. Pellegrini Grinover chega a defender a inconstitucionalidade formal do inciso XII ao final promulgado – por incompetência da Comissão de Redação para alteração da norma e por desrespeito à necessidade de sua votação em dois turnos.

Os Tribunais brasileiros, entretanto, ao analisarem pedidos e autorizar a quebra do sigilo com supedâneo no preceito constitucional ora comentado, acolhendo jurisprudência do STF, consideravam, a despeito da previsão expressa de restrição em relação ao sigilo telefônico, que enquanto não fosse editada a lei prevista no art. 5º, XII, inviável seria a limitação de qualquer dos meios de comunicação referidos na Constituição, inclusive das comunicações por telefone⁶¹⁵. Ou seja, interpretou-se que a restrição ao direito ao sigilo de correspondência, prevista no art. 5º, XII teria sua

⁶¹⁴ Pellegrini Grinover, Ada Pellegrini. “O Regime Brasileiro das Interceptações Telefônicas.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, nº 17, jan/mar, 1997, p. 113.

⁶¹⁵ *HABEAS-CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO. NULIDADE. Interceptação telefônica. Prova ilícita. Autorização judicial deferida anteriormente à Lei nº 9.296/96, que regulamentou o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. Nulidade da ação penal, por fundar-se exclusivamente em conversas obtidas mediante quebra dos sigilos telefônicos dos pacientes. Ordem deferida. HC 81154/SP, Relator Min. Maurício Corrêa, Julgamento: 02/10/2001, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação, DJ 19-12-2001, p. 00004, Ement Vol-02054-02, p. 00341.*

eficácia limitada até que fosse editada a lei exigida constitucionalmente⁶¹⁶, não sendo suficiente a ordem judicial motivada e o fim de instrução de processo ou inquérito policial criminal, tornando-se imperativa a existência de lei que regulasse o procedimento.

A previsão regulamentadora do art. 5º, XII, surge com o advento da Lei 9296/96, que, além de tratar da forma como deve ocorrer a restrição telefônica, estende a limitação aos dados “*em sistemas de informática e telemática*”. Esta lei, que teve por escopo regulamentar a parte final do inciso II do art. 5º da Constituição, admite a violação do sigilo quando presentes os seguintes requisitos:

- i) indícios palpáveis da autoria ou participação em infração penal;
- ii) quando impossível a realização de outros meios de prova;
- iii) ficando restrita a quebra às infrações penais punidas com reclusão.

Muito importante, entretanto, enfatizar que esta norma, a despeito de ter instituído o procedimento para a quebra de sigilo de comunicações telefônicas e telemáticas (v.g. correio eletrônico) no Brasil após o advento da Constituição Federal, também sofreu ataques quanto à constitucionalidade do parágrafo único de seu artigo primeiro, que ampliou o alcance originariamente proposto pela norma constitucional, aproximando as possibilidades de interceptação de comunicações daquelas concebidas originariamente pelo constituinte e que não se materializaram na redação do art. 5º, XII da Carta Constitucional brasileira. O citado artigo foi aprovado nos seguintes termos:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

⁶¹⁶ Importante mencionar que o Pacto de San José da Costa Rica, que entrou no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto 678/1992, tem disposição semelhante à CEDH, quando em seu art. 11, após dispor que ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação, estabelece, em seguida, que “3. *Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas*”. Nessa medida, havendo normas constitucionais e supranacionais similares, divergiu, enquanto não havia norma legal, o STF do entendimento que adotou o TC espanhol no caso Valenzuela Contreras. Tal previsão, em alguma medida, pode justificar a exigência de lei na interpretação do STF. Importante reconhecer, entretanto, que, a adoção deste pensamento pelo Supremo nunca impediu que, alicerçado no conflito com outros direitos fundamentais, tribunais restringissem, em caráter excepcional, o direito em relação aos demais meios de comunicação, aplicando o princípio de proporcionalidade ou enfatizando o “*substrato ético que deve orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade*” (STJ – 6ª Turma – RMS n. 6129/RJ – Relator Ministro Adhemar Maciel, DJ, seção I, 12/08/1996, p. 27.942).

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática⁶¹⁷.
(Destaque não consta no original)

Com esta redação, expressamente a legislação federal brasileira, por um só ato estendeu expressamente a proteção do art. 5º, XII ao correio eletrônico, bem como estabeleceu limites ao exercício do direito, alterando para alguns estudiosos tanto o âmbito de cobertura do direito (ao incluir a comunicação por meio telemático no alcance do art. 5º, XII) quanto o de proteção (visto que, na mesma norma, estipula limites ao direito).

A doutrina, entretanto, em um primeiro momento, se dividiu em duas vertentes: uma considerando inconstitucional o parágrafo único da Lei 9296/1996 e outra defendendo sua constitucionalidade. A primeira, representada por Pellegrini Grinover, Greco Filho e Magalhães Gomes⁶¹⁸ se baseou na premissa segundo a qual “*regras limitadoras de direitos, sobretudo quando excepcionais, devem ser interpretadas restritivamente*”. Já a segunda corrente entendeu inexistir qualquer inconstitucionalidade da norma por, basicamente, três motivos⁶¹⁹:

1º) A interpretação das normas constitucionais exige que a uma norma constitucional seja atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda (Canotilho), sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade (Jorge Miranda).

⁶¹⁷ Concordamos com Walter Aranha Capanema (*A Interceptação de Dados Informáticos no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Artigo de conclusão de Pós-Graduação – Universidade Estácio de Sá, 2007) quando diz que o legislador foi redundante no parágrafo único do art. 1º da Lei 9296/1996, uma vez que, sendo a informática “*ramo do conhecimento dedicado ao tratamento da informação mediante o uso de computadores e demais dispositivos de processamento de dados*”, enquanto que a telemática define-se como “*1. conjunto de serviços informáticos fornecidos através de uma rede de telecomunicações; 2. ciência que trata da transmissão, a longa distância, de informação computadorizada...*”, é fato que a telemática nada mais é que a comunicação através de meios informáticos, pelo que melhor seria que o legislador incluísse, simplesmente, “*comunicações informáticas*” ou “*a telemática*”.

⁶¹⁸ Pellegrini Grinover, Ada Pellegrini. “O Regime Brasileiro das Interceptações Telefônicas.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, nº 17, jan/mar, 1997; Greco Filho, Vicente. *Interceptação Telefônica (considerações sobre a lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996)*. São Paulo: Saraiva, 1996; Gomes Filho, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 121

⁶¹⁹ Moraes, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo, Editora Atlas, 1998, p.151. No mesmo sentido, Damásio de Jesus (Interceptação de comunicações telefônicas: notas à Lei 9296, de 24-9-1996, RT, São Paulo: n. 735, jan., pp. 458/473, 1997), Luiz Flávio Gomes (Gomes, Luiz Flávio, Cervini, Raúl. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 171-176) e Streck, Lênio Luiz (*As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 42). Também adotam posição similar Prado, Geraldo (*Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006), Nigri, Tânia (*Sigilo de dados: os limites da sua inviolabilidade*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8956>>. Acesso em: 14 ago. 2007), entre outros.

2º (...), apesar de a exceção constitucional (CF, art. 5º, XII, in fine) expressamente referir-se somente à interceptação telefônica, nada impede que nas outras espécies de inviolabilidades haja possibilidade de relativização da norma constitucional,...

3º Finalmente, o fato da ementa da lei afirmar que 'Regulamenta o Inciso XII, Parte Final, do art. 5º da Constituição Federal', de forma alguma impede que o texto legal discipline outros assuntos, uma vez que a lei que veicula matéria estranha ao enunciado constante de sua ementa, por só esse motivo, não ofende qualquer postulado constitucional, não vulnerando tampouco as regras de processo legislativo constitucional, pelo que excluída da declaração de inconstitucionalidade....

Quanto a esta matéria, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se pronunciar em razão da propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar – pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol), que tinha o propósito de suspender a vigência da norma. Assim se pronunciou o Supremo:

Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafo único do art. 1º e art. 10 da Lei n. 9.296, de 24-7-1996. Alegação de ofensa aos incisos XII e LVI do art. 5º, da Constituição Federal, ao instituir a possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. Relevantes os fundamentos da ação proposta. Inocorrência de periculum in mora a justificar a suspensão da vigência do dispositivo impugnado. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida. Medida cautelar indeferida. (ADI 1.488-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 7-11-96, DJ de 26-11-99).

Como se vê, a medida cautelar não foi deferida, por não restar demonstrado o *periculum in mora*. Quanto ao mérito da ADI propriamente dita, este não foi apreciado, sob o fundamento de que a Adepol não teria legitimidade ativa, por se tratar de uma entidade de classe de segundo grau, e não uma associação nos moldes dos legitimados à propositura da ADI⁶²⁰. Dessa forma, ainda que a constitucionalidade da norma não tenha sido enfrentada, persiste no ordenamento jurídico pátrio, baseada na presunção relativa de constitucionalidade das normas emanadas pelo Poder Legislativo, a norma do art. 1º, parágrafo único da Lei 9.296/96, que estende ao correio eletrônico, enquanto meio de comunicação telemática, a proteção prevista no art. 5º, XII da Constituição Federal.

Todavia, importante registrar que o fato de a norma regulamentadora suso mencionada apenas fazer referência às comunicações telefônicas e telemáticas não

⁶²⁰ O entendimento que não autorizava entidades de classe de segundo grau a propor ação direta de inconstitucionalidade foi superado pelo STF através da decisão na ADIn 3153-AgR em 12.08.2004, passando o STF a admitir a legitimação ativa das associações de associações para a propositura da ADIN.

implica que outros meios de comunicação também não sofram limitações ao seu uso abusivo quando confrontado com outros direitos fundamentais ou outros valores constitucionalmente relevantes. Assim, v.g., antes mesmo do advento da Lei 9296/1996 e em relação a todos os meios de comunicação ali previstos, o STF já costumava se valer do juízo de proporcionalidade para assegurar que *o sigilo não pudesse “constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas”*, já que as correspondências poderiam ser abertas *“em todas as hipóteses que alvitrem o interesse social ou se trate de proteger ou resguardar direitos ou liberdades de outrem ou do Estado, também constitucionalmente assegurados”*.⁶²¹

E tal se justifica pelo fato de que em relação ao sigilo telefônico há uma reserva legal qualificada, na medida em que a Constituição brasileira não se limita a exigir que a eventual restrição ao âmbito de proteção do direito seja prevista em lei (como na reserva legal simples, também existente no ordenamento brasileiro), mas estabelece também as condições especiais, os fins a serem perseguidos (*investigação penal ou instrução processual penal*) e os meios a serem utilizados (*ordem judicial*), limitando a ação constitutiva do legislador (que não pode, por exemplo, autorizar ordem de intervenção telefônica por motivos laborais, administrativos etc.). Por sua parte, há que se salientar que os demais meios de comunicação, ainda que não tenham expressa previsão de reserva legal, também são passíveis de serem limitados (*a já vista restrição tácita*), diante dos abusos perpetrados por seus titulares, conflitando com os direitos de terceiros ou com outros princípios de hierarquia constitucional, a partir da cláusula de reserva legal subsidiária contida no art. 5º, II. O legislador, neste caso, fica restrito ao enfrentamento dos limites imanentes, devendo, nesta situação, respeitar o núcleo essencial do direito fundamental e a proporcionalidade na medida limitadora imposta.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro se admite, pois, que, em confronto com outros interesses constitucionais, é possível reconhecer limites imanentes ao uso da liberdade de comunicação por outras vias, além da telefônica. Concretizando este entendimento com um exemplo prático o legislador federal permitiu restrição ao direito ao sigilo de correspondência quando conferiu, no art. 6º, VIII, da Lei

⁶²¹ Essa expressão, com pequenas variações, terminou se tornando comum em diversos julgados do Supremo Tribunal Federal, sendo transcrito pelos outros Tribunais brasileiros para materializar as restrições. Um exemplo dessa utilização se deu quando O STF já decidiu desta forma ao entender válida a regra disposta no art. 41, parágrafo único, da Lei de Execuções Penais, (Lei Federal Ordinária n.º 7.210/84), que prevê que a autoridade administrativa responsável pela gestão do presídio pode interceptar correspondência de presos que se destinem ao exterior do presídio (H.C. 70.814-5/SP, DJ de 24-6-1994, Rel. Min. Celso de Mello).

Complementar nº. 75/1993, atribuição ao Ministério Público da União para representar "ao órgão judicial competente para quebra de sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual...".⁶²² Como se nota, esta norma posterior à Constituição, a despeito de não haver reserva legal expressa quanto ao sigilo de correspondência, estendeu a este a possibilidade de restrição mediante prévia ordem judicial.

Em tempo, cumpre dizer que da mesma forma que seu paradigma espanhol, não é um imperativo para a ação interventiva no processo de comunicação no ordenamento brasileiro, a exigência de expressa previsão da restrição em lei formal, como se viu na própria análise da jurisprudência do STF, que já impunha as restrições ao direito previsto no art. 5º, XII, muito antes de a Lei 9296/1996 ser publicada. Assim, como já registrado anteriormente, o Judiciário, quando invocado para dirimir a referida colisão, não estará impedido de restringir quaisquer dos direitos colidentes, no exame do caso sub judice, independentemente de lei que as estabeleça. Apenas, vale o registro que, afastando-se do modelo espanhol que, neste ponto, foi forjado a partir das decisões do TEDH, o STF sequer tem exigido a previsibilidade da ação interventiva, permitindo restrições sempre que alvitrem o interesse social ou se trate de proteger ou resguardar direitos ou liberdades de outrem ou do Estado, também constitucionalmente assegurados, de modo que as críticas, em geral, recaem sobre o caráter vago de expressões como "interesse social" e o casuísmo de algumas medidas restritivas adotadas⁶²³.

Nesse contexto, pode-se concluir que, ainda que não seja, como visto, necessário que lei formal autorize a restrição, forçoso reconhecer que, ainda mais do que no sistema espanhol, diante das incertezas em torno da previsibilidade da ação

⁶²² Questiona-se, entretanto, em se tratando de norma que sequer possui reserva legal específica, como o STF considerou recepcionada pela Constituição brasileira a disposição do art. 41, parágrafo único, da Lei de Execução Penal que permite aos diretores de presídio o acesso à correspondência dos aprisionados, em regra semelhante ao art. 51.5 LOGP no contexto espanhol (*Las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente*). Aqui, ainda que o STF entenda que o sigilo não pudesse constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas, faria sentido manter aos aprisionados a garantia de que a restrição adviria de prévia ordem judicial. Todavia, como se verá adiante, já houve situações em que o STF excepcionou a exigência da regra de prévia ordem judicial, amparada em lei e anterior à restrição, em detrimento de uma exigência bem menos formal, caso em que considera suficiente a mera previsão da medida restritiva em norma legal anterior ao ato restritivo, abrindo mão da exigência de intermediação do Poder Judiciário para a intervenção na comunicação.

⁶²³ Nesse sentido, leia-se Gomes, Luiz Flávio. "Gravações telefônicas: ilicitude e inadmissibilidade". *Revista CEJ*, Brasília, v. 2, n. 5, pp. 55-61, maio/ago. 1998.

interventiva, seria desejável e muito bem vinda legislação específica que tratasse da restrição ao direito ao sigilo de correspondência telemática na seara trabalhista brasileira e, talvez por essa razão, haja uma constante preocupação do Poder Legislativo brasileiro em torno do tema, como será visto adiante no capítulo 7, aspecto que se reflete em um número bem superior de proposições legislativas buscando regular a questão, quando posto em comparativo com seu paradigma espanhol.

5.1.5. Limites dos limites dos direitos fundamentais

Reconhecida a possibilidade de serem impostas limitações aos direitos fundamentais pelo legislador, é crucial pontuar que isto não quer dizer que haja uma vinculação destes direitos ao legislador, ao contrário, é o legislador que está vinculado aos direitos fundamentais⁶²⁴, de modo que as restrições são limitadas, servindo estes limites de baliza para a ação do legislador que restringe direitos fundamentais.

A vinculação negativa do legislador aos direitos fundamentais necessita, assim, para sua melhor eficácia, em palavras de Medina Guerrero⁶²⁵ *“unos límites de los límites, cuyo objetivo no es otro que impedir que esa libertad de configuración – que a propia conservación de los derechos susceptibles de entrar en conflicto reclama – no termine por convertirse en el caballo de Troya de los derechos fundamentales.”*

Estes limites, que também decorrem da constituição referem-se à necessidade de preservação do núcleo essencial do direito, bem como da observância da proporcionalidade das restrições eventualmente impostas.

5.1.5.1. O conteúdo essencial

A ideia de um núcleo essencial refere-se a uma categoria central da dogmática jurídico-constitucional atenta à necessidade de estabelecer um último reduto

⁶²⁴ O professor da Universidade de Sevilha Manuel Medina Guerrero (*La vinculación ...*, op. cit., p. 75), a respeito da temática pondera que *“esta necesaria tarea armonizadora... no puede justificar una actuación discrecional del legislador en la elección de los fines legitimadores de la reducción del contenido de los derechos, pues, con ello, más que vinculación del legislador a los mismos, no se estará sino sancionando una unívoca vinculación: la dos derechos al legislador”*. Para, em seguida, reconhecer que, *“cabe reconocer cierta libertad de configuración al legislador, pues la constitución no impone a este respecto una única solución válida, sino que circunscribe a establecer un marco – acotado por las exigencias de salvaguardar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, así como por la condición de respetar el principio de proporcionalidad y el contenido esencial – dentro del cual dispone el legislador de un propio margen de decisión”*.

⁶²⁵ *La vinculación...*, op. cit., p. 115.

de garantia contra as leis e medidas fortemente restritivas dos direitos fundamentais. Tal se deu como reação ao que ocorreu com a Constituição Alemã de 1919 (Constituição de Weimar), na qual, de acordo com Reis Novais, “às normas constitucionais de direitos fundamentais se atribuía um carácter meramente programático, não se reconhecendo à garantia por eles proporcionada mais que aquilo que já decorria do princípio da legalidade da Administração, com os corolários da reserva e preferência de lei”⁶²⁶, aspecto reforçado pela inexistência à época de um controle jurisdicional da constitucionalidade das leis⁶²⁷.

A preocupação com o desenvolvimento de uma teoria do limite aos limites ganhou espaço de desenvolvimento teórico na Alemanha do pós-guerra, e em especial na Lei Fundamental de 1949, para que se evitasse a repetição do ocorrido com a Constituição de Weimar, que teve seu catálogo de direitos fundamentais esvaziado pela obra do Poder Legislativo da Alemanha Nazista. Esse aspecto histórico justifica a expressão consignada no art. 19, inciso II, da Lei Fundamental alemã, que impede o esvaziamento da eficácia dos direitos fundamentais, pela ação do poder público, em especial, do poder legislativo⁶²⁸, responsável pela conformação dos direitos fundamentais.

Este conceito de conteúdo essencial como “redução último de defesa”⁶²⁹ dos direitos fundamentais está arraigado no constitucionalismo europeu, aparecendo inclusive na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 52.1

⁶²⁶ Reis Novais, Jorge. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 779

⁶²⁷ Durante o período de vigência da Constituição de Weimar, entretanto, diante da ineficácia dos direitos fundamentais que dependessem de ação do legislador, foi construída a teoria da garantia das instituições ou dos institutos, que nada mais eram que proibições dirigidas ao legislador, que buscavam impedir que este reduzisse a conformação de um instituto além daqueles limites extremos, além dos quais ele seria aniquilado ou desnaturalizado, garantindo-lhe o mínimo que constitua sua essência. A garantia institucional, embrião da posterior noção de conteúdo essencial, cuja origem se dá na Lei Fundamental de Bonn, permitiu o que não parecia possível para os direitos na constituição de Weimar, a fixação de limites à ação restritiva do legislador. Sobre o tema, veja-se Villalon, Pedro Cruz. “Formación y Evolución de los Derechos Fundamentales”. In: *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 25. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989, pp. 35-62.

⁶²⁸ Para Gilmar Ferreira Mendes, a Lei Fundamental alemã estabeleceu essa restrição ao legislador, em duas medidas, na primeira em face da vinculação do legislador aos direitos fundamentais, conforme preconiza o artigo 1, inciso I, da LF; no segundo, pela regra do artigo 19, inciso II, que “consagrou, por seu turno, a proteção do núcleo essencial (*In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesengehalt angetastet werden*).” Ferreira Mendes, Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 42.

⁶²⁹ Gomes Canotilho, J.J.. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 482.

⁶³⁰). Não discrepa dessa toada o direito espanhol, em que o art. 53.1 da CE⁶³¹ traça uma linha a partir da qual as limitações aos direitos fundamentais passam a ser consideradas ilegítimas. É o espaço intangível que a cobertura de todos os direitos encerra. É certo que o conteúdo de cada direito constitui um conceito jurídico indeterminado. Cada direito enseja seu próprio núcleo de essencialidade, que são as faculdades de atuação necessárias para que seja reconhecido como pertinente ao tipo descrito e sem as quais deixaria de pertencer a este tipo. Para Hesse⁶³², “*el contenido esencial de un derecho comienza allí donde terminan las posibilidades de una delimitación lícita*”. Kruger, na mesma linha, afirma que: “se ha de entender violado el contenido esencial cuando ya no puede lograrse el fin por cuyo motivo se confiere el derecho”⁶³³. São, em definitivo, os elementos mínimos que lhe fazem reconhecível, que impedem o seu desaparecimento ou transformação em outra coisa⁶³⁴

Ordinariamente, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é apresentado por duas teorias: absoluta e relativa⁶³⁵. A teoria absoluta sustenta que existe

⁶³⁰ Artículo 52. Alcance de los derechos garantizados. 1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deber ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

⁶³¹ O art. 53 da Constituição Espanhola tem manifesta inspiração no art. 19 da Lei Fundamental de Bonn: Artigo 19. Restrição aos direitos fundamentais, respeito à sua essência e garantia do devido processo legal. 1. Quando, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental for restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei será aplicada de maneira geral e não apenas para um caso particular. Além disso, a lei deverá especificar o direito fundamental afetado e o artigo que o prevê. 2. Em hipótese nenhuma um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência. 3. Os direitos fundamentais se aplicarão igualmente às pessoas jurídicas nacionais, na medida em que a natureza desses direitos o permitir. 4. Quem tiver seus direitos lesados pelo Poder Público poderá recorrer à via judicial. Não havendo foro especial, o recurso deverá ser encaminhado à Justiça comum. Este parágrafo não interferirá no disposto na segunda frase do § 2 do artigo 10.

Eis o inteiro teor do artigo 53.1 da Constituição espanhola de 1978: “*Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a).*”

⁶³² Hesse, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts*, p. 134, apud Medina Guerrero, *La vinculación...*, op. cit., p. 147, nota 52.

⁶³³ Kruger, Herbert. *Der wesensgehalt der Grundrechte i. S. des art 19 GG*, p. 601, apud Medina Guerrero, *La vinculación...*, op. cit., p. 149.

⁶³⁴ Sobre o assunto, Ventura Peixoto, Marco Aurélio. (*Os direitos fundamentais e o princípio da legalidade: uma compatibilização possível?*, op. cit.). Ainda sobre o tema, indispensável a leitura da obra de Haberle, Peter, *Garantía del contenido esencial de los Derechos fundamentales*, Dykinson, S. L., Madrid, 2003.

⁶³⁵ A esse respeito dispõe Rodríguez Ruiz (*El secreto...*, op. cit.): “*De la expresión “contenido esencial” puede hacerse una lectura absoluta y otra relativa. De acuerdo con la primera, la expresión se refiere a una sustancia básica, sus rasgos fundamentales o definitivos, de modo que se esa área es infringida o su protección limitada, el derecho se torna conceptualmente irreconocible. Según la segunda, el contenido esencial de un derecho es aquella parte de su cobertura cuya limitación no está justificada sobre la base de una ponderación razonable entre los principios en conflicto*” (p. 107).

um conteúdo essencial predeterminado de cada direito fundamental, um núcleo duro, um componente substancial resistente à ação do legislador, diferenciado do restante de seu conteúdo, que seria acessório e sobre o qual o legislador poderia dispor. Por essa teoria, os direitos fundamentais têm delimitação abstrata, não podendo suas fronteiras ser ultrapassadas, nem mesmo para garantia de direitos fundamentais de mesma importância e hierarquia. Vê-se a aplicação de cada direito de forma isolada, devendo, quando a demanda envolver direito fundamental, ser respeitado este núcleo intangível pelo legislador ou pelo órgão jurisdicional, posto que o conteúdo essencial é *núcleo e medula dos direitos subjetivos*, na feliz expressão de Medina Guerrero⁶³⁶.

Ainda que a própria noção de um conteúdo *essencial* leve intuitivamente à ideia de que deveria apresentar contornos bem definidos, a posição oposta, ainda que contraintuitiva, na prática, termina por ser, como adiante veremos, a que predomina na jurisprudência constitucional tanto do Brasil, quanto da Espanha. A chamada teoria relativa prega que não há um conteúdo mínimo predeterminável, podendo o legislador limitar o direito sem qualquer barreira material, desde que aplique para tanto o princípio da proporcionalidade. A conformidade constitucional das limitações de direitos fundamentais só pode ser medida em termos relativos. Esta construção teórica defende que a ideia central de direitos fundamentais somente poderá ser protegida no caso concreto.

Através do Estado-juiz, com os elementos fáticos colacionados ao processo, poder-se-ia analisar qual direito deve prevalecer e qual deve ser sacrificado. Não há uma opção estanque, única, sólida, inerte, mas antes uma valoração de interesses, que não se presta a extinguir determinado direito fundamental, mas apenas dar-lhe menor aceção diante de uma situação que clama por uma ponderação que faça fluir um direito que se apresente mais relevante no caso concreto⁶³⁷.

Assim, no dizer de Afonso da Silva⁶³⁸:

⁶³⁶ *La vinculación ..., op. cit.*

⁶³⁷ Ainda que esta seja a forma mais usual de definição da teoria, a partir dessa ideia comum, a definição do conteúdo essencial, em uma perspectiva relativista, pode ser levada a cabo de diversas formas. Algumas mais simples, outras mais complexas. Eike von Hippel (Cf. Eike von Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, Berlin: Duncker & Humblot, 1965, pp. 26-27. Idem, p. 47, *apud* Afonso da Silva, Virgílio, in “O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais”. *Revista de Direito do Estado*, n. 4, 2006), por exemplo, sustenta que toda norma de direito fundamental vale apenas e tão somente na medida em que ao direito que garanta não seja contraposto um interesse de maior valor.

⁶³⁸ Afonso da Silva, Virgílio, “O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais”. *Revista de Direito do Estado* n. 4, 2006, pp. 23-51.

A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais nada mais é do que a consequência da aplicação da regra da proporcionalidade nos casos de restrições a esses direitos. Ambos os conceitos - conteúdo essencial e proporcionalidade - guardam uma íntima relação: restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos. É nessa característica que reside o caráter relativo da proteção ao conteúdo essencial. Isso porque a definição desse conteúdo não é baseada simplesmente na intensidade da restrição, ou seja, uma restrição não invade o conteúdo essencial simplesmente por ser uma restrição intensa. À intensidade da restrição são contrapostos os graus de realização e de importância dos outros princípios envolvidos no problema. Por isso, uma restrição que possa ser considerada como leve pode, mesmo assim, segundo uma teoria relativa, ser encarada como invasão do conteúdo essencial de um direito: basta que não haja fundamentação suficiente para ela. Nesse sentido, restrições não fundamentadas, mesmo que ínfimas, violam o conteúdo essencial a partir das premissas relativistas. E violações às vezes mais intensas podem ser consideradas constitucionais, i.e., não violadoras do conteúdo essencial.

Ao longo dos anos, críticas foram formuladas em desfavor de ambas as teorias. Martínez Pujalte⁶³⁹, por exemplo, critica a teoria absoluta, sustentando que esta - ao acolher uma noção material de núcleo essencial, insuscetível de redução por parte do legislador, pode converter-se, em muitos casos, numa fórmula vazia, dada a dificuldade ou até mesmo impossibilidade de caracterizar *in abstracto* a existência desse mínimo existencial. De igual forma, critica a teoria relativa, por entender que esta confere flexibilidade exagerada ao estatuto dos direitos fundamentais, o que termina por descaracterizá-los como princípios centrais do sistema constitucional. Rodríguez Ruiz, por seu turno, igualmente criticando as posições extremadas, sustenta que os direitos fundamentais podem ter uma leitura subjetiva ou objetiva, pelo que as opções acima não seriam excludentes, podendo-se admitir que o conteúdo essencial seja um conceito em certa medida relativo ou absoluto. Seria relativo em sua dimensão subjetiva e absoluto em sua dimensão objetiva⁶⁴⁰.

⁶³⁹ Martínez-Pujalte. Antonio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. CES, Madrid, *apud Hermenêutica...*, *op. cit.* p. 245.

⁶⁴⁰ O reconhecimento de um núcleo essencial não supõe admitir que este seja uma realidade fixa e imutável, anterior à própria constituição. Na oportuna dicção de G. Herbert (nota 60, p. 156), “*el contenido esencial no ha de considerarse como el núcleo petrificado del derecho*”. Isto porque, como qualquer dispositivo constitucional, também pode ser objeto de interpretação diferente conforme a dinâmica social, desde que não viole a norma (a esse respeito Javier Barnés, *op. cit.*, nota 62, p. 156). Em palavras do próprio Tribunal constitucional, em sua STC 67/1984, FJ 2, “*el contenido esencial “puede extraerse en parte de la propia constitución, interpretada de forma sistemática, dado que la misma es un todo en el que cada precepto adquiere su pleno valor y sentido en relación a los demás”*”.

Sem negar os méritos das construções teóricas favoráveis à teoria absoluta⁶⁴¹, em especial quanto ao seu justificável apego à segurança jurídica, ou àquelas que tentam emprestar ao conteúdo essencial uma dupla dimensão, reconheço que, em especial para a análise de direitos subjetivos em demandas concretas, na maioria dos casos, a teoria relativa demonstra mais aptidão ao que se pretende entender como núcleo essencial dos direitos fundamentais. Ainda que se reconheça que esta última peca por definir o conteúdo essencial de um direito com alicerce em parâmetros meramente conjunturais do caso concreto. Todavia, parece ser esta teoria a única compatível com o *status* de princípios alcançado pelos direitos fundamentais.

a) Direitos fundamentais e conteúdo essencial. A teoria relativa como decorrência do status de mandado de otimização

O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, aspecto já visto no capítulo 2, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou impõem-se deveres) definitivos. É claro que regras podem ter - e quase sempre têm - exceções⁶⁴². Isso não altera o raciocínio, já que as exceções a uma regra devem ser tomadas como se fossem parte da própria regra excepcionada. Assim, como esclarece Afonso da Silva, a regra que proíbe a retroação da lei penal tem uma conhecida exceção: a lei deve retroagir quando beneficiar o réu. A norma (regra) deve, nesse caso, ser compreendida como "*é proibida a retroação de leis penais, a não ser que sejam mais benéficas para o réu do que a lei anterior; nesses casos, deve haver retroação*"⁶⁴³.

⁶⁴¹ São partidários na Espanha da teoria absoluta, entre outros, Parejo Alfonso ("El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", em *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 3, septiembre-diciembre, 1981); L. Prieto Sanchís (*Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, 1990; Medina Guerrero ("*La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*"). McGraw-Hill, Madrid, 1996) e Aragón Reyes ("El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa, em *25 años de economía de mercado III Libertad de empresa y relaciones laborales en España. Revista del Instituto de Estudios Económicos*, ano 4, n. 4, 2004).

⁶⁴² Na Constituição brasileira, por exemplo, a regra que proíbe a retroação da lei penal tem uma conhecida exceção: a lei deve retroagir quando beneficiar o réu (art. 5º, XL, da constituição). A norma (regra) deve, nesse caso, como ser compreendida como "*é proibida a retroação de leis penais, a não ser que sejam mais benéficas para o réu do que a lei anterior; nesses casos, deve haver retroação*". Este exemplo foi retirado de Virgílio Afonso da Silva in "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais". *Revista de Direito do Estado* n. 4. São Paulo: Renovar, 2006. p. 27.

⁶⁴³ Afonso da Silva, Virgílio. "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais". *Revista de Direito do Estado* n. 4, 2006, pp. 23-51. Neste artigo, Virgílio Afonso da Silva se apoia para sua definição de conteúdo essencial nos conceitos de teoria externa e suporte fático. *Suporte fático* é um conceito quase desconhecido no direito constitucional brasileiro ou no seu paradigma espanhol. No âmbito jurídico, como reforça Afonso, seu uso é limitado quase que apenas ao direito penal,

No caso dos princípios, não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao revés, são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*. O resultado é que, em geral, sua realização é apenas parcial, por haver uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente.

Como já vimos no capítulo 2, o elemento central da teoria dos princípios de Alexy é a definição de princípios como mandamentos de otimização. Para ele, princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Isso significa, entre outras coisas, que, ao contrário do que ocorre com as regras jurídicas, os princípios podem ser realizados em diversos graus. A ideia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais. Isso porque, ainda que nos limitemos apenas às condições jurídicas, dificilmente a realização total de um princípio não encontrará barreiras na proteção de outro princípio ou de outros princípios. É justamente a essa possível colisão que Alexy quer fazer referência quando fala em "condições jurídicas". No caso das regras, a aplicação não depende de condições jurídicas do caso concreto, pelo menos não nesse sentido apontado. É dessa diferença de estrutura que decorrem as diferentes formas de aplicação das normas jurídicas: a subsunção, para as regras, e o sopesamento, para os princípios.

no âmbito do qual é também chamado de *tipo*, e no direito tributário, em que costumam ser preferidos os termos *fato gerador* e *hipótese de incidência*. No campo dos direitos fundamentais, a característica principal das teorias que pressupõem um suporte fático restrito é a não garantia a algumas ações, estados ou posições jurídicas que poderiam ser, em abstrato, subsumidas no âmbito de proteção dessas normas. As teorias que se baseiam em um suporte amplo, por seu turno, rejeitam essa premissa, apontando para uma flagrante distinção entre aquilo que é protegido *prima facie* e aquilo que é protegido definitivamente. Essa distinção, fundamental na dogmática dos direitos fundamentais, enquanto princípios, está na base da ideia de um suporte fático amplo. Assim, faz parte do âmbito de proteção de um direito fundamental toda ação, estado ou posição jurídica que possua alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do "âmbito temático" de um determinado direito fundamental, deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, *independentemente da consideração de outras variáveis*. A definição é propositalmente aberta, já que é justamente essa abertura que caracteriza a amplitude da proteção. Vale dizer que esta definição aberta não tem o condão de transformar os direitos fundamentais em direitos absolutos, já que a definição do âmbito de proteção é apenas a definição daquilo que é protegido *prima facie*, ou seja, de algo que poderá sofrer restrições posteriores. A relação entre a teoria externa e a teoria dos princípios é a mais estreita possível. De forma muito simples, a teoria dos princípios sustenta que, em geral, direitos fundamentais são garantidos por uma norma que consagra um direito *prima facie*. O suporte fático dessa norma - *que tem a estrutura de princípio* - é o mais amplo possível. Isso implica, entre outras coisas, que a colisão com outras normas pode exigir uma restrição à realização desse princípio. Essas normas constituem, portanto, as restrições ao direito fundamental garantido pelo princípio em questão. Para ele, um princípio, compreendido como mandamento de otimização, é, *prima facie*, ilimitado. Contudo, em face da impossibilidade de existência de direitos absolutos, o conceito de mandamento de otimização já prevê que a realização de um princípio pode ser restringida por princípios colidentes. Aí reside a distinção, exposta anteriormente, entre o direito *prima facie* e o direito *definitivo*.

Assim, a ideia de mandamento de otimização expressa essa tendência expansiva. Contudo, em face da impossibilidade de existência de direitos absolutos, o conceito de mandamento de otimização já prevê que a realização de um princípio pode ser restringida por princípios colidentes. Aí reside a distinção entre o direito (princípio) *prima facie* e o âmbito de proteção concreto, sendo que este somente pode ser aferido mediante uma valoração dos interesses em choque, que não se presta a extinguir direito fundamental confrontante, mas apenas dar-lhe menor acepção quando do juízo de ponderação se possa aferir um direito que se apresente mais relevante naquele conflito específico, podendo chegar-se a solução distinta quando o quadro fático for distinto.

Nesse sentido, por rejeitar a existência do conteúdo essencial como um âmbito de contornos fixos, estáticos e definíveis *a priori* para cada direito fundamental, reconhecendo que a definição do que é essencial e, portanto, a ser protegido, depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto, a teoria relativa é a que melhor se adapta ao sistema constitucional contemporâneo, que reconhece nos direitos fundamentais verdadeiros mandados de otimização.

b) O conteúdo essencial na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol

Ainda que se sustente que a teoria relativa melhor atende ao caráter de princípio dos direitos fundamentais, ao menos no plano formal, não é esse o entendimento do Tribunal Constitucional espanhol. A análise de sua doutrina, quanto a este aspecto, é no particular bastante curiosa, já que, em várias manifestações, o TC sustenta adotar uma posição que, entretanto, não vem seguindo na prática. Rodríguez Ruiz assim sintetiza a confusa visão da Corte Constitucional Espanhola⁶⁴⁴:

(...) La idea de fondo inspiradora de la postura del Tribunal parece ser que, si bien es cierto que los derechos fundamentales son esencialmente derechos del individuo (concepción subjetiva), también lo es que la Constitución manifiesta expresamente su voluntad de tutelar da “esencia” de estos derechos (concepción objetiva) como algo distinto e independiente de la obligación de someter sus límites a un juicio de razonabilidad. El Tribunal se ha esforzado incluso por ofrecer una definición global de su noción del contenido esencial sobre la base de dos criterios complementarios: “constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea

⁶⁴⁴ *El secreto...*, op. cit., pp. 111-112.

reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así”; al mismo tiempo, la “esencialidad del contenido del derecho (hace) referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos.

De fato, ainda que defenda na maioria das vezes o respeito ao conteúdo essencial (absoluto) dos direitos fundamentais, o TC, na prática, evita quase sempre qualquer esforço de identificar o conteúdo essencial dos direitos concretos nas situações fáticas objeto de análise de suas sentenças⁶⁴⁵. Além disso, as menções ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais não chegam a erigir um critério independente para julgar a constitucionalidade de medidas limitadoras de direitos fundamentais, ao menos não concebidos em termos subjetivos e absolutos sobre a base dos critérios acima apontados. Na realidade de suas sentenças, o limite ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais acaba se identificando com aquele que impõem os juízos de razoabilidade e proporcionalidade, sendo a menção a um conteúdo essencial dos direitos fundamentais objetivamente aferível, na prática, mero instrumento discursivo ou recurso retórico, sem influência efetiva sobre a decisão do Tribunal.

Medina Guerrero, sobre a posição do TC em torno do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, externa ter a impressão de que muitas vezes o princípio de proporcionalidade e o conteúdo essencial são utilizados pelo TC como se fossem termos sinônimos. Assim, o TC estaria partindo do raciocínio de que a “*essência da essência seria desconhecida*”⁶⁴⁶.

Em relação ao conteúdo essencial do direito ao segredo das comunicações, especificamente, não há registro especial do TC, tendo sido os casos até então resolvidos com base nas noções de razoabilidade (SSTC 85/1994, 86/1995 e 54/1996, entre outras) e proporcionalidade, o que levou Rodríguez Ruiz⁶⁴⁷ a concluir que:

... la garantía del contenido esencial no juega papel alguno en la definición del ámbito de protección del derecho al secreto de las

⁶⁴⁵ Há exceções a esta regra, como as que se verificam em análise do conteúdo essencial ao direito de greve (STC 26/1981), e dos direitos de reunião e associação STC 115/1987. Vale o registro de que em ambas as sentenças, a análise do conteúdo essencial se deu frente ao legislador – dimensão objetiva do direito.

⁶⁴⁶ A definição foi produzida por Luhmann, citado por Medina Guerrero in *La vinculación...*, op. cit., p. 165.

⁶⁴⁷ *El secreto...*, op. cit., p. 114.

comunicaciones, o del más amplio derecho a la intimidad; a menos, claro está, que entendamos que el Tribunal Constitucional interpreta implícitamente el contenido esencial en términos relativos, y que su garantía consiste en la que ofrece el juicio de razonabilidad en la limitación de los derechos fundamentales. Aunque en contradicción con lo que puede considerarse la definición oficial del contenido esencial por el Tribunal, esta interpretación trasluce a veces en su jurisprudencia y es, en cualquier caso, más convincente que la primera. Sostenerla significa que el contenido esencial, y con él todo el ámbito de protección del derecho al secreto de las comunicaciones (de todos los derechos fundamentales) se identifica con el resultado de someter la necesidad de restringir el derecho a un juicio de razonabilidad, juicio que el Tribunal Constitucional sí se preocupa de aplicar con rigidez.

Não é diversa a situação da liberdade de empresa. Como já dito anteriormente, o TC se mostra numa espécie de dualidade dificilmente conciliável⁶⁴⁸. De um lado, afirma, como o faz em relação ao segredo das comunicações, de maneira peremptória, que os limites dos direitos fundamentais hão de respeitar seu conteúdo essencial (algo que vem a reiterar na STC 109/2003, FJ 15), porém insiste em identificar o conteúdo essencial da liberdade de empresa apenas com o princípio da proporcionalidade.

Assim, não tendo sido delimitado objetivamente ou de forma absoluta os conteúdos essenciais dos direitos ao segredo das comunicações e à liberdade de empresa, os limites à ação restritiva de direitos do legislador, diante da colisão desses direitos, hão de ser resolvidos com base nos parâmetros do princípio da proporcionalidade, pelo que parece que, ainda que defendida a teoria absoluta, a respeito do conteúdo essencial, na prática, o que se vê é que a conformidade constitucional das limitações de direitos fundamentais só pode ser medida em termos relativos, diante da análise do caso concreto.

c) Núcleo essencial no constitucionalismo brasileiro

No direito brasileiro, o princípio da proteção do núcleo essencial do direito⁶⁴⁹ é considerado um postulado constitucional imanente, cuja finalidade é evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.

⁶⁴⁸ A expressão é de Aragon Reyes. *El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa, op. cit.*, p. 21.

⁶⁴⁹ Ainda que majoritária, essa posição não é pacífica. Para Schier, derivaria das chamadas cláusulas pétreas. Outros defendem que sua proteção seria derivação do Estado de Direito.

A ordem constitucional brasileira não contemplou expressa ou diretamente a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Esta circunstância, todavia, não implica reconhecer inexistente um dever de proteção desse núcleo essencial, como bem indica Ferreira Mendes ao afirmar “*inequívoco que tal princípio decorre do modelo garantístico utilizado pelo constituinte. A não admissão de um limite ao afazer legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental*”⁶⁵⁰. Schier defende, noutro aspecto, que a fundamentação da preservação do núcleo essencial está vinculada à compreensão da extensão das cláusulas pétreas, na medida em que elas representam “*verdadeiras barreiras de proteção contra a ação do poder constituinte revisor, buscando resguardar um determinado núcleo de bens constitucionais e direitos com o fim da manutenção de dada identidade constitucional*”⁶⁵¹. Ambos subscrevem a importância e a presença do núcleo essencial no direito constitucional local.

Cabe pontuar ainda que, no Brasil, como corolário do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como das normas que definem os objetivos constitucionais da República (art. 3º da CF/88), ao Estado brasileiro é imposto o desenvolvimento permanente do grau de concretização dos direitos fundamentais, que também abrange, conseqüentemente, a maximização da proteção dos direitos sociais no sentido de impedir que o legislador retroceda na densificação de tais direitos, para além do seu conteúdo essencial.

Sarlet⁶⁵² tem proclamado que medidas restritivas dos direitos fundamentais que afetem o seu conteúdo essencial padecem de inconstitucionalidade. No mesmo sentido, D’Avila Lopes⁶⁵³ registra que como consequência da necessária atividade do legislador para desenvolver e concretizar os direitos fundamentais, a ideia de um conteúdo essencial surge para prevenir possíveis excessos que assegurasse que estes direitos fossem regulados “*sem perder as características que os identificam como tais*”.

⁶⁵⁰ Ferreira Mendes, Gilmar; Mártires Coelho, Inocêncio & Gonet Branco, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 309.

⁶⁵¹ *Fundamentação da preservação do núcleo essencial na Constituição de 1988*, in http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20110429133200.pdf, p. 7085. Acesso em 22.11.2012.

⁶⁵² Sarlet, Ingo. “Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um Constitucionalismo Dirigente Possível”. In: *Constituição e Democracia. Estudos em Homenagem ao Professor J.J Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 326.

⁶⁵³ D’Avila Lopes, Ana Maria. “A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais”. *Revista de Informação Legislativa*, n. 164 (2004): pp. 7-15.

Além da doutrina pátria, a jurisprudência constitucional brasileira também tem se voltado para o tema. O Supremo Tribunal Federal tem revelado a apreensão dessa ideia de limite do limite, tendo com base a vigente Constituição Federal de 1988⁶⁵⁴. Em 2005, o Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADI 3.540-MC, enfrentou o tema, consignando no seu voto que quando ocorrente uma situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, haveria uma condição inafastável, qual seja a de que a observância de qualquer deles não comprometesse nem esvaziasse o conteúdo essencial de um direito fundamental⁶⁵⁵. No voto proferido no julgamento do Mandado de Segurança n. 24.045, o Ministro Joaquim Barbosa lembrou que embora o Poder Legislativo possa conformar, com certa liberdade, o procedimento de defesa, cabe ao Poder Judiciário evitar situações que violem o núcleo essencial do direito à ampla defesa. Fazendo referência ao Habeas Corpus n. 82.959 (de 2006), relatado pelo Ministro Marco Aurélio, Ferreira Mendes⁶⁵⁶ afirma que o STF entendeu que a *“imposição de regime integralmente fechado para cumprimento de condenação nos crimes hediondos configuraria lesão ao princípio do núcleo essencial”*.

Em decisão mais recente (RE 511961/SP⁶⁵⁷), o famoso caso em que se discutia a reserva de mercado para os jornalistas que tratava da delimitação do âmbito de proteção da liberdade de exercício profissional assegurada pelo art. 5º, XIII, da CF (*“é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”*), para os jornalistas. Considerou-se que, no âmbito desse modelo de reserva legal qualificada, pairaria uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões e salientou-se que a reserva legal fixada pelo art. 5º, XIII, da CF não conferiria ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade a ponto de atingir

⁶⁵⁴ Para mencionar apenas alguns exemplos, na jurisprudência do STF, em que se refere ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais: HC 82.424, Inq. 1957, MS 24.369, HC 84.862, HC 82.959, HC 85.867, MS 24.045, RE 427.339, RE 431.121.

⁶⁵⁵ O Ministro Celso de Mello que na Medida Cautelar em ADI 3540-1/DF (publicada no DJ de 03/02/2006) fazia referência ao direito ao meio ambiente, fez menção a essa mesma ideia quanto ao conteúdo essencial, também, no julgamento do HC 82.424-2/RS, quando afirmou: *“Entendo que a superação de antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo STF, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, hic et nunc, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito coerente, desde que, no momento, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina.”*

⁶⁵⁶ Ferreira Mendes, Gilmar; Mártires Coelho, Inocêncio; Gonet Branco, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 320.

⁶⁵⁷ RE 511961/SP, relator Ministro Gilmar Mendes, 17.6.2009.

o seu próprio núcleo essencial. Assim, ressaltou-se que seria preciso verificar se a lei restritiva da liberdade de exercício profissional, ao definir as qualificações profissionais, como autorizado pelo texto constitucional, transbordaria os limites da proporcionalidade, atingindo o próprio núcleo essencial dessa liberdade. Assim, considerou ser reputada inconstitucional a restrição legal desproporcional e que violasse o conteúdo essencial daquela liberdade.

Como examinado, tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileiras têm aceitado, aberta e reiteradamente, a existência de uma intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, como última esfera de proteção dos direitos, protegendo-o de qualquer atuação tendente a comprometer sua essência. O próprio Supremo Tribunal Federal tem utilizado a compreensão do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, contudo sem explicitar a definição conceitual que adota, nem indicar parâmetros seguros que possibilitem identificar o seu alcance.

O poder de conformação do legislador não lhe oferece, pois, a possibilidade de ultrapassar o limite do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. O poder de conformar não equivale à faculdade ilimitada de disposição, porque o legislador não recebeu um mandato livre, mas um mandato adstrito a uma vontade bem expressa no pacto maior (constitucional). A possibilidade de se restringir não pode ser assumida de forma aleatória, sob pena de admitir a supressão, por via ordinária, do próprio direito fundamental estampado no Texto Constitucional ou, como anuncia Ferreira Mendes, *“da análise dos direitos individuais pode-se extrair a conclusão errônea de que direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou ‘limites dos limites’ (Schranks-Schranks), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas”*⁶⁵⁸

Assim, se é certo que a definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais não é bem desenvolvida no constitucionalismo brasileiro, por outra senda não se pode negar que indiscutivelmente representa importante acréscimo para tornar a doutrina dos direitos fundamentais um porto de segurança contra as mazelas e

⁶⁵⁸ Ferreira Mendes, Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41.

desrespeitos tão insistentemente tentados pelo poder público, especialmente pelos poderes a quem se confiou a conformação da constituição. Os direitos fundamentais não podem ser tomados por uma visão reducionista, que os contemple tão somente como limites ao poder estatal/privado, mas também se constituem, cada vez mais, como diretrizes positivas de sua atuação e esta dimensão positiva deve impregnar conseqüentemente a garantia do conteúdo essencial. Esta última não pode ser entendida como uma simples barreira à ação do legislador, numa função meramente defensiva, mas deve ser tomada de um modo mais ativo, como verdadeiro mandato para um promissor desenvolvimento dos direitos fundamentais.

Em tempo, vale registrar que, menos ainda que o seu paradigma espanhol, a respeito do direito ao sigilo de correspondência, não houve até a presente data nenhuma tentativa do STF de sistematizar o conteúdo essencial, sendo a análise do direito em questão pautado na noção de proporcionalidade. No que tange aos direitos à propriedade e livre iniciativa, ainda que haja referências em julgados nos quais o STF alega que certas posturas violariam o conteúdo essencial do direito à propriedade⁶⁵⁹, sua conclusão sempre é pautada nas ideias de razoabilidade e proporcionalidade, pelo que mais uma vez fica evidenciada a inclinação da corte brasileira em adotar a teoria relativa quanto ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais previstos na Constituição do país.

5.1.5.2. O princípio de proporcionalidade

Na Europa, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (arts. 8º, 9º, 10 e 11⁶⁶⁰), o art. 52 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia⁶⁶¹ e a

⁶⁵⁹ Ferreira Mendes apresenta alguns parâmetros para utilização do princípio de proporcionalidade em relação ao direito de propriedade (*Hermenêutica Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 271-275).

⁶⁶⁰ *Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar*

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2 No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros.

Artículo 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, la práctica y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los terceros.

Constituição da República Portuguesa de 1976 (art. 18.2⁶⁶²) tratam expressamente do princípio da proporcionalidade. Na Espanha, ao revés do que ocorre em Portugal, a proporcionalidade constitui princípio implícito, defluindo sua constitucionalidade de uma série de preceitos constitucionais (art. 1.1 CE, art. 9.3 CE, art. 9.2 CE, art. 53.1 CE e art. 97 CE, art. 10.1 CE, dentre outros⁶⁶³). Já no Brasil, o princípio da proporcionalidade⁶⁶⁴, como postulado constitucional autônomo tem a sua sede material no princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV)⁶⁶⁵.

Artículo 10. Libertad de expresión

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.*

2. *El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos de terceros, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.*

Artículo 11. Libertad de reunión y de asociación

1 *Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.*

2. *El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.*

⁶⁶¹ *Artículo 52. Alcance de los derechos garantizados. 1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deber ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.*

⁶⁶² *Art. 18.2. “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”*

⁶⁶³ *Art. 1.1. Vide nota 180.*

Art. 9.2. Vide nota 181.

Art. 9.3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Art. 10.1. Vide nota 182.

Art. 53.1. Vide nota 569.

Art. 97. El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.”

⁶⁶⁴ *Muito comum e equivocada no Brasil tem sido a aplicação das expressões razoabilidade e proporcionalidade como se fossem sinônimas. Nesse sentido, oportuna e esclarecedora a lição de Willis Santiago Guerra Filho (“Noções fundamentais sobre o princípio constitucional da proporcionalidade”, p. 251, artigo publicado na obra “Leituras Complementares de Direito Constitucional – teoria da constituição”), segundo o qual “descabida é a fungibilidade entre os princípios da razoabilidade, que é uma vedação de que se perpetre absurdos com o direito, e o da proporcionalidade, que é uma exigência*

O princípio da proporcionalidade pode ser visto como um mecanismo para evitar intromissões arbitrárias na esfera dos direitos fundamentais. Configura, assim, limite para as intervenções do Poder Público (em suas diversas esferas), e também determina a licitude/ilicitude das ingerências empresariais, enquanto manifestação de poder privado, já admitida a possibilidade de os direitos fundamentais serem lesados pelos entes não estatais.

O balizamento do conteúdo do princípio da proporcionalidade consiste em analisar a relação dos meios com os fins pretendidos, desde diferentes perspectivas. Em outras palavras, deve-se analisar a forma como se realiza a limitação do direito fundamental e sua relação com o valor, direito ou bem que se busca proteger. Desse modo, para evitar que a limitação constitua ingerência, a doutrina e a jurisprudência constitucional fixaram critérios que estas restrições precisarão superar⁶⁶⁶.

I - Toda restrição a direito fundamental deverá ser motivada na proteção a outro bem constitucionalmente protegido⁶⁶⁷. Na verdade, este requisito,

da racionalidade, pressupondo já a razoabilidade. Como bem salienta Charles Perelman (1984, p. 15), há diversas soluções possíveis para determinado problema jurídico, que são razoáveis, donde o caráter negativo que apontamos ao princípio da razoabilidade, por ser antes um princípio de irrazoabilidade: “Il y une limite cette tolérance (de diversas soluções possíveis, bem entendido), et c’est le déraisonnable qui n’est pas acceptable.” A solução a ser oferecida pela aplicação do princípio (positivo) da proporcionalidade, por certo, não se incluiria dentre aquelas tidas como irrazoáveis, por “inadmissible dans une communauté à un moment donné” (id. ib), mas dentre as diversas soluções possíveis haver-se-á de encontrar aquela que é racionalmente proporcional, por ser além de necessária e exigível, a que melhor promove os direitos (garantias e princípios constitucionais) fundamentais em seu conjunto, evitando a violação de seu núcleo essencial intangível, pelo respeito à dignidade humana – o trabalho com a proporcionalidade começa quando termina aquele com base na aplicação do princípio da razoabilidade.”

⁶⁶⁵ A questão de se saber se a aplicação da regra da proporcionalidade encontra fundamento no direito positivo brasileiro tem recebido respostas diversas. Em algumas decisões do STF, como já visto, esse fundamento é meramente pressuposto, o que em nada contribui para o deslinde da questão. Em várias outras, contudo, o tribunal encontra um fundamento para a proporcionalidade no inciso LIV do art. 5º (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”). Corrente minoritária na doutrina, entretanto, entende que a regra da proporcionalidade tem seu fundamento no chamado princípio do Estado de Direito, como é o caso de Gilmar Ferreira Mendes, Luís Roberto Barroso, e Suzana de Toledo Barros. Há também quem encontre o fundamento da proporcionalidade nos mais diversos dispositivos constitucionais. É o caso, por exemplo, de Suzana de Toledo Barros, Antonio Magalhães Gomes Filho, e de Carlos Affonso Pereira de Souza e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio. Alguns desses autores fundamentam a aplicação da proporcionalidade os arts. 5º, II (princípio da legalidade), 5º, XXXV (inafastabilidade da jurisdição – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

⁶⁶⁶ A esse respeito, veja-se Barnés Vazquez, Javier. “Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades”, *Cuadernos de derecho público* n. 05. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998.

⁶⁶⁷ Esta expressão (“proteção a outro bem constitucionalmente protegido”), como salienta Esther Carrizosa Prieto, é a utilizada pelo TC na maioria de seus pronunciamentos, ainda que a terminologia empregada não seja uniforme. Assim, por exemplo, na STC 3/1983 (FJ 4) fala-se em “finalidades adecuadas ao espírito constitucional”, enquanto na STC 66/1991(FJ 2), ao invocar o princípio da proporcionalidade, o TC se refira a um “fim constitucionalmente legítimo”. In Carrizosa Prieto, Esther.

menos do que expressão da proporcionalidade propriamente dita, será condição prévia e necessária para sua verificação.

Nesse sentido, na Espanha, o Tribunal Constitucional, na STC 142/2002, deu provimento a um recurso de amparo justamente por considerar que a intervenção do Estado na liberdade carecia de uma finalidade legítima⁶⁶⁸. Na mesma linha, a STC 11/2006, FJ 5º, na qual a Corte Constitucional sustenta que “*el prius lógico del principio de proporcionalidad radica en la finalidad de la medida controlada*”, para mais adiante assinalar que “*sólo a partir de la identificación y licitud constitucional de la misma es posible, en efecto, analizar si dicha medida restringe proporcionalmente al concepto de objetivo constitucionalmente legítimo*”⁶⁶⁹.

II – O critério da idoneidade ou adequação requer que a medida restritiva seja apta para a proteção de outro interesse que, nos termos anteriores também seja passível de proteção. A restrição da direito fundamental (meio) deve ser adequada ou idônea para a obtenção de algum outro bem ou direito constitucional legítimo (fim).

Em outras palavras, a aplicação da idoneidade consiste em uma análise sobre a capacidade que tem o meio escolhido pelo legislativo para fomentar sua finalidade. É uma análise da relação entre o meio legislativo e seu fim, na qual o meio legislativo busca facilitar a obtenção do fim e este, por sua parte, oferece uma fundamentação ao meio. Para empreender esta análise de idoneidade é indispensável

“El principio de proporcionalidad en el Derecho del Trabajo”, em *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 123, julio, 2003.

⁶⁶⁸ Neste processo, o Tribunal Constitucional considerou vulnerado o direito à liberdade pessoal do recorrente, visto que a determinação de prisão provisional foi insuficientemente motivada ao não expressar o fim legítimo que justificava a medida, não tendo ponderado igualmente as circunstancias e o decurso do tempo. Nesse sentido, consignou o TC, a respeito das medidas judiciais impugnadas que “*por lo tanto se trata de dos resoluciones judiciales que, por un lado, se limitan a valorar de modo genérico las circunstancias atinentes a la gravedad de los hechos y de la pena inicialmente asignada a ellos por la legislación penal y, por otro, no atienden en modo alguno a las personales circunstancias puestas de relieve por el demandante de amparo y, finalmente, no expresan los fines constitucionalmente legítimos de la prisión preventiva*” (FJ 4).

⁶⁶⁹ Neste feito, o Tribunal Constitucional considerou legítima a retenção de revista denominada “*Kale Gorria*” (sucessora da publicação “*Ardi Beltza*”, que fora dirigida por um jornalista vinculado ao bando terrorista ETA), efetuada no centro penitenciário La Moraleja. No caso concreto, entendeu-se, após fazer o triplo teste de proporcionalidade, que não haveria vulneração do direito à livre informação no ato de reter a referida revista, já que ela poderia conter subrepticamente alguma informação, dado ou instrução destinado ao recorrente (condenado por delito de terrorismo) ou a outros internos do presídio, comprometendo a segurança e a boa ordem do centro penitenciário. Ademais, a medida restritiva adotada levava em conta a exigência de tratamento individualizado do interno, ao lhe ser vedado o acesso a publicações cuja leitura pudesse provocar no seu ânimo o enaltecimento das atividades delitivas pelas quais foi condenado.

estabelecer de antemão qual é o fim que a lei pretende favorecer e corroborar que se trata de um fim constitucionalmente legítimo⁶⁷⁰.

III - O critério da necessidade implica a exigência de que a medida restritiva proposta seja indispensável para a consecução da finalidade almejada (direito constitucional com o qual colide), por não existir outra que, sendo igualmente eficaz, seja menos gravosa ao direito fundamental que se deseja limitar. Centra-se na análise da medida limitadora em relação a outras possíveis ou apropriadas, desde que todas efetivas para o cumprimento dos fins desejados. Assim, o que se exige é que a medida de intervenção seja a menos gravosa possível com o direito fundamental que sofre a intervenção, dentre aquelas que tenham a mesma idoneidade para contribuir para o alcance do objetivo proposto⁶⁷¹. Aqui se faz uma comparação entre os meios adotados e os outros meios alternativos capazes de cumprir a finalidade, tendo preferência sempre aqueles que forem menos ofensivos ao direito fundamental.

Nesta comparação se examina se algum dos meios alternativos logra atingir duas exigências: a primeira consistente em verificar se este está revestido de pelo menos o mesmo grau de idoneidade que a medida legislativa para contribuir para alcançar o objeto imediato desta última. A segunda exigência consiste em verificar se a medida legislativa afeta o direito fundamental em um grau menor que a medida alternativa proposta. De forma que se existe algum meio alternativo que preencha igualmente estas duas exigências, a norma proveniente do Legislativo que concretiza o direito fundamental deve ser declarada inconstitucional

Vale registrar que, entre outros aspectos, difere o exame da necessidade do teste de adequação pelo fato de aquele ser uma análise necessariamente comparativa, enquanto que o exame da adequação é absoluto.

IV - Por fim, o juízo de proporcionalidade em sentido estrito impõe a exigência de equilíbrio entre os benefícios que serão obtidos com a medida pretendida em favor de um dado direito fundamental e os prejuízos que derivam para o direito que será limitado, ou seja, para ser viável e legítima, é necessário que a medida traga mais benefícios ou vantagens para o interesse geral que prejuízos para os outros bens, direitos ou valores em conflito.

⁶⁷⁰ Vide Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

⁶⁷¹ Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales ...*, op. cit., p. 740.

Trata-se, pois, de uma comparação entre a importância da intervenção no direito fundamental e a importância da realização do fim legislativo, com o objetivo de fundamentar uma relação de precedência entre aquele direito e este fim. Assim, para o cumprimento desta exigência, o primeiro passo é determinar as magnitudes dos benefícios pretendidos e dos prejuízos gerados pela medida. Um segundo passo, consistirá na comparação de ditas magnitudes. Por fim, deverá ser estabelecida uma relação de precedência condicionada entre o benefício pretendido com a norma legal e a lesão perpetrada ao direito fundamental, com base no resultado da comparação levada a cabo.

Desse modo, para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. É possível, por exemplo, que essa restrição seja pequena, bem distante de implicar a não-realização de algum direito ou de atingir o seu núcleo essencial. Se a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional.

Alexy⁶⁷² costuma dividir o grau de restrição de um direito fundamental e o grau de importância da realização do direito que justifica a medida restritiva em alto, médio e pequeno. Assim, se o grau de restrição a um direito é médio - portanto longe de implicar a sua não realização -, mas o grau de importância da realização do direito colidente é pequeno, então a medida será considerada desproporcional.

O princípio de proporcionalidade é, em definitivo, um instrumento que permite revisar de modo objetivo se a conciliação dos direitos e bens constitucionais foi efetuado corretamente, procurando, na medida do possível que nenhum deles resulte injustamente sacrificado em benefício do outro direito ou bem com o qual entra em colisão. Nesse sentido, em abordagem sobre o modelo espanhol, mas que seria igualmente válida para o brasileiro, assinala o professor Medina Guerrero⁶⁷³ que *“la única armonización constitucionalmente legítima es la armonización proporcionada, y que la reserva de ley del artículo 53.1 CE no es, en pureza, sino una reserva de ley proporcionada.”*

⁶⁷² Vide Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. 2ª edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

⁶⁷³ *La vinculación...*, *op. cit.*, p. 119.

Todavía, considerando as especificidades da atribuição legislativa e a certa margem de discricionarietà inerente a esta atividade, os subprincípios ou critérios inerentes ao princípio da proporcionalidade ganham outras vestes quando trasladadas à atividade do poder legislativo no desenvolvimento dos direitos fundamentais, sob pena de encarar-se o legislador, a partir do princípio da proporcionalidade, como mero executor da constituição.

Mais uma vez é forçoso relembrar lição do professor Medina Guerrero⁶⁷⁴ que, no trato da questão pontifica que *“la vinculación del legislador a los derechos fundamentales no puede llevarse hasta el extremo de comprimir desmesuradamente su margen de maniobra en la concretización de los límites mediante una lectura rigurosa de este criterio inherente al Estado de derecho: frente al legislador, el principio de proporcionalidad reclama su utilización proporcionada.”*

Gavara de Cara, em seu festejado estudo em que analisa os direitos fundamentais e seu desenvolvimento pelo Poder Legislativo, tendo como ponto de partida a jurisprudência constitucional alemã, apresenta visão crítica sobre a aplicação do princípio de proporcionalidade, em sua literalidade, como limite negativo à atuação do legislador. Sobre o critério de adequação, relativiza-o a ponto de prescrever que *“si la finalidad de la decisión se fundamenta o deriva de la constitución, no contradice el texto constitucional y mantiene algún tipo de relación con la restricción ocasionada en el derecho fundamental ... va a ser considerada adecuada.”*⁶⁷⁵. Por seu turno, em relação ao juízo de estrita necessidade, critica a posição do Tribunal Constitucional Alemão⁶⁷⁶, segundo o qual *“una medida legislativa es necesaria cuando no puede ser elegida otra medida igualmente efectiva que limite menos el derecho fundamental o que suponga una menor carga para el titular”*. A esse respeito, Gavara de Cara pondera:

el principio de necesidad es considerado como una regla de decisión pero presenta debilidades, ya que se debe precisar empíricamente la medida más benigna para el derecho fundamental entre las distintas decisiones legislativas posibles, lo que implica que se ha de circunscribir con la mayor exactitud posible la finalidad perseguida y determinar la situación en que debe ser alcanzada. Solo tras estas premisas la finalidad se podrá convertir en base para la elección del

⁶⁷⁴ Idem, p. 137.

⁶⁷⁵ *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*. CES, Madrid, 1994, p. 304

⁶⁷⁶ BVerfGE 38, 281 (302), *apud Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*. CES, Madrid, 1994, p. 305.

medio más benigno. Como ya hemos tenido ocasión de examinar, la determinación de las finalidades es competencia del poder legislativo. Cuando el tribunal constitucional intenta determinar las finalidades de un modo empírico está ocupando la posición del poder legislativo y, por lo tanto, ejercitando controles de mera oportunidad. El control normativo del tribunal constitucional debería dirigirse exclusivamente al examen de la constitucionalidad de la finalidad perseguida basada en su contradicción con el texto constitucional y no a la determinación empírica de las finalidades de las decisiones legislativas.

(...)

Plantear diversos tipos de restricción y elegir el más benigno es una opción de oportunidad legislativa que tan solo puede ser controlada constitucionalmente en el caso de que sea arbitraria la decisión.⁶⁷⁷

Em relação ao critério de proporcionalidade em sentido estrito em relação à atuação do legislador, a posição adotada é ainda mais incisiva, devendo a lei ser considerada desproporcional, com base neste critério, apenas quando arbitrária ou sem fundamento constitucional. Eis, textualmente, o que diz o autor:

La aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto puede ser entendida como contraposición ponderada de medidas legislativas y finalidades, lo que implica que deban ser observadas todas las circunstancias relevantes para el caso. Desde el punto de vista de la estricta constitucionalidad, la confrontación entre la finalidad de la limitación de un derecho fundamental y la medida adoptada por dicha limitación necesita de una previsión y justificación constitucional para poder ser aplicada y no convertirse en un control de oportunidad. Una discordancia entre la finalidad y la limitación de derechos fundamentales tan solo puede ser examinada constitucionalmente cuando dicha discordancia sea arbitraria o carezca de justificación constitucional.

(...)

“La determinación empírica del medio más benigno y la valoración de cualquier circunstancia relevante para la razonabilidad de la relación entre finalidad y medio utilizado en la limitación de derechos fundamentales son controles asimilables a los de mera oportunidad. Su relevancia como control normativo dependerá de la justificación constitucional del principio de proporcionalidad en sentido amplio⁶⁷⁸

Mais adiante, como síntese de seu pensamento derredor do tema, conclui, afirmando que:

La constitucionalidad de una ley de desarrollo en materia de derechos fundamentales depende de su compatibilidad con el objeto de protección de un derecho fundamental y de su justificación en la constitución. Si el desarrollo normativo es compatible con el objeto de protección de un derecho fundamental, debe agregarse dicho

⁶⁷⁷ *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...*, op. cit., pp. 307-308.

⁶⁷⁸ *Idem*, pp. 311-312.

enunciado jurídico al supuesto de hecho de la norma que establece el derecho fundamental. Sin embargo, el objeto de protección identifica el derecho fundamental sin una aplicación de los límites y las configuraciones. La adopción de límites y configuraciones se puede plantear a partir de su justificación constitucional y en la medida en que no sea contraria a la constitución. Esta problemática debe conectarse a la vinculación a los derechos fundamentales por parte del legislador (art. 1 par 3 LFB), que se aplica en dos direcciones: una negativa y otra positiva. El legislador debe respetar los límites establecidos en el texto constitucional para la restricción de los derechos fundamentales y adoptar las medidas de desarrollo normativo necesarias para la realización de los derechos fundamentales. La dirección negativa lleva a considerar ante todo que el legislador no debe promulgar leyes contrarias a los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales serían límites de la legislación, es decir, para el ejercicio de las competencias del legislador.⁶⁷⁹

Assim, amparado em muitos dos pilares antes expostos, que consagram quando nada um uso matizado do princípio de proporcionalidade, é que se revelam a jurisprudência constitucional tanto da Espanha quanto do Brasil. O Tribunal Constitucional Espanhol, por exemplo, na STC 19/1988, de 16 de fevereiro, FJ 8º, estabelece expressamente que os juízos de proporcionalidade e de indispensabilidade sofrem mitigação no processo de elaboração da lei (que limita direitos fundamentais). Entretanto, não se pode afirmar que esta seja uma posição inequívoca, já que, em outros processos (poucos é bem verdade), o Tribunal Constitucional se vale do juízo de indispensabilidade (SSTC 113/1989, de 22 de junho, e 178/1985, de 19 de dezembro) como fundamento para apreciação da constitucionalidade de lei. Todavia, da imensa maioria de seus julgados sobre a matéria é possível aferir que a utilização do princípio de proporcionalidade em sua forma plena, quando projetada ao legislador, terminaria por reduzir e em alguns casos até anular a margem de manobra típica dessa atribuição.

Usando expressão corrente, o princípio de proporcionalidade pode gerar verdadeira usurpação do terreno do legislador pela jurisdição constitucional, já que a ponderação neste caso é dificilmente controlável, devendo-se confiar a tarefa ao processo político. Este é o posicionamento defendido por Medina Guerrero para quem *“únicamente en relación con las decisiones de la administración y de los tribunales aplicadores de los límites de los derechos encuentra, por tanto, el principio de proporcionalidad en sentido estricto el más estable terreno para su implantación, pues sólo las circunstancias fácticas relevantes que rodeen al caso en cuestión pueden*

⁶⁷⁹ *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...*, op. cit. p. 324.

*aportar unas sólidas directrices que eviten que el control del principio de proporcionalidad desemboque en puro decisionismo.”*⁶⁸⁰.

Assim, crucial que, sem que se arrogue uma liberdade extrema, até porque nociva, ao Poder legislativo, prega-se uma autocontenção do juízo de proporcionalidade em sentido estrito em matéria de desenvolvimento por lei dos direitos fundamentais. Na Espanha, a diferente intensidade do princípio de proporcionalidade quando se projeta sobre o legislador foi sublinhada na STC 55/1996, de 28 de março (FJ 6º): *“la posición constitucional del legislador a la que antes aludíamos obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad para controlar constitucionalmente sus decisiones deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distinta a las aplicadas a los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes”*. Igualmente elucidativos nesta sentença os fundamentos jurídicos 8º e 9º que dispõem:

En rigor, el control constitucional acerca de la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada, tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, ya que se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de derechos que la constitución garantiza (...), de modo que sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento (FJ 8º).

(...)

Solo el enjuiciamiento de la no concurrencia de ese desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma compete en este punto a este tribunal en su labor de supervisar que la misma no desborda el marco constitucional (FJ 9º).

No Brasil, não é diversa a forma como a questão é tratada, a ponto de o Ministro do STF Gilmar Mendes referir-se ao tema, indicando que *“o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso do poder legislativo constitui um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno.”*

É fato que o excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa ou na esfera de liberdade de conformação do legislador. Todavia, e sem negar esta ideia central, a jurisprudência constitucional brasileira tende a

⁶⁸⁰ *La vinculación..., op. cit., p. 141.*

relativizar a própria aplicação do princípio de proporcionalidade, em especial quando estipula que não se trata de investigar os motivos interiores que levaram à elaboração da norma ou a finalidade da lei, já que, na visão de diversos constitucionalistas, agindo assim, o STF estaria invadindo o próprio mérito do ato legislativo. Desta forma, não haveria no juízo de proporcionalidade efetuado pelo STF, análise sobre a conveniência da norma.

Esta premissa melhor desenvolvida permite que o intérprete chegue à conclusão que dentro dos limites da atuação do legislador há diferentes condutas que podem ser consideradas legítimas, a respeito das quais, em princípio, incorreta qualquer censura. Veda-se, todavia, o excesso de poder em qualquer de suas formas. Esse excesso de poder se revelaria, em síntese, *“através da contrariedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre os meios e os fins”*⁶⁸¹.

De fato, o recurso à regra da proporcionalidade na jurisprudência do STF pouco ou nada acrescenta à discussão e apenas solidifica a ideia de que o chamado princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade seriam sinônimos. A invocação da proporcionalidade é, não raramente, feita com caráter meramente retórico, e não sistemático.

Apesar de salientar a importância da proporcionalidade *“para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais”*, o Tribunal não parece disposto a aplicá-la de forma estruturada, limitando-se a citá-la⁶⁸². Daí que, não soa estranho quando, debruçado sobre a jurisprudência do STF, verifica-se, como já dito, que a Corte Constitucional adota associação entre a ideia de falta de razoabilidade da decisão e princípio de proporcionalidade. É o que se infere textualmente da seguinte decisão⁶⁸³:

A norma estatal que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade ajusta-se ao princípio do devido processo legal, analisado na perspectiva de sua projeção material (substantive due process of law).

Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de

⁶⁸¹ Ferreira Mendes, Gilmar, Mártires Coelho, Inocêncio, Gonet Branco, Paulo Gustavo. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília jurídica, Brasília, 2000, p. 248.

⁶⁸² Na decisão da liminar do HC 76.060-4, por exemplo, o Tribunal faz uso da regra da proporcionalidade nos seguintes termos: *“o que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade - de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais - é que se pretenda constringer fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular.”*

⁶⁸³ Entre outros, o ADIN 1407-DF, Relator Ministro Celso de Mello.

legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.

Nessa senda, o STF, ao revés de adotar literalmente o critério de proporcionalidade em sentido estrito, opta por acolher um critério que desprestigia as normas apenas quando estas se manifestam arbitrárias ou desarrazoadas em suas prescrições.

Proíbe-se, todavia, ainda que este tema não tenha sido contemplado expressamente na constituição brasileira⁶⁸⁴, que as normas ofereçam restrições casuísticas ou discriminatórias, com base no princípio da igualdade, que veda o tratamento discriminatório ou arbitrário, sendo uma constante nos exames de constitucionalidade a observância do conceito de que leis devem observar requisitos da generalidade e da abstração.

5.2. Linhas gerais sobre a necessidade de resolução judicial para intervenção nas comunicações, com especial consideração às relações laborais

Analisada a possibilidade de restrição abstrata do direito, cumpre, ainda dentro do âmbito de proteção, apreciar, em ambos os sistemas jurídicos, como se dá a restrição em concreto, dando ênfase ao papel da resolução judicial no contexto das relações de trabalho, iniciando pela apreciação da questão no sistema espanhol.

5.2.1. A resolução judicial no contexto espanhol

Em sua origem remota, o direito ao segredo das comunicações se voltava para uma proteção à liberdade das comunicações em face do Estado. Assim, as primeiras constituições espanholas, ao se referirem ao direito, falam em proteção contra “autoridades governativas”. É o que se colhe desde o texto da Constituição Espanhola de 1.869 que, conforme previsão de seu art. 7º, protegia o segredo de correspondência postal e telegráfica. Este, desde então, somente poderia ser restrito mediante ordem judicial, como forma de proteção da comunicação contra o controle e intervenção do Estado, que era visto como o terceiro capaz de intervir no processo comunicativo, até então seu monopólio. Veja-se o que dizia o seu texto: “*en ningún caso podrá detenerse ni abrirse por Autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo, ni*

⁶⁸⁴ As constituições alemã e portuguesa contemplam expressamente a proibição de lei casuística.

tampoco detenerse la telegráfica. Pero en virtud de auto de Juez competente podrá detenerse una y otra correspondencia, y también abrirse en presencia del procesado la que se dirija por el correo”.

Historicamente, este é um momento em que os direitos fundamentais ainda têm no Estado o seu grande algoz e agente violador, pelo que não se concebia a possibilidade de um direito fundamental ser atentado por ação de particulares.

A posterior Constituição de 1.876, mantendo a exigência de ordem judicial para restringir o direito, criou proteção semelhante contra a intervenção estatal, só que unicamente em relação à correspondência postal, como se infere de seus arts. 7º e 8º:

Art. 7. No podrá detenerse ni abrirse por la autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo.

Art. 8. Todo auto de prisión, de registro de morada o de detención de la correspondencia, será motivado.

O texto que lhe sucedeu (o art. 32 da Constituição de 1.931⁶⁸⁵), refletindo a existência de outros meios de comunicação que começavam a despontar, buscou dar uma maior amplitude de alcance da garantia ao falar em correspondência “em todas as suas formas”, funcionando como uma espécie de embrião à extensão que se deu à proteção do direito através do “Fuero de los Españoles de 1.945”⁶⁸⁶. Este último, ainda que, refletindo o período de sua publicação (ditadura de Franco), por primeira vez, não falasse em necessidade de resolução judicial para interceptação da correspondência, tornando a violação mais fácil, todavia, fez inovadora referência expressa à liberdade de comunicação. Este aspecto ganha relevância quando se tem em conta que a jurisprudência constitucional que se formou a respeito do art. 18.3 da CE de 1978, a despeito do texto só tratar de segredo das comunicações, reconhece que, ao se proteger o segredo, também se busca implicitamente tutelar a liberdade das comunicações.

E nessa tutela, como se depreende do preceito previsto no art. 18.3 CE, o próprio texto constitucional a limita ao permitir que uma resolução judicial viabilize uma intervenção lícita nas mesmas. Mais que um mero requisito formal, o TC

⁶⁸⁵ “Art. 32. Queda garantizada la inviolabilidad de la correspondencia en todas sus formas, a no ser que se dicte auto judicial en contrario”.

⁶⁸⁶ “Art. 13. Dentro del territorio nacional, el Estado garantiza la libertad y el secreto de la correspondencia”.

visualiza a necessidade de apreciar *in concreto* suas características e fundamentos que a alicerçam.

Vistos de forma aligeirada os principais requisitos da resolução judicial, primeiramente, na emissão da ordem de intervenção nas comunicações, há que se observar a exclusividade jurisdicional e a observância de todo o procedimento legalmente estabelecido. Assim, registra-se que a intervenção na comunicação há de ser acordada por um Juiz, como se desprende do teor literal do art. 18.3 CE, assim como do art. 579.4 da LECrim. E tal se dá, porque é o Juiz quem tem acesso aos indícios delitivos e à vista dos mesmos deve valorar a necessidade e a proporcionalidade da medida restritiva, e assim impedir as intervenções sem uma finalidade específica, relacionando sempre a medida com uma causa, em respeito ao princípio da especialidade, segundo o qual a intervenção no processo comunicativo está vinculada a um ou mais fatos delitivos específicos, não podendo amparar sob um auto de intervenção nas comunicações a investigação de fatos distintos destes fatos que justificaram a emissão da ordem.

Nessa linha, forçoso reconhecer que para a validade da resolução judicial necessário que haja indícios de delitos cometidos pelos intervenientes na comunicação que se pretende vigiar. A esse respeito, o TC reconhece que a relação entre o sujeito investigado e o possível cometimento de infração penal, objeto de investigação, não pode basear-se em meras conjecturas, mas em indícios que possam ser apreciados por terceiras pessoas e que proporcionem uma base real da qual possa se inferir que se tenha cometido ou se vá cometer o delito (STC 49/1999, STC 166/1999 e STC 165/2005). Cabe destacar, quanto a este requisito, que a STC 184/2003 estipulou que a resolução judicial que adota a medida de intervenção na comunicação (no caso deste processo, telefônica) unicamente é legítima se exterioriza as razões fáticas e jurídicas que apoiam a necessidade de intervenção.

Finalmente cumpre citar a STC 26/2006, de 30 de janeiro, em cujo FJ 6º, referindo-se expressamente à jurisprudência do TEDH, estabelece que se o desejável é que os indícios objetivos que justifiquem a intervenção na comunicação (telefônica) se expressem diretamente na ordem judicial, esta pode ser considerada suficientemente motivada se, integrada incluso com a *“solicitud policial a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder realizar con posterioridad el correspondiente juicio de proporcionalidad.”*

Do quanto já restou consignado se infere que a ordem judicial precisa ser motivada. Assim, considerando que as normas de restrição a direitos fundamentais devem ser interpretadas restritivamente, há necessidade que a ordem judicial trate de pessoas determinadas e sobre as quais recaiam indícios objetivos de responsabilidade penal. Ademais, a motivação tem por finalidade viabilizar o controle judicial do ato interventivo, indicando os motivos e o prazo da intervenção, o que viabiliza aferir o respeito à proporcionalidade da medida. A respeito deste último aspecto trata a STC 181/1995, quando externa que 181/1995: *"...la restricción del derecho fundamental debe adoptarse por resolución motivada, y ello se debe a la íntima relación existente entre la motivación judicial y las circunstancias fácticas que legitiman tal restricción, pues solo a través de aquella pueden conocerse y ponderarse éstas"*.

É oportuno registrar que este dever de motivação também se estende a toda medida que determine a prorrogação da intervenção na comunicação (STC 181/1995). Assim, o TC reconhece que as garantias observadas ao autorizar a intervenção inicial também devem concorrer nas resoluções que as prorrogam, devendo indicar-se novamente as razões de fato e de direito que apoiam a necessidade da prorrogação (SSTC 49/1999 e 171/1999, STC 14/2001 (FJ 5), STC 219/2006 e STC 239/2006).

Cumprindo ainda aduzir, persistindo na linha da exigência de motivação, que, terminada a intervenção, deve-se notificar os afetados se foram observados, vigiados, escutados, gravados, interceptados, quais as razões que levaram à restrição na comunicação e quanto tempo durou a medida. Por fim, será viável um controle judicial da medida de intervenção na comunicação. De fato, por se tratar de uma limitação ao exercício de um direito fundamental, a medida é passível de controle judicial, desde o momento de sua adoção até a sua finalização, sendo possível o controle posterior, garantindo o direito de defesa do sujeito que sofre a constrição (art. 24 CE). Neste sentido, várias sentenças do TC, a exemplo das SSTC. 259/2005, FJ 2, 299/2000, FJ 4 e 146/2006, FJ 4.

Assim, feito este aligeirado esforço histórico e uma referência geral aos requisitos gerais da ordem judicial, é necessário afirmar que o direito previsto no art. 18.3 CE, ainda que previsto há quase 150 anos, não pode ter reconhecido em seu entorno uma interpretação consolidada, tendo em vista que as comunicações sofreram profundas transformações, assim como a aplicação dos direitos fundamentais não tem mais no Estado seu único destinatário. Por sua eficácia de irradiação, os direitos

fundamentais desde meados do século XX têm reconhecida a sua efetividade também nas relações privadas.

Assim, sem que a liberdade nas comunicações tenha deixado de ser assunto de Estado, muitos veículos destinados à comunicação entre pessoas, inclusive alguns dos mais utilizados na atualidade, não configuram monopólio estatal. Os serviços de telefonia fixa e móvel, em grande parte do globo, estão privatizados, há um incremento de meios de comunicação privados, a exemplo do *skipe*, *mensager*, *pager*, *facebook*, *orkut* etc., e o que nos toca especialmente nesta investigação, as comunicações na “grande rede” através de correio eletrônico são controladas por agentes privados, capazes de causar lesão aos direitos fundamentais dos trabalhadores a partir de seu uso.

Ademais, nas relações de trabalho há dois outros elementos que distanciam o modelo originariamente concebido nos primeiros textos constitucionais espanhóis da realidade fática: a) a existência do contrato de trabalho; b) a titularidade do bem através do qual é veiculada a comunicação é do empregador. Já se viu e reitera-se, para que não pareça haver uma contradição em termos, que o fato de o empregador ser titular do meio de comunicação não lhe reconhece o status de integrante do processo comunicativo (são titulares do direito apenas o emissor e o receptor), não havendo qualquer dúvida que se trata de um terceiro, estranho à comunicação, como também o é o Estado em relação ao serviço usual de correios. Todavia, para muitos, o empregador será um terceiro diferenciado, primeiramente pelo fato de ter o direito de propriedade sobre o bem, de modo que os integrantes do processo comunicativo estão limitados ao uso das faculdades que o titular do bem dispõe, ponto em que se diferencia do Estado, já que ele oferece o serviço de correios e a parte que o contrata estabelece os limites de seu uso (se vai se valer de um correio simples, ou mais rápido, se quer aviso de recebimento da correspondência etc.). A contrário senso, quando se usa a comunicação posta à disposição pela empresa, se o sistema adquirido ou desenvolvido por ela só permite 30 minutos de acesso à internet, os usuários dos terminais de computador estarão limitados a esta realidade do titular do bem, não tendo condições de sustentar uma comunicação telemática por tempo superior, diante da limitação técnica que o próprio titular do bem se impôs (e àqueles que façam uso de seu instrumental)⁶⁸⁷.

⁶⁸⁷ Nesse sentido, utilizando o telefone como exemplo, é possível contratar junto à operadora de telefonia serviços de mensagem, chamadas em espera, ligações sem limite etc. Mas, da mesma forma, pode-se adquirir um pacote de serviços em que estejam vedadas ligações interurbanas, com limitação do número

Outrossim, ainda mais relevante que os limites impostos pelo fato de o empregador ser o titular do bem através do qual é veiculada a comunicação, é o fato de que o empregado, ao ingressar na relação de trabalho, tem seus direitos fundamentais modulados na medida estritamente imprescindível (necessária) para o correto e ordenado desenvolvimento da atividade produtiva, como reflexo do reconhecimento constitucional do direito à liberdade de empresa, consagrado no art. 38 da CE, como vimos no capítulo anterior. Assim, em virtude da adaptação dos direitos do trabalhador aos propósitos da organização produtiva da qual faz parte e da real necessidade destes, que algumas manifestações de seus direitos fundamentais, que seriam legítimas em outros contextos, podem não o ser no âmbito da relação laboral⁶⁸⁸.

Assim, se por um lado, forçoso reconhecer que o direito previsto no art. 18.3 pode ser aplicado no seio da relação laboral, diante da sua eficácia irradiante a todas as relações jurídicas, não é menos real que a condição de quem se comunica com outrem através de um veículo de comunicação próprio, fora do âmbito do trabalho, a exemplo de uma pessoa que envia um e-mail de sua casa, através de seu provedor de uso e escolha pessoal, em seu horário de folga, usando instrumental eletrônico de que seja titular, é distinta daquele que, sob a direção e subordinação de outrem, utiliza-se de meios de comunicação que não integram o seu patrimônio, mas, antes, daquele que o contratou, muitas vezes subvertendo o objetivo pelo qual aquele instrumental de trabalho lhe foi propiciado, e desatendendo a uma real necessidade da empresa.

Nestes casos, ainda que não se possa refutar a garantia ao segredo das comunicações, porque isto equivaleria a uma negação da própria liberdade de comunicações, e, por via transversa, da própria liberdade de pensamento, há que se reconhecer que ocorre uma mudança de *status quo*, na medida em que o ingresso na relação de trabalho exige desse direito uma adaptabilidade de forma a que não inviabilize o exercício da liberdade de empresa, que pode justificar limitações ao exercício do direito ao segredo das comunicações.

Daí que, nessa tentativa de formular uma interpretação mais científica para a questão, na qual, sem negar o direito ao segredo das comunicações - imperativo para se evitar uma ditadura empresarial - garanta também ao empregador o uso de suas

de chamadas ou de minutos oferecidos etc., de modo que o empregado que usa o serviço de telefonia oferecido por seu empregador automaticamente está sujeito às limitações que aquele impôs ao uso dentro daquela unidade empresarial junto ao serviço de telefonia contratado.

⁶⁸⁸ Entre outras, este tema é enfrentado nas SSTC 73/1982, 120/1983, 19/1985, 170/1987, 6/1988, 129/1989 e 126/1990.

faculdades inerentes à liberdade de empresa, algumas leituras foram tentadas a respeito da aplicação do direito em destaque e sua compatibilização com a realidade do trabalho, em especial quanto à necessidade de prévia autorização judicial para restrição ao direito, aspecto que é encarado como dos mais nocivos ao desenvolvimento do poder diretivo do empregador e que frequentemente tem sido ignorado em diversas decisões que envolvem o tema.

Primeiramente, há corrente doutrinária que adota o entendimento de que imperiosa seria a resolução judicial prévia. Aqui se sustenta que a autorização judicial é o procedimento necessário em qualquer situação⁶⁸⁹, posto que esta se integra na definição do direito fundamental. Sob esse viés, a resolução judicial faria parte do próprio conteúdo objetivo do direito ao segredo das comunicações, de maneira que a adoção deste entendimento significaria para a esfera laboral que o empregador não poderia controlar as ferramentas de trabalho que facilitam a comunicação, mediante qualquer técnica. Assim, além da observância da estrita necessidade da restrição ao direito, imperativa seria a observância do requisito formal prévio de autorização judicial. Donde se pode concluir, com base neste entendimento, que qualquer restrição ao direito ao segredo das comunicações que não fosse proveniente da autoridade judicial seria ilícita⁶⁹⁰.

Este posicionamento, que só permite a restrição após juízo de valor pretérito emitido pelo Judiciário, considerando tratar-se de medida de exceção, exige, de acordo com a jurisprudência do TC⁶⁹¹, que nos fundamentos restem expressos os

⁶⁸⁹ Entendimento que parece prevalecer no Alto Tribunal (por todas, STC 86/1995), que nesse particular segue a jurisprudência do TEDH, segundo o qual toda intervenção que desvirtue o conteúdo do direito ao segredo das comunicações estará submetido aos princípios da legalidade e proporcionalidade, assim como à necessidade de motivação da resolução judicial, posto que unicamente ao juiz corresponde levar a cabo a ponderação preventiva que exige a suspensão do direito. Contudo, este posicionamento do Tribunal Constitucional sofreu solução de continuidade na recente STC 241/2012, na qual o requisito da ordem judicial como requisito prévio para a adoção de medidas restritivas ao direito ao segredo das comunicações foi integralmente ignorado.

⁶⁹⁰ Posição na doutrina defendida, entre outros, por Marín Alonso, *El poder de control...*, *op. cit.*, pp. 202/207. Adotando posição similar, quanto à exigência prévia de autorização judicial, vemos em Vegas Torres. Todavia, sua interpretação se constrói, diversamente do pensamento de Marín Alonso, a partir de uma definição do âmbito de cobertura do direito ao segredo das comunicações eletrônicas bastante restrito (v.g. e-mails da caixa postal abertos ou fechados não seriam cobertos pelo art. 18.3 CE, mas pelo direito à intimidade), de forma que boa parte das faculdades que neste estudo entendemos ser inerentes ao direito previsto no art. 18.3 CE são vistas como inerentes ao direito à intimidade, pelo que, na prática, a partir de sua interpretação rara seria a exigência de prévia resolução judicial para obtenção de prova. (Vegas Torres, Jaime. *Obtención de pruebas en ordenadores personales y derechos fundamentales en el ámbito de la empresa*, Primera Edición, editora Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011).

⁶⁹¹ SSTC 26/1981, 62/1982 e 85/1994, entre outras. Saliente-se que nesta última sentença, o TC, em síntese, esclarece que não se trata a fundamentação de uma mera cortesia, mas de um requisito

parâmetros que comprovem a proporcionalidade entre a restrição e o fim que se busca alcançar. Vale reforçar que, quanto a este tema, a doutrina do TEDH é, como já visto, ainda mais restritiva, na medida em que exige que a ordem se baseie em situações que sejam previstas em norma (ou jurisprudência consolidada) com grau de precisão suficiente que permita ao cidadão comum regular sua conduta conforme o padrão nela estabelecido, sendo capaz de vislumbrar previamente, com um grau razoável de certeza, dadas as circunstâncias, as consequências que poderiam derivar de seu agir em desconformidade com a norma.

A segunda possibilidade interpretativa⁶⁹² parte da noção de que a resolução judicial não integra o conteúdo do direito, mas, antes, apenas excepciona o seu exercício em determinadas circunstâncias. A partir daí, reconhecendo que a faculdade fiscalizadora do direito previsto no art. 18.3 CE não pode se dar da mesma forma que em relação ao direito à intimidade, já que possui a garantia da prévia resolução judicial, leva em conta que as faculdades empresariais de direção do empreendimento, no marco da relação de trabalho, permitem ao empregador limitar, de alguma maneira, e como medida de exceção, o direito ao segredo das comunicações do trabalhador⁶⁹³. Por essa via, o empregador estaria autorizado a intervir no processo comunicativo de seus empregados, sem a necessidade de prévia resolução judicial, sempre que a intromissão implicitamente derivar da própria relação de trabalho⁶⁹⁴, de forma a viabilizar o desenvolvimento regular da atividade empresarial, remanescendo a necessidade de autorização judicial prévia nos demais casos.

Esta parece ser a interpretação assumida pelo Tribunal Constitucional espanhol na STC 241/2012. E, nesse ponto, parece-nos ser a solução mais consentânea com a resolução judicial como medida limitativa do âmbito de proteção do direito. E o é também com a aplicação nas relações privadas deste direito fundamental, na medida em que, até quando não exige o caráter prévio da autorização judicial, contempla a ideia de

substantivo que viabiliza a que os sujeitos afetados conheçam a razão da restrição ao seu direito fundamental, bem como que outros interesses legítimos estão sendo tutelados por este meio.

⁶⁹² Esta segunda interpretação é apoiada, entre outros, por Goñi Sein, J. L. (*El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*. Civitas, Madrid, 1988, p. 152), que admite a possibilidade de haver controle telefônico (e o mesmo raciocínio vale para os demais meios de comunicação) se existir razões legitimadoras suficientes.

⁶⁹³ Esse é o enfoque que se utiliza Roig Batalla, Antoni (*El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa*), *op. cit.*, pp. 77-78.

⁶⁹⁴ É o que se dá, por exemplo, com serviços de assistência técnica realizados por e-mail (o tema será detalhado adiante). Infelizmente, o TS quando teve a chance de avaliar a legalidade de tema correlato (validade da prova obtida em gravações telefônicas desta atividade) aprecia o tema desde a perspectiva da intimidade e não do segredo das comunicações (STS 4ª de 5 de dezembro de 2003, recurso n. 52/2003, STS 7798/2003).

que por se tratar de medida de exceção a restrição ao direito, imperativa a manutenção da possibilidade de controle judicial da ação do empregador (que, quando implícita na relação de trabalho, ainda assim, poderia ser ulterior, por provocação do lesado), sem fazer da exigência prévia desta medida um empecilho ao desenvolvimento regular da atividade laboral.

De fato, é certo que o fim último do direito ao segredo das comunicações consiste em atribuir uma garantia ao cidadão de certos espaços em que possa manter à margem do conhecimento geral ou do capricho de terceiros o conteúdo de suas relações intersubjetivas. Todavia, a jurisprudência, como reflexo das posições doutrinárias anteriores, e por dificuldade de enfrentar a previsão de prévia resolução judicial contida no texto do art. 18.3 CE, é vacilante em admitir a proteção ao correio eletrônico na empresa como uma manifestação do direito constitucional ao segredo das comunicações. Há, com efeito, vozes que sustentam uma terceira linha interpretativa do art. 18.3 CE neste ponto, segundo a qual só se poderia dar para o trabalhador um direito ao segredo das comunicações se o empresário previamente concedesse e reconhecesse algum espaço de privacidade neste meio de comunicação⁶⁹⁵. No âmbito laboral, não teria, pois, vigência o direito ao segredo das comunicações (art. 18.3 CE), mas tão somente o direito à intimidade (art. 18.1 CE).

Nesse sentido, como enfatiza, Agustina Sanllehí⁶⁹⁶, é que se materializa esta grande polaridade na compreensão da matéria na seara trabalhista. Nesse sentido, diz o autor:

De un lado, un sector doctrinal se ha inclinado por considerar que atendiendo a que el material informático es propiedad del ocupador, el nombrado derecho constitucional (al secreto de las comunicaciones) no ampara las comunicaciones <inter privados> allí registradas, pues este tiene por ley (art. 20.3 ET) otorgadas las competencias de control y vigilancia sobre la actividad laboral de sus trabajadores y el uso de los medios empresariales (entre otras SSTSJ Cataluña 05-07-2000, País Vasco 31-10-2000, Galicia 04-10-2001, Madrid 04-12-2001, etc.); por el contrario, otros posicionamientos (entre otros SSSTJ Andalucía 25-02-2002 y Madrid 31-01-2002) se inclinan por una respuesta contraria, entendiendo que dichas monitorizaciones vulneran el nombrado precepto constitucional.

⁶⁹⁵ Este entendimento, que volta àquela visão acessória do direito ao segredo das comunicações em relação à privacidade/intimidade, típica do direito constitucional norte-americano, impregna também a STC 241/2012.

⁶⁹⁶ Agustina Sanllehí, José R. *El delito de descubrimiento y revelación de secretos en su aplicación al control del correo electrónico del trabajador*, Editora La Ley, Madrid, 2009, pp. 61-62

Diante dessa situação de incerteza jurídica, enfatiza Sanllehi⁶⁹⁷, a maioria dos julgados que acolhem a extinção da relação de trabalho por uso inadequado ou abusivo do correio eletrônico não vem fazendo qualquer referência ao art. 18.3 CE, optando pelo caminho mais fácil de apreciação da questão à luz do art. 18.1 CE (direito à intimidade), que possui mais claro desenvolvimento na relação laboral pelo legislador (Lei Orgânica 01/1982), em especial, sendo-lhe pacificamente aplicados os arts. 18 e 20.3 do Estatuto dos Trabalhadores, conforme o caso concreto.

E isto ocorre principalmente pelo fato de que, mesmo que se reconheça que a garantia ao segredo das comunicações tenha plena eficácia nas comunicações laborais na empresa, há uma enorme dificuldade de aceitação na doutrina e na jurisprudência trabalhista, como já dito, de que sua única exceção seja por meio de prévia autorização judicial. Daí, o advento de distintas teses, a nosso juízo equivocadas, que fogem do enfrentamento da exigência da prévia ordem judicial, ora admitindo que o empregador não seria terceiro alheio a qualquer comunicação telemática perpetrada no ambiente laboral ou que o controle se justificaria por motivo de segurança ou por consentimento do trabalhador (renúncia ao exercício do direito no ato da contratação) ou por previsão em normas coletivas, dentre outros motivos que concorreriam para que o tema não viesse a tona. Tais visões hermenêuticas, ainda que viciadas, traduzem um sentimento comum de que o direito ao segredo das comunicações não poderia ser aplicado nas relações de trabalho com o mesmo viés que foi concebida para as comunicações que têm no Estado o seu provedor.

Inconcebível, para esta corrente doutrinária, diante da falta de outros parâmetros, a aplicação, ainda que adaptada, dos requisitos que o TC estabelece para restrições de comunicações⁶⁹⁸. Argumenta-se que, na prática, a concorrência destes requisitos muito dificilmente se verificaria nas relações de trabalho, pelo que sua admissão, ainda que relativizada, equivaleria a reconhecer ao direito ao segredo das comunicações um caráter absoluto nas relações trabalhistas.

Os intérpretes que combatem a aplicação literal dos termos do art. 18.3 CE partem do raciocínio admitido diversas vezes pelo Tribunal Constitucional, de

⁶⁹⁷ Idem, *op. cit.*, p.63.

⁶⁹⁸ Efetivamente, a STC 175/1997, 2ª, de 27 de outubro, sistematizou a doutrina jurisprudencial do Alto Tribunal sobre os pressupostos necessários que devem concorrer na adoção de tais medidas, dispondo o seguinte: “*persecución de un fin constitucionalmente legítimo y que esté previsto por la Ley; motivación de la medida; notificación al interesado; dación de cuenta a la Autoridad Judicial para que pueda ejercer un control sobre la misma; proporcionalidad en relación con el fin perseguido; y finalmente el límite temporal de la medida*”.

que é “*evidente que el trabajador no puede ostentar el mismo derecho reconocido con carácter general en el art. 18.3 CE respecto del ciudadano particular que emplea un medio de comunicación de naturaleza privada*”⁶⁹⁹. A partir daí, concluem por reconhecer que o destinatário natural (e original) do art. 18.3 é o poder público. De modo que a sua aplicação em relação às fontes de poder privado precisa ser muito matizada, já que o empresário, assim como o trabalhador, também é titular de direitos previstos no art. 33 e 38 da Constituição Espanhola e estes precisam ser harmonizados com os direitos fundamentais dos trabalhadores.

É fato que não se pode defender a corrente doutrinária que nega a aplicação do direito fundamental previsto no art. 18.3 CE aos particulares na relação de trabalho, visto que não possui nenhuma sustentação científica – sendo fruto exclusivo da dificuldade de sua aplicação. Contudo, constitui senso comum o sentimento de que o constituinte, ao estabelecer a natureza restritiva da cláusula “salvo resolução judicial”, apresentou má técnica normativa por só pensar na lesão que o poder público poderia perpetrar em relação às comunicações privadas, não abrindo espaço para outras hipóteses de intervenções lícitas nas comunicações, mormente quando do trato de relações entre particulares, pelo que este trabalho de adequação da norma à realidade termina por caber ao legislador e à construção jurisprudencial, em verdadeiro processo de mutação constitucional⁷⁰⁰.

Assim, viável admitir-se, alinhado com a segunda corrente interpretativa antes assinalada, que, por força de uma necessária adequação à realidade fática, enquanto o legislador não desenvolve o direito, concretizando-o aos seus atuais termos, termine por ser aplicado nos casos concretos um direito formal *sui generis* ao segredo das comunicações no ambiente de trabalho, que se materializaria na proibição de ser controlado o obreiro em condições que ultrapassem os limites implícitos, inerentes à relação de trabalho, imperativos para o desenvolvimento da atividade empresarial. Assim, caberá ao empregador, em todos os demais casos, valer-se da prévia

⁶⁹⁹ Agustina Sanllehí, José R., *El delito de descubrimiento...*, *op. cit.*, p. 63.

⁷⁰⁰ Mutação constitucional   definida como um “*processo informal de mudança da constitui o, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados   letra da constitui o, quer através da interpreta o, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da constru o (construction), bem como dos usos e dos costumes constitucionais*”. (In, Lenza, Pedro. *Direito Constitucional Esquematisado*. 11  ed. São Paulo: Método. 2007, p. 110). Canotilho, sobre o mesmo instituto, adotando outra nomenclatura, afirma que “*considerar-se-  como transi o constitucional ou muta o constitucional a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constitui o sem altera o do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto*.” (*Direito Constitucional e Teoria da Constitui o*, 7  ed. Almedina: Coimbra. 2003, p. 1228).

autorização judicial para que, de alguma forma, possa intervir nas faculdades inerentes ao direito.

Vale registrar, para reforçar a diferença entre o enfoque da garantia em relação aos entes públicos e aos particulares que, na prática, alguma forma de controle, como antes já principiamos em esclarecer, já existe, independentemente de ordem judicial, quando se utiliza o meio de comunicação cuja titularidade da propriedade é de terceiro. As contas telefônicas, por exemplo, atualmente discriminam todos números chamados a partir do aparelho, pelo que, até por critério de exclusão, e sem a necessidade de ordem judicial, o proprietário da linha telefônica pode saber o número chamado em comunicações⁷⁰¹ que não fez parte, deduzindo, desde que tenha um número reduzido de empregados (ou de empregados por setor), a autoria das chamadas e os sujeitos que integraram a comunicação, já que sabem os números chamados, aspecto que é protegido, de acordo com jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, através do direito tutelado pelo art. 18.3 CE.

De igual forma, ampliando um exemplo outrora formulado, sendo o empregador aquele que disponibiliza o instrumental para uso do obreiro, este determina os limites, ao menos técnicos de uso do correio, sendo muito comum, por exemplo, sistemas telemáticos que possuem limites de memória, não permitindo o ingresso ou a saída de arquivos com capacidade acima daquelas estabelecidas para o envio e recepção do e-mail (usualmente chamadas de mensagens “pesadas”), ou que vedam (tecnicamente) o envio de anexos (como forma de proteção ao sistema⁷⁰²), o que não

⁷⁰¹ Essa medida se justifica até para assegurar ao titular da linha a que o valor a ser pago é fruto do uso do serviço de telefonia na forma cobrada.

⁷⁰² Especificamente em relação a estes últimos, se anteriormente já mencionamos que não se pode negar que a questão a respeito da inclusão dos *attachments* do correio eletrônico no âmbito de cobertura do direito ao segredo das comunicações está longe de uma solução pacífica na doutrina, até pela falta de um parâmetro claro e inequívoco por parte do TC, que, a bem da verdade, ainda não apreciou a matéria no que se refere às mensagens por correio eletrônico, já nos posicionamos em tópico anterior que este, na medida em que muitas vezes se traduz em mera comunicação, não poderia ser excluído peremptoriamente do âmbito de cobertura do direito. Vale dizer, entretanto, que, ainda nessa linha de pensamento aqui defendida, em que se admite que os anexos da mensagem eletrônica estão cobertos pelo art. 18.3 CE por se tratar de comunicação (diferentemente dos pacotes postais), é forçoso reconhecer, já no âmbito de proteção do direito, após a imposição dos limites legítimos ao seu pleno exercício que, pautado na doutrina da estrita necessidade adotada pelo TC, justificativas há para a interceptação dos anexos, pautadas na segurança patrimonial privada das empresas, posto que, muito mais do que as mensagens contidas no corpo do e-mail, os *attachments* podem introduzir vírus, gerar considerável gasto de memória, por seu formato e extensão, enviar programas protegidos por propriedade intelectual, entre outros prejuízos ao negócio, o que tem levado, na prática, muitas empresas a rejeitar os anexos, ou ao menos aqueles que estejam fora de um determinado padrão definido por softwares de controle de tráfego (através dos vários recursos de segurança para bloqueio de anexos das mensagens dos e-mails), efetuando checagem automatizada nas mensagens de correio eletrônico. Outras empresas, durante sua fiscalização, optam por estabelecer regras para o seu recebimento e envio, evitando ou rechaçando, em cumprimento à

deixa de ser uma forma de controle da comunicação, mas que, de forma pacífica (e correta) na doutrina e na jurisprudência não vem sendo considerada violação atentatória ao direito protegido pelo art. 18.3 da CE quando ocorrido nas relações de trabalho.

Assim, a título de conclusão, por considerar que a resolução judicial não integra o conteúdo do direito, mas, antes, apenas excepciona o seu exercício em determinadas circunstâncias; considerando, ademais, que a doutrina do TC⁷⁰³ espanhol sobre a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações laborais, admite certa matização dos direitos fundamentais dos trabalhadores no curso do liame empregatício, bem como o fato de que o direito pode sofrer restrições em algumas situações, para preservar outros interesses constitucionalmente tutelados, justifica-se uma interpretação evolutiva, em conformidade com a constituição espanhola, de modo que cabem restrições do direito sem ordem judicial. Seriam, em concreto, apenas as situações em que reúnem um dos dois requisitos estabelecidos na jurisprudência do TC em matéria de restrição de direitos no âmbito laboral: ou bem hão de estar implícitas na relação laboral, ou bem devem ser imprescindíveis para a satisfação de interesses empresariais legítimos (STC 99/1994). Em todos os demais casos, permaneceria a exigência de resolução judicial prévia. Certamente, as eventuais restrições, sem demandar prévia autorização judicial, continuem passíveis de análise pelo órgão jurisdicional que, neste caso, exerceria seu controle *a posteriori*, fazendo, diante da circunstancia fática concreta, o seu exame sobre a estrita necessidade da medida de controle e o respeito ao conteúdo essencial do direito, de maneira a concluir pela licitude ou ilicitude do controle efetuado no segredo das comunicações pelo exercício das faculdades inerentes à liberdade de empresa.

proibição, imediatamente, os anexos com sufixos .exe, .zip, .com ou similares que possam conter programas de software. Assim, como não há um direito que garanta ao obreiro a livre concessão de um meio de comunicação nos moldes em que desejar pela empresa, imperioso reconhecer que este recebe o instrumental telemático com as especificidades técnicas (memória, processador etc.) que lhe ofereça a empresa.

⁷⁰³ Na visão de Martínez Fons, o entendimento aqui adotado discrepa, todavia, de algum posicionamento do TC em que este pondera que a resolução judicial para a intervenção no processo comunicativo forma parte do conteúdo essencial do direito ao segredo das comunicações, assim como a observância da proporcionalidade em sua execução. É o que, segundo o autor, expressamente restaria consignado, por exemplo, na STC 086/1995: “*la ausencia de autorización o falta de motivación determinan, irremediavelmente, la lesión del derecho constitucional*” (Martínez Fons, Daniel. “El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la Empresa”, *op. cit.*, p. 229. In Rey Guanter, Salvador Del (Dir.) / Luque Parra, Manuel (Coord.) In: *Relaciones Laborales y nuevas tecnologías*, 1ª edición, Madrid, La Ley, 2005.

5.2.2. Restrições ao direito ao sigilo de correspondência e a obrigatoriedade da prévia ordem judicial no Brasil

Como já mencionado, além dos limites abstratos que podem ser impostos pelo legislador, é possível que o direito ao sigilo das comunicações seja limitado concretamente por determinação judicial. A esse respeito, o texto constitucional expressamente estabelecia a possibilidade de restrição para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Nos termos da Lei 9296/1996, como já visto, não será admitida a interceptação de comunicações telefônico/telemáticas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses (art. 2º): i) não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; ii) a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; iii) o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. Trata-se de medida a ser tomada com exclusividade do Poder Judiciário, não sendo viável sua adoção em via administrativa⁷⁰⁴. A esse respeito, em virtude de norma constitucional que confere poderes às comissões parlamentares de inquérito⁷⁰⁵, o STF já se posicionou no sentido de que quando a CF/88 exige expressamente ordem judicial, esta só pode ser dada por magistrado ou tribunal, tudo por força do princípio da reserva da jurisdição. E tal vale para qualquer caso em que a CF/88 exigir ordem judicial, tais como decretação de indisponibilidade de bens e relatórios e degravações originários de interceptação telefônica (STF, MS 27483/DF, de 14/8/2008).

Ademais, o objeto da ordem deverá estar adstrito às hipóteses contidas no art. 2º da Lei 9296/1996. Assim, a título de exemplo, a interceptação não pode ser autorizada e realizada no Processo Administrativo Disciplinar, ou diante de ilicitudes que fujam das estritas situações descritas no artigo em comento, ainda que, em caráter excepcional, a ele possa ser transportada como prova emprestada. É o que textualmente consignou o STF:

Prova lícitamente obtida por meio de interceptação telefônica realizada com autorização judicial para instruir investigação criminal pode ser utilizada em processo administrativo disciplinar. Inexistência de comprovação de cerceamento de defesa em razão do

⁷⁰⁴ Excepciona-se na jurisprudência constitucional, até a presente data, a situação descrita na Lei de Execução Penal antes mencionada.

⁷⁰⁵ “Art. 58, § 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.”

indeferimento de produção de provas avaliadas como prescindíveis pela administração pública em decisão devidamente fundamentada. Punição no âmbito administrativo com fundamento na prática de improbidade administrativa independe de provimento judicial que reconheça a conduta de improbidade administrativa. Independência entre as instâncias da improbidade administrativa e administrativa. Nego provimento ao recurso ordinário. (STF – RO-MS 24.194 – Rel. Min. Luiz Fux – DJe 07.10.2011)

Outro requisito da ordem judicial de intervenção na comunicação consiste no fato de que, em qualquer hipótese, esta deve ser motivada e descrita com clareza, indicando a situação objeto da investigação, a individuação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada. Tal se justifica por ser medida restritiva, cuja proporcionalidade necessita de elementos para ser aferida. Entretanto, ressalte-se que, persistindo os pressupostos que conduziram à decretação da interceptação, não há obstáculos para sucessivas prorrogações, desde que todas estejam devidamente fundamentadas, não ficando, neste caso, maculadas como ilícitas as provas derivadas da interceptação (STF – RHC 85575 – SP – 2ª T. – Rel. Min. Joaquim Barbosa – DJU 16.03.2007).

Todavia, será imprestável a interceptação telefônica/telemática quanto houver uma descoberta fortuita de conduta, ainda que criminosa, quando a prova obtida não tenha relação com o objeto da interceptação que esteja em andamento⁷⁰⁶.

No mais, de acordo com a jurisprudência do STF, o pedido de interceptação de comunicação telefônica deverá conter a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal (vinculação a um fim específico), com indicação dos meios a serem empregados⁷⁰⁷. De qualquer sorte, e em todos os casos, buscando inibir excessos que descaracterizem o caráter restritivo da medida, desde a expedição da ordem até o seu desfecho, a medida será passível de controle judicial.

Feito esse resumo dos principais aspectos da jurisprudência constitucional em torno da ordem judicial, é certo que se tal doutrina constitucional não

⁷⁰⁶ Exceção a esta regra se deu, entretanto quando o STF, no AI 626.214 – Rel. Min. Joaquim Barbosa – DJe 08.10.2010 entendeu, havendo descoberta fortuita, mesmo sem relação com o objeto da interceptação, que esta poderia ser utilizada como prova.

⁷⁰⁷ INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – AUTO CIRCUNSTANCIADO – NATUREZA DO ELEMENTO – O auto circunstanciado previsto no § 2º do artigo 6º da Lei nº 9.296/96 é formalidade essencial à valia da prova resultante de gravações de áudio e interceptação telefônica. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – DEFEITO DO AUTO CIRCUNSTANCIADO – NATUREZA DA NULIDADE. A nulidade surge relativa, devendo ser articulada no prazo do artigo 500 do Código de Processo Penal – inteligência dos arts. 571, inciso II, e 572 do mesmo Diploma. (STF – HC 87859 – DF – 1ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 14.09.2007 – p. 00044).

deixa margem quanto à sua exigibilidade como requisito prévio para intervenção em comunicações telemáticas, o fato é que uma regra prevista na Lei 9296/96 fez revolver o tema ao centro das discussões. O art. 10 da mencionada lei ordinária estatui: “*constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei*”. Para alguns⁷⁰⁸, já conduzindo um viés laboral à questão, a exegese da norma apontaria para a permissividade do monitoramento desde que haja autorização judicial ou se estiver, aquele que intervém na comunicação, munido por uma finalidade legalmente tutelada. Aqui, numa tentativa de interpretação literal, a conjunção “ou” levaria à compreensão de que, apresentados motivos autorizados por lei, a ausência de prévia autorização judicial não tornaria a intervenção nas comunicações ilícita.

Neste ponto, sustenta-se que o controle das comunicações telemáticas efetuadas através de correio eletrônico na empresa, em especial o corporativo, estaria autorizado por lei (o art. 10 da Lei 9296/1996), em virtude dos legítimos objetivos que teria o empregador ao efetuar o controle. Enumeram os defensores desta tese os diversos argumentos, v.g. defesa do sistema informático, garantia de produtividade do empregado ou defesa da propriedade e dos inventos da empresa, entre outros, que anteriormente foram mencionados neste estudo.

Por outro lado, entre os constitucionalistas predomina o entendimento de que o legislador, salvo as exceções legais⁷⁰⁹, não se afastando do perfil traçado na Constituição, ao contrário, teria criado na regulamentação, considerando a intervenção e o controle das comunicações medidas de exceção, critérios cumulativos, de forma que insuficiente a autorização judicial quando esta não venha fundamentada em objetivos fundados em lei.

Ainda que majoritário, o entendimento acima não é pacífico, havendo posicionamentos até no sentido de que somente está autorizada a interceptação das

⁷⁰⁸ Veja-se, neste sentido, artigo publicado por Alexandre Atheniense: “*O monitoramento eletrônico e as relações trabalhistas*”. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 46, out 2007. <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2382>. Acesso em 01 jul 2013.

⁷⁰⁹ A interceptação da comunicação também poderá ser considerada ilícita, mesmo tendo preenchido todos os requisitos formais e autorizada judicialmente. É o caso da interceptação que, autorizada judicialmente, se destina a finalidade que não esteja amparada pela lei. São os chamados objetivos não autorizados em lei. Ademais, também deverão ser observados estes objetivos nas demais hipóteses de interceptação previstas pelo legislador (mesmo sem prévia resolução judicial), a exemplo da autorização que a Lei de Execuções Penais (art. 41, parágrafo único) concede aos diretores dos presídios, em relação às comunicações escritas dos presos com o mundo exterior (que não poderão se dissociar dos objetivos legais).

comunicações telefônicas, sendo vedadas, em qualquer situação, a interceptação das demais formas de comunicação por canal fechado. Seguindo esta orientação, Greco Filho, em seu trabalho acerca da Lei 9.296/1996⁷¹⁰, sintetiza seu entendimento, asseverando que “*a conclusão é a de que a Constituição autoriza, nos casos nela previstos, somente a interceptação de comunicações telefônicas não a de dados e muito menos as telegráficas ...*”.

De qualquer sorte, ainda que não amparado literalmente no texto da lei que regulamenta o art. 5º, XII, em uma linha mais consentânea com o caráter principiológico dos direitos fundamentais, Alexandre de Moraes, reconhece a possibilidade de intervenção nos demais meios de comunicação, partindo da premissa de que nenhuma liberdade individual é absoluta. Diz o autor que “*apesar de a exceção constitucional expressa referir-se somente à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações telegráficas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.*”⁷¹¹

Em igual sentido, Pellegrini Grinover⁷¹², segundo a qual “*as liberdades públicas não são mais entendidas em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo qual nenhuma delas pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias*”. Nessa ordem de ideias – acrescenta a autora – “*deve ser considerada a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, com vistas à finalidade ética ou social do exercício do direito que resulta da garantia; tutela desta natureza não pode ser colocada para a proteção de atividades criminosas ou ilícitas*”

Fabbrini Mirabete vai além, ao consignar:

Certamente há limitações que, em casos concretos, aconselham as exigências de segurança da execução penal, inclusive com a limitação do direito e sigilo da correspondência do preso. Podem ser efetuadas a interceptação e a violação da correspondência no caso de suspeita da prática de infração penal, da remessa ou recebimento de objetos proibidos, de dúvidas quanto ao remetente ou destinatário (nomes imaginários, pseudônimos ou qualquer outro método que impeça o

⁷¹⁰ Greco Filho, Vicente. *Interceptação Telefônica (considerações sobre a lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996)*. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 12-13.

⁷¹¹ Moraes, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 52.

⁷¹² Pellegrini Grinover, Ada. *Liberdades públicas e processo penal*. São Paulo, Saraiva, 1976, pp. 306-307.

*conhecimento das pessoas que se correspondem), da preservação da segurança do presídio, das medidas para impedir a fuga ou motins, das comunicações que comprometam a moral e os bons costumes, ou seja, em todas as hipóteses em que avulte o interesse social ou se trate de proteger ou resguardar direitos ou liberdades de outrem ou do Estado, também constitucionalmente assegurados.*⁷¹³

E este entendimento não se aparta do que vem sendo adotado pelo STF. Em recente julgado, que reflete o posicionamento majoritário da Alta Corte, adotando uma visão mais aberta do direito, a Corte Maior entendeu que nenhuma liberdade individual é absoluta, e assim seria possível a interceptação das correspondências e comunicações telegráficas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de práticas ilícitas. Acrescente-se que neste caso o aspecto inovador (ainda que não tenha sido a primeira vez que o STF o fez) esteve no fato de que o exame da legitimidade do controle foi feito posteriormente ao ato de restrição ao direito, tendo este sido considerado legítimo, a despeito de não ter sido antecedido de ordem judicial. Note-se o que disse o Ministro Celso de Melo:

Razões de segurança pública, de disciplina penitenciária ou de preservação da ordem jurídica poderão justificar, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. (HC 70.814-5-SP, de 24 de junho de 1994)

Acrescenta o Ministro Relator, ainda, que as correspondências poderiam ser abertas “*em todas as hipóteses que alvitrem o interesse social ou se trate de proteger ou resguardar direitos ou liberdades de outrem ou do Estado, também constitucionalmente assegurados*”.

Oportuno o registro que o parágrafo único do art. 41 da Lei de Execuções Penais referido no acórdão autoriza o diretor do estabelecimento prisional a suspender ou restringir o direito do preso ao contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura ou de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes⁷¹⁴. Observe-se, com isso, que o STF admite,

⁷¹³ Fabbrini Mirabete, Julio, *Execução Penal – Comentários à Lei nº 7.210, de 11 – 7 – 84*, p. 125, 7ª Edição, São Paulo: Atlas, 1997.

⁷¹⁴ Em nosso ordenamento, ainda que algumas dessas normas tenham despertado acaloradas discussões sobre sua constitucionalidade, sempre houve algumas situações em que a lei autorizava a violação ao sigilo de correspondência sem necessidade de autorização judicial prévia. Nesse diapasão, Nelson

em hipóteses especiais, o exame *a posteriori* pelo Poder Judiciário da restrição ao direito previsto no art. 5º, XII da Constituição (já que não houve ordem judicial prévia), fazendo seu cotejo à luz dos demais princípios e valores constitucionais, pautando-se no princípio de proporcionalidade⁷¹⁵.

Todavia, de uma leitura mais analítica da jurisprudência do STF, a conclusão que se chega é que essa possibilidade até então só vem sendo admitida quando amparada por lei, como no caso da Lei de Execuções Penais, acima referida. Daí que na maior parte dos julgados em que se aprecia a quebra de sigilo sem a observância da necessária e prévia ordem judicial, o STF tende a reconhecer a ilicitude da prova obtida. Nesse sentido, o fragmento do voto que se segue resume bem o posicionamento que o STF adota em relação esta exigência, com especial destaque para o fato de que neste feito a análise da Corte Constitucional se deu em torno de um caso de violação de segredo em correspondência eletrônica:

Contudo, no caso concreto a denúncia tem como suporte elementos de prova incontroversamente ilícitos. É que, ao se amparar com exclusividade no trabalho dos agentes fiscais, a denúncia indica como prova documentação sigilosa, que jamais poderia ter constado dos autos sem a devida autorização judicial. Todos os documentos nela citados, diga-se de passagem, são constitucionalmente protegidos pelo sigilo. Isto é, dando cumprimento a mandados de procedimento fiscal, os agentes empreenderam fiscalização nas filiais da Columbia Trading SIA e da Barci & Cia Ltda., em Itajaí, colhendo elementos que só poderiam ser obtidos mediante quebra de sigilo judicialmente autorizada. Com efeito, o que se verifica é que, sob o manto de um procedimento fiscal, os agentes lograram ‘extrair arquivos’ (doc. 03) e ‘reter documentos’ (doc. 04), em verdadeira operação de busca e apreensão, com o agravante de que, para tanto, não bastaria um simples procedimento fiscal, mas uma autorização judicial para apreensão de documentos sigilosos. Isso, porque referidos documentos são, em verdade, correspondências eletrônicas cuja reserva de sigilo se impõe por determinação constitucional (art. 5º, XII, CF). No entanto, a despeito da inviolabilidade garantida

Hungria ensina: “Há casos vários em que a lei autoriza, explícita ou implicitamente, a abertura da correspondência alheia, para conhecer-lhe o conteúdo. Assim, no caso de censura oficial, quando suspensa a garantia constitucional da inviolabilidade de correspondência; no caso da correspondência do falido, que deve ser aberta e lida pelo síndico, em defesa dos interesses da massa (art. 63, II, da (antiga) Lei de Falências); no caso da correspondência dos condenados presos, a qual deve ser aberta e lida pelo Diretor da prisão; no caso da correspondência do acusado de crime, conforme dispositivo do CPP (art. 240, f); no caso da correspondência de menores ou totalmente incapazes pode ser devassada por seus representantes legais ou pessoas a cuja guarda estejam confiados.” (Comentários ao Código Penal, vol. VI, Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 234).

⁷¹⁵A Lei Orgânica Geral Penitenciária da Espanha também autoriza o exame posterior do judiciário ao estabelecer restrição praticamente idêntica à mencionada no art. 41 da Lei de Execuções Penais brasileira. No art. 51.5 da LOGP figura que “*las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente*”.

constitucionalmente, a denúncia se ocupa em longas páginas a analisar e transcrever o conteúdo de correspondências eletrônicas. De fato, a exordial aborda correspondências privadas cujo sigilo, garantido constitucionalmente, foi violado sem autorização legal. Inevitável, portanto, a pecha da nulidade, já que 'são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, CF)'' (HC 103059 /SC, de 22 de março de 2010)

É certo que a questão, como anteriormente mencionada, não foi tratada ainda na seara trabalhista, mas não se pode olvidar que o STF sinaliza no sentido de emprestar à ordem judicial uma força que o TST parece não reconhecer no caso concreto ou dela se desvia ao enfrentar o tema primordialmente sob o viés do direito à intimidade, como adiante se verá⁷¹⁶. Concretamente, entretanto, é legítimo vislumbrar que o STF pode vir a reconhecer, em situações especiais, como nos casos em que os limites estejam implícitos nas relações de trabalho, a viabilidade do exame posterior ao controle das comunicações efetuadas pelo empregado, mesmo que em seus julgados até então só o faça quando a restrição tenha amparo em lei (constitucional ou recepcionada pela Constituição). E a tal conclusão se pode chegar, uma vez que o STF relativiza os direitos fundamentais dos trabalhadores no marco do contrato de trabalho⁷¹⁷ e, ademais, o poder diretivo do empregador, sustentáculo utilizado judicialmente para defender essas intromissões na esfera da personalidade do obreiro, se encontra descrito na Consolidação das Leis Trabalhistas, estando expressas nesta norma as faculdades de controle do empreendimento, subordinação jurídica do empregado e direção dos serviços, entre outras.

6. O empregador como titular do direito ao segredo das comunicações

Se é certo que nem a titularidade dos bens através dos quais o processo comunicativo é materializado, nem tampouco a natureza da comunicação, por si só, têm o condão de transmutar o empregador de sua condição de terceiro em relação ao processo comunicativo efetuado por seus empregados, não é, entretanto, incorreto dizer que possa o empregador, ainda que pessoa jurídica, ser titular do direito ao segredo das comunicações, sendo viável, inclusive, que titularize algumas comunicações perpetradas por seus empregados, em seu nome, no seio da empresa.

⁷¹⁶ Vide capítulo 5 deste estudo.

⁷¹⁷ Essa foi uma das nossas conclusões sobre a jurisprudência do STF em relação aos direitos fundamentais dos trabalhadores, conforme já visto no capítulo 2 deste estudo.

Iniciando pelo plano geral, no contexto espanhol, é forçoso reconhecer que na Constituição espanhola não há nenhum preceito similar ao que consta no art. 19.3 da Constituição Alemã, segundo o qual “*los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en tanto en cuanto por su naturaleza sean aplicables a las mismas*”. Todavia, através da jurisprudência do Tribunal Constitucional, inspirada na Lei Fundamental de Bonn, foi reconhecido que direitos fundamentais poderiam ter como titulares pessoas jurídicas. Dessa forma, pode-se citar, por todas, a STC 64/1988, de 12 de abril, que teve como relator o Exmo. Sr. Díez-Picazo y Ponce de León. Nesta decisão, ficou reconhecida em seu fundamento jurídico 1º, “*la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas de Derecho privado (...) siempre que se trate, como es obvio, de derechos, que por su naturaleza, puedan ser ejercitados por este tipo de personas*”.

De igual forma, como argumento de reforço, pode-se agregar que se depreende este reconhecimento de que pessoas jurídicas podem ser titulares de direitos fundamentais também a partir da previsão contida no art. 162.1, alínea b, da CE, que garante a estes entes legitimação para interpor recurso de amparo, desde que invoquem um interesse legítimo. Assim, como bem salienta Rodríguez Ruiz⁷¹⁸, ainda que não se deva confundir titularidade de direitos com legitimação para recorrer contra sua violação, o reconhecimento desta não deixa de ser um forte indício da existência da primeira.

Todavia, a matéria já não desperta muita cizânia doutrinária, diante do reconhecimento expresso pelo Tribunal Constitucional, por exemplo, que as pessoas jurídicas são titulares do direito à honra, conforme STC 139/1995 (FJ 5), na qual se declarou que “*el significado del derecho al honor, ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas*”, raciocínio que é reiterado na STC 183/1995 (FJ 2). No mesmo diapasão, também já se garantiu às pessoas jurídicas o direito à tutela judicial efetiva (art. 24.1 C.E) “*cuando el ordenamiento jurídico les reconoce capacidad para ser parte en los procesos,*”, por meio, dentre outras, das SSTC 241/1992, 91/1995, (FJ 2), 211/1996 (FJ 4), 237/2000 (FJ 2) e 175/2001 (FJ 8).

Assim, reconhecida a titularidade de direitos fundamentais por pessoas jurídicas, em especial quando sua titularidade seja necessária, ou, ao menos, conveniente, para a consecução de seu objeto social, o passo seguinte desta análise é

⁷¹⁸ *El secreto ...*, op. cit, pp. 164 e ss.

verificar se a natureza do direito ao segredo das comunicações autoriza que este seja exercitado por empresas (pessoas jurídicas).

No caso do segredo das comunicações, antes de uma apreciação definitiva sobre a possibilidade de titularização do direito por empresas, curial tecer considerações prévias sobre o entendimento do TC a respeito da aplicação às pessoas jurídicas de alguns dos direitos reconhecidos no art. 18 CE. O Tribunal Constitucional expressamente ainda não apresentou posicionamento sobre a compatibilidade entre a natureza do direito ao segredo das comunicações para fins de seu reconhecimento às pessoas jurídicas. Todavia, já prolatou decisões quanto ao direito à intimidade e ao direito à inviolabilidade de domicílio que são indicativas do caminho que a Corte Constitucional deve tomar em relação ao segredo das comunicações.

Em relação à intimidade, o TC assim se pronunciou: *“el derecho a la intimidad que reconoce el artículo 18.1 de la CE por su propio contenido y naturaleza, se refiere a la vida privada de las personas individuales..., sin que en principio las personas jurídicas... puedan ser titulares del mismo”* (ATC 257/1985, FJ 2º). E este entendimento se justifica pela interpretação bastante restritiva que dispensa o TC ao direito à intimidade, identificada com as zonas mais espirituais das pessoas físicas. Em sentido contrário, o Tribunal Constitucional não vê dificuldades em reconhecer às pessoas jurídicas o direito à inviolabilidade de domicílio, considerando que este não se restringe às pessoas físicas, *“siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas”* (STC 137/1985).

Rodríguez Ruiz⁷¹⁹ discorda do critério mantido pelo TC, ao ponderar que: *“pues si el derecho a la inviolabilidad del domicilio no es sino un aspecto del derecho a la intimidad, como bien asume el Tribunal, mal se comprende que las personas jurídicas puedan ser titulares del primero pero no del segundo”*. Acrescentando que a questão seria solucionada de forma distinta, ainda que ela não pareça crer em nenhuma reviravolta no entendimento hoje sedimentado pela Corte Constitucional, se o TC interpretasse o direito à intimidade como o controle sobre nossas zonas de retiro e segredo, que em termos abstratos o próprio TC assume em alguns julgados. Assim entende, tendo em vista que nada impede que pessoas jurídicas desfrutem de um direito ao segredo e, como afirma a autora, poder-se-ia argumentar o

⁷¹⁹ *El secreto..., op. cit., p.167.*

mesmo em relação ao retiro, aspecto que parece ter sido reconhecido pelo TC ao admitir a inviolabilidade de domicílio.

Todavia, considerando as premissas lançadas na STC 137/1985, em que se admitiu a inviolabilidade de domicílio, tudo leva a crer que, ainda que sem qualquer alteração a respeito da visão restritiva que dispensa ao direito à intimidade, o direito ao segredo das comunicações seja reconhecido pelo TC como aplicável às pessoas jurídicas⁷²⁰, em especial pelo fato de que o art. 18.3 CE é reconhecido como um direito de conteúdo formal e não material⁷²¹, como a intimidade, o que o distancia deste e o aproxima do direito tutelado através do art. 18.2 CE.

No mesmo sentido, é o escólio de Martín Morales, para quem o direito, indo além do que já foi dito aqui, deverá ser reconhecido às pessoas jurídicas independentemente de sua nacionalidade. Em termos expressos, diz o autor que *“la garantía del art. 18.3 C.E., por otra parte, se extiende también a las personas jurídicas extranjeras, siempre que éstas se ajusten a las prescripciones del derecho español”*.⁷²²

Nessa mesma linha, a doutrina do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)⁷²³, que também reconhece que as noções de “vida privada” e de “correspondência” do art. 8 do CEDH incluem tanto locais privados como profissionais (STEDH de 16 de fevereiro de 2000, assunto Amann), assim como as escutas realizadas em um sistema de comunicação interno (STEDH de 25 de junho de 1997, assunto Halford). A possibilidade de permitir uma intervenção nas comunicações, de acordo com a jurisprudência do TEDH deverá ser especialmente cuidadosa nos casos em que ao segredo das comunicações se agregue outro tipo de segredo, como o segredo profissional, em especial o que se dá entre advogado e cliente, mormente se a intervenção é de um telefone de advogado, pois, neste caso, muitas podem ser as

⁷²⁰ Dentre outras razões, pode-se chegar a esta conclusão quando se analisa o próprio Direito Penal espanhol, segundo o qual pode incorrer no delito de *descubrimiento y revelación de secretos* (arts. 197 a 201) aquele que viola o segredo das comunicações de uma empresa, na forma do art. 200 da Lei Orgânica n. 10/1995, vazado nos seguintes termos: *“lo dispuesto en este Capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cedere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código.”* Nesse mesmo diapasão, enfatizando que a legitimação das pessoas jurídicas na Espanha não é ilimitada, são os ensinamentos de Marc Carrillo, segundo o qual nem todos os direitos fundamentais (como, por exemplo, alguns dos direitos de personalidade) podem ter pessoas jurídicas como titular (Carrillo, Marc. *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 184).

⁷²¹ Este traço de conteúdo formal como agente facilitador da admissão do direito pelo TC às pessoas jurídicas é enfatizado por Elvira Perales, Ascensión, in *El derecho al secreto de las comunicaciones*, Madrid: Iustel, 2007.

⁷²² Martín Morales, Ricardo: *El régimen ...*, op.cit., p. 74.

⁷²³ Na mesma linha, Elvira Perales, Ascensión, in *El derecho al secreto de las comunicaciones...op. cit.*

repercussões e pessoas afetadas pela intervenção (STEDH de 25 de março de 1998, caso Koop⁷²⁴).

Não discrepa deste pensamento o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, que também reconheceu sem reservas o direito ao secreto de correspondência profissional, em especial aquelas entre advogados e seus clientes (STJCE de 18 de maio de 1982, A.M.S. vs. Comisión).

Por tudo quanto foi dito, parece bastante provável que haja o reconhecimento pelo Tribunal Constitucional espanhol do direito ao segredo das comunicações em favor de pessoas jurídicas⁷²⁵, em especial quando a pessoa física representa a pessoa jurídica, falando ou escrevendo uma mensagem em seu nome. Nestes casos, em que muitas vezes não se sabe sequer qual pessoa física representa a empresa, faz sentido considerá-la como parte no processo comunicativo, sendo, por consequência, titular da garantia do seu segredo.

Esse pensamento já ilustra os estudos mais recentes em matéria de segredo das comunicações, conforme se vê da leitura de Urbano Castrillo que textualmente consigna que *“sobre las personas jurídicas, solo cabe decir que su titularidad proviene de las comunicaciones que realizan las personas físicas de su organización, actuando en su nombre”*⁷²⁶. E esta situação é particularmente rotineira em alguns casos em que é utilizado o e-mail corporativo das empresas.

Vista esta mesma questão desde a perspectiva brasileira, cumpre dizer que não há no Brasil norma constitucional expressa a respeito da invocação dos direitos fundamentais no âmbito das pessoas jurídicas. Entretanto, de acordo com o texto da Constituição de 1988, não há dúvida que os direitos fundamentais alcançam as pessoas jurídicas, havendo alguns casos em que o próprio texto constitucional expressamente consigna a possibilidade de certos direitos fundamentais serem estendidos às pessoas jurídicas (é o caso do direito à não interferência estatal no funcionamento de associações -art. 5º, XVIII, e o de não serem elas compulsoriamente dissolvidas -art. 5º,

⁷²⁴ O Fundamento Jurídico 1º da referida STEDH dispôs expressamente: *“Para el Tribunal, se deduce de su jurisprudencia que las llamadas telefónicas que proceden y las que tienen como destino los locales profesionales, como es el caso de un despacho de abogados, pueden encontrarse incluidas en los conceptos de «vida privada» y de «correspondencia» contemplados en el artículo 8.1”*.

⁷²⁵ Rodríguez Ruiz acredita que, sobretudo no contexto das comunicações escritas, não haverá dificuldades para o reconhecimento do direito pelo TC, visto que, neste caso, o papel da pessoa física que escreve e lê em nome da pessoa jurídica é menos relevante que o da pessoa que mantém uma conversação telefônica. Todavia, apesar disso não vê como o direito não possa ser estendido também às comunicações orais, in *El secreto...*, op. cit., p. 168.

⁷²⁶ Urbano Castrillo, Eduardo de. *El derecho al secreto de las comunicaciones*. Ed. La Ley, Madrid, 2011, p. 146.

XIX, entre outros previstos na Constituição Brasileira, como a livre iniciativa, vista no capítulo anterior).

Em geral, doutrina e jurisprudência estão de acordo que os direitos fundamentais também se aplicam às pessoas jurídicas, ressaltando apenas que eles devem ser compatíveis com a natureza delas. Assim, desde logo, ficam excluídos da titularidade das pessoas jurídicas quaisquer direitos de personalidade que sejam inseparáveis da personalidade humana. A título de exemplo, é pacífico o direito das empresas ao direito de propriedade ou ao devido processo legal. Entretanto, não há vozes discrepantes na doutrina científica brasileira quanto à não admissão às pessoas jurídicas o direito à integridade física ou à liberdade de locomoção⁷²⁷. Em relação a este último direito, o próprio STF já se manifestou no sentido de não ser garantido às pessoas jurídicas. Nesse diapasão, foi a decisão prolatada no HC 92.921/BA⁷²⁸.

Entretanto, e especificamente na seara dos direitos da personalidade, têm sido muito raras as manifestações da jurisprudência constitucional em torno da possibilidade de serem titularizados por pessoas jurídicas. Em se tratando do direito ao sigilo de correspondência ainda não houve oportunidade de o STF expressamente consignar sua titularidade em favor de pessoas jurídicas. E tal ainda não aconteceu, a despeito de a doutrina científica uníssona se posicionar pela possibilidade de este direito ser a elas estendido.

É o que se colhe, entre outros, do pensamento de da Silva:

*A pesquisa no texto constitucional mostra que vários dos direitos arrolados nos incisos do art. 5º se estendem às pessoas jurídicas, tais como o princípio da isonomia, o princípio da legalidade, o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo da correspondência e das comunicações em geral, a inviolabilidade, a garantia ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada, assim como a proteção jurisdicional e o direito de impetrar mandado de segurança. Há até direito que é próprio da pessoa jurídica, como o direito à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e outros signos distintivos (logotipos, fantasias, p. ex.) (...).*⁷²⁹

Em síntese, se os titulares do direito ao sigilo de correspondência são o destinatário e o remetente de um determinado processo comunicativo, sendo viável

⁷²⁷ Por todos, cita-se Cavalcante Filho, João Trindade. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Encontrado no site http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade_Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em 22.08.2013.

⁷²⁸ HC 92.921/BA, 1ª Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Dje de 25.09.2008.

⁷²⁹ Da Silva, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.189.

que figurem as pessoas jurídicas nesta condição, ainda que suas ações sejam feitas através de pessoas físicas, não haveria razão para não serem titulares deste direito.

E desse entendimento, ainda que não tenha assegurado o direito no caso concreto (mérito) e se tratasse de uma decisão monocrática, não discrepou o STF na oportunidade que teve para se manifestar em torno da questão, já que na Ação Cível Ordinária 2055/DF, apreciando se ao transporte de mercadorias deveria ser estendido o direito ao sigilo das comunicações, o Tribunal apreciou a questão de fundo da demanda, no que superou o juízo a respeito da legitimidade da pessoa jurídica de pleitear em seu favor a titularidade do direito. De modo que, ainda que não se deva confundir titularidade de direitos com legitimação para recorrer contra sua violação e que no caso concreto o direito tenha sido, ao final, indeferido, abstratamente o STF parece admitir que pessoas jurídicas possam titularizar o direito ao sigilo de correspondência.

Vale reforçar, todavia, e como já dito, que se trata de uma decisão monocrática, de caráter precário (já que apreciava pedido de antecipação da tutela jurisdicional), que, por essas razões, não pode ser tomada em definitivo como expressão do pensamento do STF em torno da questão, mas que, somada ao entendimento da doutrina científica derredor da matéria, fornece suficientes indícios de que a jurisprudência constitucional brasileira tende a reconhecer que as pessoas jurídicas sejam titulares do direito ao sigilo de correspondência.

E esse posicionamento, ao que parece, é o mais consentâneo com uma realidade em que há e-mails corporativos que sequer levam o nome do obreiro, sendo o nome da empresa o único fator de identificação de um dos sujeitos do processo comunicativo, ou outros através dos quais as empresas oferecem serviços e produtos ao mercado, aspectos que serão detalhados a seguir.

6.1. Correios corporativos que não levam o nome do obreiro

Algumas empresas, em se tratando de e-mails corporativos, optam pela utilização de uma conta de nome genérico de um departamento ou seção (direitoconstitucional@us.es) ou ainda um correio criado a partir do nome do cargo ou função desempenhados na empresa (coordenadoradministrativo@engenhariacivil.com).

Em se tratando de correio que adote o nome genérico de um setor da empresa, difícil detectar qualquer irregularidade no controle realizado por parte desta, acrescentando, aqui, aos motivos antes já aduzidos para o controle, a motivação de

ordem comercial, já que as mensagens enviadas e recebidas terão como sujeito do processo comunicante necessariamente a própria empresa, através de um seu setor ou departamento, estando, neste caso, plenamente justificado o seu interesse no conteúdo, pelo que se defende a sua titularidade em relação à comunicação. Ademais, nesta situação, em regra, no mínimo todos os integrantes do setor ou departamento da empresa possuem senha de acesso para ingressar na caixa de correio respectiva, podendo-se afirmar que a expectativa de segredo por parte dos interlocutores empregados é muito baixa.

Quanto aos outros comunicantes, a única certeza objetiva que se tem nesses casos é que se estará tratando com alguém vinculado a um dado setor da empresa, alguém que se expressa em nome da empresa, sem qualquer expectativa de que a mensagem seja enviada ou recebida por algum empregado em particular (já que todos ou muitos do setor têm acesso à conta do correio), não havendo, em outras palavras, a vinculação à pessoa física com a qual mantém a comunicação, mas que não é a titular da caixa postal eletrônica. Desse modo, sequer seria legítimo dizer que, em um sentido técnico, a empresa não possa efetuar controle sobre a comunicação em que esta, repito, é receptora ou emissora da mensagem. Ou seja, a empresa aqui é parte no processo comunicativo, o que, por si só, invalidaria a condição de intromissão na comunicação efetuada, por não se tratar neste caso de um terceiro.

Ressalvada a mudança de instrumental, entendendo estarmos diante, a toda evidência, de situação similar àquela em que a empresa envia ou recebe uma correspondência postal em seu próprio nome, quando não há quem cogite sua exclusão do processo comunicativo⁷³⁰.

Reconhecido pela jurisprudência constitucional o seu direito ao segredo das comunicações, inviável negar neste caso ao titular do processo comunicativo que nele intervenha da forma que melhor lhe aprouver. A empresa, neste caso, repita-se, não se encontra na condição de terceiro, logo em termos conceituais não poderá violar o direito em questão ao efetuar controles, estabelecer limites, já que a intromissão ilícita no processo de comunicação não pode ser feita por um dos integrantes do mesmo, em face dos quais somente, caso o conteúdo da comunicação

⁷³⁰ É o que acontece com a enorme gama de correspondências postais e eletrônicas que as pessoas físicas e até jurídicas recebem diariamente de estabelecimentos bancários, instituições creditícias etc.. Se é praxe, entre as comunicações postais, em alguns casos, a ausência de assinatura nestas correspondências, também começa a se tornar usual este procedimento entre os que se valem das comunicações telemáticas, com o objetivo de espancar qualquer dúvida quanto à presença da empresa como integrante do processo comunicativo.

seja íntimo, pode ser cogitada apenas a lesão ao direito à intimidade⁷³¹, esta apenas, vale dizer, em relação ao interlocutor pessoa física, já que, de acordo com a jurisprudência constitucional, as empresas não seriam titulares do direito à intimidade.

Já em se tratando de correio em nome do cargo do empregado (chefedesetor@empresa.com), entendo que a solução a respeito da titularidade do e-mail já é distinta, mormente quando só o próprio trabalhador, durante o período que ocupa o cargo, tem acesso a essa caixa de correios, através de senha. Nesse sentido, a expectativa de segredo à qual já nos referimos anteriormente, e que não há na situação anterior, persistiria, ainda que o correio não tenha sido personalizado com o seu nome. Diferentemente da hipótese em que o e-mail adota o nome genérico de um setor da empresa, no atual caso só acede à caixa de correios, em regra, uma pessoa, havendo uma percepção de segredo muito maior que no correio em nome de setor ou departamento da empresa. Nesse sentido, não se vislumbra, ao menos com a clareza antes demonstrada, na empresa a titularidade da correspondência.

Destaque-se, todavia, que esse posicionamento deve ser relativizado, visto que quando a pessoa que titulariza o cargo deixa de exercê-lo, não pode ser considerada legítima a pretensão que busca a manutenção do segredo das comunicações que não são enviadas em seu nome, mas sim ao titular do cargo. O contrário, como salientado por Fernandez Esteban⁷³², citando jurisprudência do Tribunal Supremo, equivaleria a patrimonialização do cargo na empresa. Desse modo, se o empregado não mais exerce o cargo, os correios eletrônicos enviados para aquele endereço eletrônico não mais estariam sendo enviados para ele, mas para aquele que o sucedeu na função e enquanto esta permanecesse vaga, não temos dúvida em afirmar que titular do processo comunicativo seria a empresa que, em qualquer caso, será responsável pelos negócios pactuados, em seu nome, por aquele que exerceu o encargo.

⁷³¹ De qualquer sorte, ainda que, partindo-se de uma visão excessivamente garantista, não se entenda a empresa como parte integrante do processo comunicativo e sim o funcionário do setor que dela tome parte, a conclusão que se chega sobre a possibilidade de controle, realizando o teste de proporcionalidade, não seria distinta. Aqui o que justifica a restrição ao direito, muito mais que a destinação profissional para a qual se volta o e-mail, é a reduzida expectativa de segredo quanto ao conteúdo das mensagens que, nesses casos, é ainda menor que aquela existente em relação aos aspectos externos do correio eletrônico particular.

⁷³² Fernandez Esteban, Maria Luisa. “*Estudio ...*”. Aranzadi Civil, , nº 1, 2000. p. 1911.

6.2. Empresas em que o correio eletrônico é meio através do qual se oferecem os serviços e produtos no mercado

Com a evolução dos processos comunicativos, estes, em alguns casos, deixaram de ser meros meios para a execução de outras atividades, simples ferramentas de trabalho, para, em alguns casos, serem convertidos no verdadeiro mecanismo através do qual se oferecem os serviços e produtos no mercado, como se ocorrer com as atividades de telemarketing, agências bancárias e de viagem *on line* e outras tantas atividades que são hoje realizadas no plano exclusivamente virtual através de serviços de correios eletrônicos, a exemplo das empresas de consultoria por e-mail⁷³³, ou os portais de educação à distância, nos quais os professores recebem trabalhos escolares e tiram dúvidas dos alunos por e-mail. Aqui a mensagem eletrônica enviada equivale a um contrato (ou, ao menos, uma ordem de serviço) e a resposta da empresa é a aquiescência ao seu teor, quando não a própria prestação da obrigação pactuada. De forma que se é pacífico que os contratos firmados em seu nome pertencem à empresa, com igual razão, independentemente de quem seja o representante da mesma a atender e prestar o serviço pela via eletrônica, não se vislumbra que outro seja o titular da comunicação senão o próprio empreendedor.

Nesse diapasão, mesmo nos casos em que esta modalidade de atividade seja prestada através de um e-mail corporativo em que exista identificação da pessoa⁷³⁴ que receberá a mensagem em sua caixa postal⁷³⁵, ainda assim, quando nada, tratar-se-ia de hipótese de titularidade compartilhada⁷³⁶, uma vez que a empresa, sendo a

⁷³³ Este serviço de consultoria por e-mail, apenas para citar algumas empresas que mantém atividades tanto no Brasil quanto na Espanha, é realizado pelo grupo Santander, BBVA consultoria, Cielo, Buchmann consultoria, booking.com, entre outras.

⁷³⁴ É muito raro que nesses e-mails corporativos haja a identificação no endereço eletrônico da pessoa que o contesta. Geralmente, o destinatário é um nome geral da empresa ou de setor da mesma (no que, na prática, poderia ser tratada como a espécie anteriormente mencionada na letra “a” deste tópico), a exemplo do que ocorre nos seguintes endereços eletrônicos: customer.service@booking.com, accorhotels.reservation@accor.com, info@bbvaconsultoria.com. Entretanto, o que se quer chamar atenção, neste caso, é que, mesmo que haja a identificação do nome de um indivíduo responsável pela tarefa de prestar o serviço pela via do correio eletrônico, não estaria excluída a titularidade da empresa que, para fins legais, é quem presta o serviço.

⁷³⁵ Aqui, reforça-se a especificidade deste tipo de e-mail corporativo, uma vez que no nosso entendimento é incorreta a ilação segundo a qual o e-mail, apenas por ser corporativo, já teria na empresa um dos titulares do processo comunicativo. De forma que a titularidade empresarial da comunicação, neste caso, se dá em virtude da excepcionalidade típica deste meio específico de comunicação mencionado no tópico (correio eletrônico é meio através do qual se oferecem os serviços e produtos no mercado).

⁷³⁶ Há quem sustente que nesses casos, o verdadeiro emissor ou receptor é o empresário, sendo o trabalhador um remetente ou destinatário puramente mediato ou instrumental dos mesmos. Nesse sentido, leia-se estudo de Barros García, Mario, intitulado *Problemas derivados de la utilización del correo electrónico e internet em el ámbito laboral, in <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1235/documento/trib04.pdf?id=2029>*. Acesso em 22.02.2012.

responsável pela prestação do serviço contratado, é necessariamente destinatária da mensagem, ou, ao menos, co-destinatária.

Neste ramo de atividades, constitui a verificação do e-mail a única forma de averiguar as próprias transações comerciais efetuadas pela empresa. Dessa forma, rejeitar a titularidade compartida (quando a identificação do empregado consta no e-mail) equivaleria a negar a possibilidade de a empresa conhecer as diferentes nuances e vetores do próprio empreendimento, cuja álea corre exclusivamente para este. Ademais, vale reforçar, a análise do conteúdo das mensagens enviadas e recebidas é a principal, senão a única, forma de aferir a qualidade do serviço prestado. Assim, no âmbito comercial, sendo esta a única forma de contato entre a empresa e o cliente, o acesso ao conteúdo dessas mensagens seria absolutamente indispensável para a segurança do negócio jurídico, bem como para sua melhoria e perenidade, de forma que o empreendedor descubra suas falhas, variações do mercado (a partir das manifestações externadas pelos clientes) e do seu público consumidor do serviço.

Um aspecto que precisa, neste caso, ser esclarecido é se a existência de senha pessoal no e-mail utilizado para este fim seria a garantia técnica de segredo que o obreiro teria em relação ao seu empregador. A resposta, neste caso, é forçosamente negativa. E tal se dá, porque, como antes visto, a garantia técnica caracterizadora do segredo das comunicações se volta para sua proteção em face de terceiros estranhos ao processo comunicativo e, neste caso, em relação a este tipo específico de e-mail corporativo, a empresa é destinatária ou emissora, conforme o caso, da comunicação.

7. Análise comparativa do tratamento dispensado aos direitos previstos no art. 18.3 CE e art. 5º, XII da Constituição brasileira

Da leitura do quanto apreciado ao longo deste capítulo, é possível concluir que há uma enorme similitude entre a dicção dos arts. 18.3 da Constituição Espanhola e 5º, XII, da Constituição Brasileira a partir da interpretação que lhes foi dada pelos tribunais constitucionais.

A despeito da redação da norma garantidora se dar em parâmetros diferentes e pautada em signos bem distintos, observa-se que o alcance do direito é quase idêntico na visão dos tribunais. De um modo geral, pode-se assentar que, ainda que se trate de um direito autônomo, o segredo/sigilo de comunicações/correspondência constitui uma manifestação, ainda que mais concreta, do direito à intimidade. Este, que

constitui marco hermenêutico dos seus subdireitos, entre os quais se destaca aquele que é o objeto deste estudo, se volta, em uma sociedade democrática, à garantia da liberdade de ação pública que, sem embargo de dúvida, não se traduz, no plano real, se não lhe for garantida a liberdade de comunicação, que constitui o objeto de tutela do direito ao segredo das comunicações e que configura uma verdadeira prejudicial para o livre agir em sociedade.

No âmbito de cobertura, observa-se que estão tuteladas por ambas as normas as comunicações efetuadas por canal fechado à distância (telecomunicações), inclusive aquelas que ainda venham a ser criadas. A garantia do sigilo está na existência de garantia técnica (elemento que empresta autonomia ao segredo de comunicações) de que terceiros não poderão aceder ao processo de comunicação. Oportuno registrar que esta garantia não se caracteriza pela impossibilidade de acesso por terceiros, posto que não há telecomunicação absolutamente inviolável, mas pela existência de uma garantia objetiva de que o segredo somente será quebrado por uma ação consciente de terceiro, voltado para o acesso ao processo comunicativo.

No que tange à titularidade, a garantia, no que difere da intimidade, pode ser titularizada tanto por pessoa física quanto por pessoa jurídica. Entretanto, só serão seus titulares os agentes emissores e receptores do processo comunicativo, sendo irrelevante, para este fim, o fato de ser proprietário ou legítimo possuidor do objeto por meio do qual a comunicação é efetuada.

Dois significativas discrepâncias, todavia, podem ser vistas, as quais, a nosso juízo, refletem a falta de cientificidade que, por vezes, norteia alguns dos julgados das cortes constitucionais e uma certa inconsistência técnica da teoria que os pretórios adotam. No caso específico, como já dito em diversas oportunidades, a garantia do sigilo se dá por força da existência da garantia técnica. Apesar desse ponto pacífico na jurisprudência constitucional de ambos os tribunais, o TCE entende, creio que equivocadamente, que o segredo a que se refere o art. 18.3 CE pode se estender a certas circunstâncias, além da comunicação em sentido estrito, sendo possível, deste modo que a apropriação da correspondência alheia já recebida, aberta, lida e arquivada por seu destinatário *“atente también contra la impenetrabilidad de un proceso comunicativo que, en principio, en lo temporal, ya había fenecido, y, en lo material, había salido ya del cauce que garantizaba constitucionalmente su secreto.”* (ATC 30/1998 e em igual sentido, STC 123/2002). Neste ponto, parece bem mais coerente, por respeitar a nota que empresta autonomia ao direito ao sigilo de

correspondência (garantia técnica do sigilo) a leitura algo restritiva do STF quando afirma que *“a distinção é decisiva: o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida”* (RE 219.780/PE).

Em sentido diametralmente oposto, novamente quando se enfrenta a garantia técnica do segredo, o outro ponto de cizânia entre os entendimentos desposados pelos tribunais constitucionais aponta para um acerto do Tribunal Constitucional espanhol no enfrentamento do âmbito de cobertura do direito.

De fato, considerando que o segredo é violado quando o processo comunicativo sofre uma intervenção a partir de ação consciente de terceiro, é incoerente o entendimento do STF de que haveria intromissão no direito quando um dos interlocutores permite a escuta/controla por um terceiro, intromissão que estaria justificada, não se traduzindo em violação do direito, quando aquele que facilitasse o acesso corresse risco de ter um seu direito violado. No plano científico, acertado o entendimento do TC espanhol quando aduz que a definição de segredo implica que o art. 18.3 CE não cobre o conteúdo das comunicações à distância frente à outra parte integrante do processo, nem tampouco frente a um terceiro a quem uma parte dê acesso ao teor da comunicação sem que este tenha tido necessidade de interceptá-la (STC 114/84, FJ 7º). Ou seja, à luz do direito ao segredo das comunicações não está imposto às partes um dever de reserva sobre o comunicado, que pode ter seu teor compartilhado com outras pessoas que não são emissores ou receptores da mensagem. Todavia, os comunicantes estão protegidos contra a interferência de terceiros, que sejam alheios ao processo comunicativo, mesmo que um dos integrantes da comunicação autorize a intervenção.

Daí que se vislumbra um acerto e um erro no desenvolvimento do direito por cada Tribunal. Se, no plano da ciência do direito, age com correção o STF ao não garantir a extensão do direito ao sigilo dos dados, mas apenas ao processo de comunicação de dados, interpreta de forma equivocada e incoerente quando considera coberta pelo direito previsto no art. 5º, XII, comunicação cujo teor é revelado por integrante do processo comunicativo que, deliberadamente, exclui a garantia técnica.

Já no que tange à possibilidade de imposição de limites ao direito (âmbito de proteção), observa-se que na Espanha existe reserva de lei para regulação de restrições genéricas, na medida em que o desenvolvimento do direito fundamental tem que se dar por lei, ainda que nem toda restrição tenha que estar respaldada por uma lei (sem prejuízo do que estabelece a esse respeito o TEDH), ao passo que no Brasil, seu

ponto de partida está tanto em previsão específica do art. 5º, XII, quanto em estipulação geral, decorrente do princípio geral de reserva legal.

Assim, ainda que muito se tenha discutido no Brasil, a respeito da possibilidade de o legislador estabelecer outros limites ao sigilo das comunicações, que fossem além das comunicações telefônicas, o caráter relativo (mandato de otimização) dos direitos fundamentais e a reserva legal geral prevista no art. 5º da Constituição brasileira tornam bizantina esta questão, já que, na prática, nada impede, como de fato não impediu na Lei 9296/1996 – reconhecida como constitucional, que o legislador regule, concretizando, todos os direitos fundamentais, em especial nas situações de conflitos com outros bens ou direitos constitucionalmente tutelados. Assim, salvo alguma questão de ordem formal (v.g. a exigência de lei orgânica no art. 55 da CE, enquanto que no Brasil a regulação pode se dar por lei ordinária) são meramente cosméticas as distinções verificadas, havendo, também quanto a este aspecto, similitude no que se refere à atuação limitadora de direitos fundamentais por meio do Poder Legislativo.

No que concerne à restrição concreta que pode ser imposta pela via judicial, malgrado se reconheça um distanciamento entre os textos constitucionais, já que o dispositivo constitucional espanhol apresenta como requisito a ordem judicial prévia para intromissão nos processos comunicativos, e a constituição brasileira apresenta este requisito apenas em relação às comunicações por telefone, verifica-se, na prática, que o tratamento atualmente dispensado pelos Tribunais Constitucionais de ambos os países às suas normas constitucionais é similar, já havendo, outrossim, tanto no Brasil quanto na Espanha leis gerais que indicam os requisitos que devem ser observados na ordem judicial.

Por fim, e em tempo, ainda que se reforce que a matéria não foi enfrentada na seara trabalhista em nenhum dos países, o fato de que o TC Espanhol reconhece de maneira firme em sua doutrina a matização dos direitos fundamentais nas relações de emprego, havendo indícios de que este entendimento também seja acolhido pelo STF e a aceitação, por este último, de controle judicial *a posteriori* em casos excepcionais (quando a restrição tenha amparo em lei), permitem ao intérprete acreditar que a existência de ordem judicial prévia, em ambos os ordenamentos jurídicos, não integra o conteúdo do direito em questão. Nesse sentido, a partir dessas premissas, é legítimo crer que, ainda que a existência de ordem judicial prévia deva continuar sendo a regra para a restrição concreta ao direito, a realização de controle judicial posterior ao

ato de intromissão no processo comunicativo na relação de trabalho tenderá a ser admitido por ambos os tribunais, como já sinalizou o Tribunal Constitucional espanhol na STC 241/2012, em situações excepcionais, em concreto na hipótese em que esta esteja implícita no contrato de trabalho, ou quando a intromissão seja imprescindível para a satisfação de interesses empresariais legítimos para o desenvolvimento regular da atividade da empresa.

CAPÍTULO 5 - O TRATAMENTO DO CONTROLE DOS E-MAILS DOS EMPREGADOS NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS TRABALHISTAS BRASILEIROS E DAS SALAS DO SOCIAL DOS TRIBUNAIS ESPANHÓIS E ALGUNS APORTES DE DIREITO COMPARADO

1. Introdução

Até este ponto no presente estudo, e em linhas gerais, pode-se ver a atuação dos Tribunais constitucionais brasileiro e espanhol no que se refere à aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, com uma discreta ênfase na questão trabalhista (mais viável no modelo espanhol onde a casuística é mais rica), bem como no que tange ao trato de cada um dos direitos fundamentais que se conflitam.

Entretanto, salvo algumas referências isoladas, não se deu voz aos posicionamentos, em relação ao controle pelo empregador do correio eletrônico usado pelo trabalhador, adotados pelas Cortes de Justiça, especializadas em matéria laboral, na Espanha, as salas do social de seus tribunais e, no Brasil, os órgãos da Justiça do Trabalho.

Nesse sentido, a partir dos tópicos seguintes serão apresentadas as principais referências e doutrinas das Cortes acima mencionadas no Brasil e na Espanha, que adotaram posições muitas vezes distanciadas, a despeito da similitude das normas que envolvem a matéria em ambos os países, bem como os casos concretos que poderão motivar os futuros pronunciamentos dos tribunais constitucionais destes países. Começaremos, desta vez, analisando o caso brasileiro.

2. O controle dos e-mails na Justiça Trabalhista brasileira. Os equívocos das construções do TST. Estudo a partir dos casos HSBC, SHERATON, DATAPREV, ESSO, BRASIL TELECOM e UNIESC

Como já se mencionou anteriormente nos capítulos antecedentes deste estudo, é assente na jurisprudência constitucional brasileira que o contrato de trabalho e os direitos fundamentais sofrem influência mútua durante o liame empregatício. De modo que se é verdade que existe uma prevalência da norma constitucional sobre o teor do pacto laboral, admitindo-se tacitamente que os direitos fundamentais são limites ao quanto firmado no contrato de trabalho, forçoso reconhecer, de outra banda, que o

negócio jurídico, embora seja matizado por aqueles, também tem o condão de relativizá-los no marco da relação de trabalho.

Também já se viu que, de acordo com a jurisprudência constitucional firmada pelo STF, o direito tutelado no art. 5º, XII, se volta para a proteção do processo comunicativo, que, em princípio, somente pode sofrer interferência através de ordem judicial fundamentada nos parâmetros estabelecidos em lei, não tendo maior relevância, para a configuração e titularidade do direito, a propriedade do bem através do qual se dá a comunicação, nem tampouco, em princípio, o fato de, no caso do e-mail, este se dar pelo instrumento pessoal ou corporativo. Apenas é possível cogitar-se, a partir de sua doutrina, que o liame laboral possa funcionar, com base nas expressas referências da CLT, como limite restritivo ao exercício do direito e à exigência de ordem judicial como única forma de controle do processo comunicativo.

Situadas em linhas breves os principais pilares da jurisprudência constitucional que configura o entorno da questão central esculpida neste trabalho, necessário admitir que ela praticamente não encontra reflexo no pensamento adotado pelo TST a respeito do uso do correio eletrônico no ambiente de trabalho. De fato, como particularidade, o TST enfrenta a matéria literalmente ignorando as bases indicadas pelo STF a respeito desta questão que tem matiz constitucional. E não se trata de uma negação dos parâmetros da Corte Constitucional, uma vez que o TST sequer apresenta argumentos voltados a combater os pilares traçados pelo STF, construindo, por assim dizer, uma doutrina própria, singular em seus erros e acertos e que, pelas razões antes declinadas (raramente estas matérias são admitidas para apreciação pelo STF), na maior parte das vezes, termina por ser a última leitura a respeito da matéria. Ademais, esse posicionamento dissonante, talvez pela recorrência com que enfrenta a matéria (em especial em relação aos e-mails corporativos), já começa a gerar outros efeitos deletérios, na medida em que seus julgados já influenciam outras esferas de poder⁷³⁷, sendo, como posteriormente será estudado, a principal fonte de iluminação dos integrantes do congresso nacional brasileiro no momento de elaboração de projetos de lei derredor do tema.

⁷³⁷ Reflexos diretos da jurisprudência do TST podem ser sentidos nos projetos de lei que tramitam (PL 1429/2011 e PL 7352/2010) e já tramitaram no congresso nacional a respeito do tema (PL 3893/2008). Em apertada síntese, pode-se dizer que as exposições de motivos destas proposições legislativas utilizam como ponto de partida para a enumeração da norma argumentos que convergem ou divergem da doutrina do TST, que assume, em todos os três casos, papel central nas discussões legislativas, em uma espécie de inversão de valores, já que não é a lei que norteia a decisão judicial, mas esta que serve de base para o projeto de norma.

Assim, para tornar mais clara a posição adotada pelo TST, passo agora a enumerar os mais significativos casos em que a questão foi enfrentada por aquela corte, separando, por razões metodológicas, as situações em que a aprecia o controle sobre o uso do e-mail corporativo daqueles raros casos em que aprecia a fiscalização em torno dos e-mails pessoais dos trabalhadores no ambiente de trabalho.

2.1. A fiscalização sobre os e-mails corporativos

Como já fora retro mencionado, a sedimentada doutrina do TST a respeito das possibilidades de fiscalização sobre o uso do e-mail se deve a demandas em que se apreciou a licitude de provas obtidas por meio de controles instituídos nos e-mails corporativos dos empregados das empresas. Entretanto, a despeito de a matéria ser revolvida regularmente, a jurisprudência não foi construída paulatinamente, mas a partir do que a Corte entendeu no primeiro caso analisado pelo TST (caso HSBC), tendo os julgados supervenientes esclarecidos apenas alguns raros pontos que não teriam sido tratados naquele feito.

2.1.1. O caso HSBC

Ainda que o STF não tenha se pronunciado sobre a possibilidade de controle pelo empregador do correio eletrônico do empregado, na última década, o TST já foi instado a se pronunciar em algumas oportunidades a respeito deste tema, já sendo viável apresentar alguns lineamentos do que seria a jurisprudência deste tribunal derredor da matéria. Em 2005⁷³⁸, no doravante chamado “caso HSBC”, a 1ª turma do TST reconheceu o direito do empregador de obter provas para justa causa com o rastreamento do e-mail corporativo do empregado. Trata-se do primeiro caso em que o TST buscou sistematizar a matéria, em voto bastante analítico que apreciou a matéria, inclusive, valendo-se de experiências do direito comparado.

Neste feito em que se apreciava a licitude da conduta de empregador que investigou o e-mail do obreiro depois de tomar conhecimento de que este enviava pelo correio funcional fotos pornográficas a seus companheiros, o TST entendeu que o controle formal e material sobre envio e recebimento de mensagens poderia se dar de forma “*moderada, generalizada e impessoal.*” Acrescentou o relator no voto vencedor

⁷³⁸ A decisão acima mencionada é de 18/05/2005 (AIRR 613/2000-013-10.00-7).

que tal intromissão se justificava apenas para evitar abusos, na medida em que poderiam vir a causar prejuízos à empresa. Asseverou-se, ainda, que o e-mail fornecido pela empresa (verdadeira propriedade do empregador na dicção do voto⁷³⁹) teria natureza jurídica equivalente a uma ferramenta de trabalho, destinada a uso profissional, não podendo servir para fins estritamente pessoais, sendo admitida a sua utilização comedida apenas quando observados a moral e os bons costumes.

Outro aspecto relevante na construção do pensamento vencedor neste feito consistiu no fato de que se entendeu que os postulados da boa fé e da lealdade, informativos da teoria geral dos contratos, inibiriam qualquer raciocínio favorável à utilização dos equipamentos do empregador para fins moralmente censuráveis, ainda que omissa o contrato a respeito da forma de utilização dos e-mails corporativos, já que, no caso concreto, a empresa não tinha regulamentação a respeito de como deveria ser efetuado o uso do correio eletrônico.

A senha pessoal ou chave de acesso ao e-mail, por seu turno, não foi vista como uma forma de proteção para evitar que o empregador acesse ao conteúdo das mensagens, mas, antes, como um instrumento de proteção do próprio empregador, a fim de que terceiros não tenham acesso às informações, muitas vezes confidenciais, da empresa.

Diante da omissão de normas específicas e expressas da legislação brasileira a tratar sobre o tema, valeu-se o Ministro João Oreste Dalazen de exemplos ocorridos em outros países, enfatizando a legislação do Reino Unido sobre a matéria (RIP - *Regulamentacion of Investigatory Powers Act*), por ser considerada, nos termos da fundamentação do voto, a norma mais evoluída nesta área. Outrossim, também funcionou como norte da decisão a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, de onde são retirados diversos precedentes⁷⁴⁰, para, ao final, concluir que os direitos constitucionalmente assegurados à privacidade e ao sigilo das comunicações dizem respeito apenas à comunicação estritamente pessoal, sendo garantido no e-mail

⁷³⁹ A relevância para o fato de o empregador ser o proprietário do bem pode ser comprovada, entre outros, no seguinte trecho do acórdão: “sendo o e-mail corporativo propriedade da Empresa, meramente cedido ao Empregado para fins corporativos, o Empregador poderá exercer controle tanto formal como material (conteúdo) das mensagens que trafegam pelo seu sistema operacional”.

⁷⁴⁰ Foram indicados, entre outros os precedentes *O’Connor v. Ortega*, *Smyth v. Pillsbury Co.* e *Bourke vs. Nissan Motor Corporation*, havendo expressa referência à doutrina da razoável expectativa de privacidade (*expectation of privacy*), adotada pela Suprema Corte americana nestes casos. Vale mencionar que o próprio relator textualmente parece adotar esta teoria, no que se aparta totalmente das construções do STF, conforme se colhe do fragmento: “não diviso razoável expectativa de privacidade do empregado na utilização de e-mail corporativo fornecido pela Empresa.”

particular, no qual seria vedado o controle do conteúdo das mensagens telemáticas, mas negado ao e-mail corporativo, que é comparado à correspondência enviada com papel timbrado da empresa.

Seja pela extensão dos debates ou da pesquisa empreendida pelo Ministro Relator, este caso, desde então, vem sendo considerado como o verdadeiro *leading case* do TST a respeito do tema, de modo que os pronunciamentos que se seguiram, ainda que em diferentes proporções, tendem a reproduzir algumas das ideias sistematizadas neste acórdão, agregando alguns poucos novos argumentos que resultem da análise do caso concreto.

2.1.2. O caso SHERATON

Neste segundo feito (AIRR 1640/2003-051-01-40-0, de 24 de outubro de 2008), em que a matéria foi enfrentada de forma mais sintética pelo fato de o acesso ao e-mail corporativo não ter sido o único fundamento do recurso (o outro seria a ilicitude de gravações de diálogos entre o obreiro e outra empregada da empresa através da qual a empresa buscava comprovar a existência de assédio sexual), o TST admitiu e considerou válidas provas obtidas (imagens de conteúdo pornográfico) através do acesso ao correio eletrônico funcional do empregado como fundamento para justificar a má conduta do obreiro, justificativa de sua demissão por justa causa.

Como peculiaridade em relação ao caso HSBC, o obreiro, ao postular a ilicitude na obtenção da prova, enfatizou que as mensagens de conteúdo erótico não teriam sido enviadas pelo empregado, mas tão somente recebidas em seu correio eletrônico corporativo.

O relator do feito, Ministro Vieira de Mello Filho, ao negar provimento ao agravo, destacou, registrando anterior posicionamento do TST, que o e-mail corporativo é considerado juridicamente ferramenta de trabalho fornecida pelo empregador ao empregado, razão pela qual este deve utilizá-lo de forma adequada, visando à eficiência no desempenho dos serviços.

Assim, sustentou que a conduta empresarial não constituiria violação ao art. 5º, X e XII, da Carta Magna, uma vez que caberia ao empregador suportar os riscos da atividade produtiva, zelando pelo correto uso dos meios que proporciona aos seus subordinados para o desempenho de suas funções. Por fim, a despeito da expressa referência ao direito ao sigilo de correspondência (combinado com o direito à

intimidade), a conclusão da ementa do acórdão é no sentido e que não haveria de cogitar, no caso concreto, em ofensa ao direito de intimidade do trabalhador⁷⁴¹.

2.1.3. O caso DATAPREV

Em 26 de novembro de 2008, a 7ª turma do TST negou provimento a agravo de instrumento em recurso de revista (AIRR 1649/2001-001-03-00.7) que também versava sobre o uso do correio eletrônico no ambiente de trabalho. No mérito do apelo principal, o reclamante pretendia anular a pena de suspensão de 05 dias aplicada pela empresa DATAPREV por esta ter aberto a sua caixa de correios eletrônicos e detectado que o obreiro havia utilizado o correio corporativo para fins de enviar mensagens pornográficas.

Neste caso, que não discrepou em suas conclusões da jurisprudência antes apresentada, inclusive enfatizando a possibilidade de a empresa ser responsabilizada pelos atos de seus empregados em serviço⁷⁴², o diferencial esteve no fato de o relator, Ministro Pedro Paulo Manus, ter enfatizado que o uso inadequado do correio corporativo encontrava previsão expressa na norma interna da empresa, restando caracterizado, assim, o seu descumprimento pelo obreiro. Textualmente aduziu, para refutar a tese autoral, que: *“não se trata de ingerência à vida privada do empregado, mas sim desrespeito a norma interna da empresa que, expressamente, proíbe o uso de correio eletrônico corporativo para divulgar material pornográfico”*.

Ou seja, sem discrepar da jurisprudência anteriormente firmada, a nota de acréscimo esteve na admissão de que é legítima a regulação do uso de correio eletrônico corporativo no ambiente de trabalho por meio de norma interna imposta unilateralmente pelo empregador.

⁷⁴¹ “AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - E-MAIL CORPORATIVO - ACESSO PELO EMPREGADOR SEM A ANUÊNCIA DO EMPREGADO - PROVA ILÍCITA NÃO CARACTERIZADA. Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, o e-mail corporativo ostenta a natureza jurídica de ferramenta de trabalho, fornecida pelo empregador ao seu empregado, motivo pelo qual deve o obreiro utilizá-lo de maneira adequada, visando à obtenção da maior eficiência nos serviços que desempenha. Dessa forma, não viola os arts. 5º, X e XII, da Carta Magna a utilização, pelo empregador, do conteúdo do mencionado instrumento de trabalho, uma vez que cabe àquele que suporta os riscos da atividade produtiva zelar pelo correto uso dos meios que proporciona aos seus subordinados para o desempenho de suas funções. **Não se há de cogitar, pois, em ofensa ao direito de intimidade do reclamante**” (este último destaque não consta no original).

⁷⁴² Há, inclusive, citação expressa do caso HSBC no voto vencedor figurando na fundamentação do acórdão.

2.1.4. O caso ESSO

Nesse processo, o TST enfrenta o tema em sede de recurso de revista (RR 996100-34.2004.5.09.0015, de 20 de fevereiro de 2009), no qual o obreiro, alegando a quebra do sigilo de sua correspondência eletrônica, reiterou pleito de indenização por danos morais, antes formulado perante as demais instâncias da Justiça do Trabalho. A empresa justificou o controle do e-mail do obreiro, sob o fundamento de que suspeitava que o empregado enviava mensagens pornográficas e de piadas através do correio eletrônico funcional, o que seria incompatível com a destinação deste instrumental de trabalho. Mais uma vez, o TST, através do voto vencedor do Ministro Ives Gandra Martins Filho, salientou que se o meio de comunicação é institucional, não existe violação de sigilo de correspondência pela própria empresa, de maneira que, se o trabalhador desejar que o sigilo seja garantido, deverá criar o próprio e-mail em sistemas universais (como gmail, hotmail, igmail, terra, bol etc.), donde se pode concluir que para o TST o e-mail protegido constitucionalmente é apenas o pessoal. Veja-se fragmento do acórdão em que o Ministro Relator expõe seu posicionamento:

(...) 4. Assim, se o "e-mail" é fornecido pela empresa, como instrumento de trabalho, não há impedimento a que a empresa a ele tenha acesso, para verificar se está sendo utilizado adequadamente. Em geral, se o uso, ainda que para fins particulares, não extrapola os limites da moral e da razoabilidade, o normal será que não haja investigação sobre o conteúdo de correspondência particular em "e-mail" corporativo. Se o trabalhador quiser sigilo garantido, nada mais fácil do que criar seu endereço eletrônico pessoal, de forma gratuita, como se dá com o sistema "gmail" do Google, de acesso universal.

Desta forma, reforça-se a ideia de que não há proteção para o obreiro que usa e-mail corporativo frente ao empregador, estando a garantia do art. 5º, II da CF brasileira limitada ao correio eletrônico pessoal.

Nessa esteira, julgados de primeira instância da Justiça do Trabalho e acórdãos dos Tribunais Regionais do Trabalho que se sucederam a estes *leading cases* têm reiterado esse posicionamento externado pelo TST⁷⁴³, sendo infrequentes aqueles

⁷⁴³ Recentemente o TST proferiu decisão relativa aos limites entre o poder diretivo do empregador e o respeito à privacidade do empregado (TST-RR-183240-61.2003.5.05.0021, julgado em setembro/2012 pela 2ª Turma). Muito se falou na mídia brasileira a respeito de uma possível mudança de entendimento deste Tribunal no que tange ao direito de acesso ao correio eletrônico do empregado, sinalizando que o e-mail corporativo somente não estaria protegido pelo sigilo de correspondência quando o uso pessoal estivesse vedado totalmente pela empresa. Tal se deu em virtude de uma citação da decisão do acórdão do Tribunal Regional recorrido (TRT da 5ª Região), no sentido de que “à luz do art.5º, inciso XII, da Carta Magna, a fiscalização sobre equipamentos de computador, de propriedade do empregador, incluído o correio eletrônico da empresa, podem ser fiscalizados, desde que haja proibição expressa de utilização

feitos em que a questão tem merecido uma reflexão mais detalhada ou que discrepam do pensamento dominante em torno da matéria⁷⁴⁴.

2.2. Fiscalização sobre o correio eletrônico pessoal acessado no ambiente de trabalho. Os casos BRASIL TELECOM e UNIESC

Como se viu, ainda que se possa criticar as bases em torno das quais foi construída a jurisprudência do TST sobre o e-mail corporativo, há de se reconhecer que, corretos ou não, esses pilares existem.

Entretanto, pela mais rara casuística, torna-se mais difícil sinalizar o pensamento do TST para a situação em que o empregado se vale do e-mail pessoal como meio de comunicação, já que os julgados anteriores se limitam a apontar que estariam protegidos pelo direito tutelado pelo art. 5º, XII, da Constituição, mas sem

para uso pessoal do equipamento, nos regulamentos da empresa". Entretanto, esta citação, embora a decisão tenha transitado em julgado, não reflete o entendimento do TST. No o caso dos autos a análise recaí sobre dois pontos distintos: a) licitude de acesso do empregador a armário fechado com chave concedido ao empregado; b) licitude de acesso do empregador ao correio eletrônico do empregado. Quanto à primeira questão, o TST entendeu que *"houve dano moral, eis que houve "o arrombamento do seu armário, ainda que através de chaveiro, sem sua autorização"* Desse modo, ficou demonstrado nos autos pelo reclamante que a empresa excedeu seu poder diretivo a ponto de gerar dano moral, pois a empregadora permitiu ou perpetrou o arrombamento do armário do autor, *"sem conhecimento ou consentimento, em sua ausência, pois estava inclusive a serviço da empresa, tendo o empregador acesso aos seus dados pessoais, podendo inclusive copiá-los, além de ter acesso indevido a objetos particulares"*. Todavia, com relação ao conteúdo do correio eletrônico, não houve mudanças no entendimento do TST. Consta no aresto sobre análise que *"esta Corte, por ocasião do julgamento do RR 9961/2004-015-09-00.1, de relatoria do Ministro Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, DEJT 20/02/2009, já se manifestou no sentido de que, ao contrário do correio eletrônico corporativo, o e-mail pessoal do empregado tem a proteção constitucional da inviolabilidade da correspondência, o que é o caso dos autos, já que o acórdão consignou que houve "violação de sua correspondência pessoal; inclusive correio eletrônico e dados pessoais"*. Assim, ainda que inadvertidamente alguns tenham dito que este acórdão inaugura uma nova vertente no TST, remanesce o entendimento da Alta Corte Trabalhista no sentido de que a empresa tem direito de acesso ao correio corporativo, já que neste caso não haverá expectativa de privacidade, diferentemente do correio pessoal, onde há proteção constitucional garantida (este posicionamento foi confirmado no mais recente AIRR 476-79.2010.5.09.0594, publicado em março de 2013).

⁷⁴⁴ Essa situação rara de uma decisão que discrepa da jurisprudência do TST se verificou em acórdão da 6ª Câmara do TRT da 15ª Região que julgando o processo 0047400-68.2008.5.15.0072, considerou *"inválida a prova produzida nos autos a fim de comprovar a justa causa aplicada ao obreiro, isso porque a prova é fruto da invasão da privacidade do reclamante – fato esse que vicia as ulteriores provas produzidas nos autos –, bem maior a ser tutelado, e tenho como inadmissível a possibilidade de controle do e-mail corporativo pelo empregador"*. O magistrado ressaltou ainda que, *"como agravante, no caso concreto, não há prova robusta de que o autor foi devidamente cientificado – e especificamente – da possibilidade do monitoramento, e em que condições isso ocorreria, o que menciono fazendo abstração do fato de que, a meu aviso, nem que tal houvesse acontecido, seria possível a devassa"*. Ao final, discrepando da posição do TST, o Desembargador relator posicionou-se no sentido de que *"não há ser tolerado monitore o empregador o e-mail corporativo de seus empregados (o pessoal, então, nem pensar, é algo totalmente fora de propósito!), pois tenho que, conquanto o dador de serviço tenha todo o direito de disciplinar a questão da utilização do e-mail no ambiente de trabalho, visando salvaguardar seus interesses, isso não lhe confere o direito de vasculhar a correspondência eletrônica de seus empregados. Disciplinar é uma coisa; vasculhar, outra, por óbvio. Aquela é lícita; esta, absolutamente não!"*.

detalhar a extensão desta proteção, nem tampouco detalhá-la dentro do contexto da relação de trabalho. Assim, no sentido de esclarecer este aspecto pouco enfrentado pela doutrina no Brasil, a seguir será feita uma análise dos dois recursos em que o TST analisou a matéria de forma um pouco mais analítica, buscando deles extrair a sua doutrina a respeito da temática.

Diante do reduzido quantitativo de demandas que envolveram até então o exame pelo TST da licitude dos controles efetuados pelos empregadores em correios particulares de seus empregados e da superficialidade com que a questão usualmente é tratada, havendo sempre muitas referências e extensas citações do caso HSBC, em detrimento de uma análise mais detalhada dos novos casos e de suas singularidades, estas duas demandas judiciais ajudam a compreender a visão do TST sobre o uso do e-mail particular no ambiente de trabalho.

Iniciando pelo caso BRASIL TELECOM (AIRR-3.058/2005-013-09-40.0, de 22 de maio de 2009), neste a empresa considerou falta grave o uso do e-mail pessoal durante a jornada de trabalho para fins estranhos ao trabalho, penalizando o obreiro com a demissão por justa causa. Examinando a licitude da penalidade imposta, o TST considerou que o envio de mensagens pessoais por correio eletrônico não configura falta grave, em especial quando não há política clara da empresa quanto à limitação do uso do correio eletrônico para este fim. Neste mesmo feito, a relatora considerou que a obtenção da prova (controle pelo empregador sem ordem judicial) se deu de forma ilícita, conforme se afere dos seguintes fragmentos:

Compulsando o caderno processual, verifica-se que a dispensa por justa causa aplicada ao Reclamante, de acordo com a informação trazida com a contestação da 1ª Reclamada (CBCC - Participações S/A), decorreu do envio de mensagens eletrônicas não relacionadas ao seu trabalho para pessoas da sua relação de emprego, restando esclarecido em audiência de instrução que em uma ocasião houve ofensa a honra e boa fama de superior hierárquico, enquadrando-se na hipótese prevista no art. 482, 'k', da CLT.

*Entretanto, ainda que o empregador possa tipificar a justa causa para fins de resolução do contrato de trabalho, não se afasta a posterior averiguação pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF), levando-se em conta o princípio da razoabilidade e a gravidade do ato praticado pelo empregado, o que não restou comprovado no caso subjudice, uma vez que **a suposta ofensa perpetrada pelo empregado teria ocorrido através de e-mail particular** (conta no Yahoo, fls. 723/724), não passível de acesso por parte do empregador (art. 5º, LVI, CF), **inexistindo qualquer elemento nos autos que demonstre a prévia***

ciência do Reclamante quanto à suposta proibição de utilização de correio eletrônico para tratar de assuntos pessoais. (Negritamos).

Essas premissas são parcialmente ratificadas no caso UNIESC (AIRR-426540-10.2007.5.12.0036, de 25 de agosto de 2010), no qual se enfatiza ilicitude de prova obtida em desrespeito ao que consta no art. 5º, XII, da Constituição Brasileira (controle realizado pelo empregador igualmente ao caso anterior se deu sem ordem judicial). Textualmente, consigna o relator que:

A jurisprudência somente vem admitindo a possibilidade de o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em e-mail- corporativo. Ocorre que no presente caso, os documentos das fls. 107/119 não foram extraídos do e-mail corporativo, pois trata-se de monitoramento de conversas de e-mail de uso pessoal. Saliento que o e-mail pessoal ou particular do empregado desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade, sendo ilícitas as provas por ele obtidas.

Como se vê, ainda que os casos de enfrentamento de controles efetuados em e-mails particulares pelo TST sejam menos numerosos e detalhados, é possível aferir que, em relação ao correio eletrônico particular, algumas conclusões podem ser tiradas.

Primeiramente, não se tem dúvida que a proteção que o TST reconhece ao e-mail pessoal é aquela tutelada pelo art. 5º, XII. Trata-se, entretanto, de um direito que, por não ser absoluto, é passível de restrição por ordem judicial prévia, ainda que, na prática se reconheça que, sendo as hipóteses previstas na Lei 9296/1996 quase todas de índole penal⁷⁴⁵, dificilmente poderá ser autorizada uma intervenção no processo comunicativo nas relações de trabalho a pedido da empresa.

Outro aspecto que se destaca é que o TST reconhece que a empresa pode regulamentar o uso do correio eletrônico pessoal, na medida em que, ainda que tolerado o seu uso social, este poderá implicar perda de produtividade e congestionamento de seu sistema informático, entre outros prejuízos que poderão ser suportados pela empresa. Assim, a criação de códigos de ética para o uso extralaboral durante a jornada de trabalho pode ser materializada. Todavia, no que se refere especificamente à possibilidade de intervenção no processo comunicativo (fiscalização) pelo empregador sem ordem prévia do Poder Judiciário, ainda que não haja um *leading*

⁷⁴⁵ “Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento: I - da autoridade policial, na investigação criminal; II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.”

case que aborde a questão com a mesma profundidade com a qual foi feita em relação ao e-mail corporativo, a tendência do TST tem sido de não admitir esses controles como meio de prova, por entender ilícita a forma de sua obtenção. Assim, é seguro que o uso exagerado do e-mail pessoal, desde que a matéria esteja regulamentada no seio da empresa, pode levar a uma penalização do obreiro, pelo descumprimento de regra do contrato (o regulamento a ele adere), todavia a prova do cometimento da falta grave não poderá ser obtida por controle no processo comunicativo.

2.3. Síntese do entendimento do TST sobre controle do e-mail nas relações de trabalho

Ainda que se possa acusar de precipitado ou de contraditório, diante dos parâmetros que o STF indica a respeito do direito ao sigilo de correspondência ou sobre a aplicação de direitos fundamentais na relação de trabalho e os limites constitucionais ao poder diretivo, é fato que do cotejo dos pronunciamentos do TST a respeito da matéria já é possível retirar algumas linhas mestras definidoras do posicionamento daquela corte a respeito do uso de e-mail nas relações de trabalho e que, até por disciplina hierárquica, tem influenciado as diversas Cortes Regionais trabalhistas quando do enfrentamento do tema:

- 1- O e-mail protegido constitucionalmente é apenas o pessoal. Assim, a empresa não poderá fiscalizar o uso do e-mail pessoal mediante sua interceptação, ainda que para a obtenção de prova de seu mau uso, salvo se amparado em prévia determinação judicial.
- 2- A empresa pode regulamentar o uso dos e-mails pessoal e corporativo no ambiente de trabalho, sendo esta norma interna aplicável aos casos concretos de utilização inadequada pelo obreiro.
- 3- Não existe violação de sigilo de correspondência no e-mail corporativo em relação à própria empresa, posto que o empregador é parte no processo comunicativo e não há razoável expectativa de privacidade do empregado na sua utilização.
- 4- A senha pessoal do e-mail corporativo não protege o empregado em relação à empresa, mas atua em favor desta, para que terceiros não tenham acesso às informações (que podem ser sigilosas).

5- É legítimo o controle formal e material sobre envio e recebimento de mensagens do e-mail corporativo, desde que este se dê de forma “moderada, generalizada e impessoal”, objetivando evitar que ocorram prejuízos ao empregador.

6- O e-mail fornecido pela empresa (verdadeira propriedade do empregador) tem natureza jurídica equivalente a uma ferramenta de trabalho, destinada a uso profissional.

Estes são os seis pilares que vêm norteando a jurisprudência trabalhista sobre o uso do correio eletrônico no ambiente de trabalho e a respeito dos quais formularemos a seguir algumas considerações críticas.

2.4. Análise crítica do entendimento do TST

A posição adotada pelo TST, a despeito de sistematizar a matéria e garantir a tão desejada segurança jurídica, revela-se, após uma análise mais criteriosa, artificial e balizada em alguns pilares falsos. Cada um deles será analisado de forma articulada.

2.4.1. O e-mail protegido constitucionalmente é apenas o pessoal

Inicialmente, o TST sustenta que somente a comunicação telemática formulada para fins pessoais estaria protegida pelo direito ao sigilo de correspondência. Dessa forma, a empresa, apenas em relação ao e-mail pessoal, não poderá fiscalizar o seu uso através de interceptação do processo comunicativo, ainda que para a obtenção de prova de sua má utilização ou perda de produtividade, salvo se amparado em prévia determinação judicial. Esta, vale dizer, no âmbito do e-mail pessoal, e a partir da proteção estabelecida no sistema brasileiro, dificilmente será concedida, visto que a Lei 9296/1996, que indica as hipóteses legais de intervenção no processo comunicativo e que, como visto, se aplica aos correios eletrônicos, tem viés essencialmente penal, conforme se deflui de seu art. 2º, *in verbis*:

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas (ou telemáticas, por força do parágrafo único do art. 1º da Lei 9296/1996) quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Este entendimento, entretanto, não encontra guarida na compreensão que o STF empresta ao direito, nem tampouco à expressa dicção do texto constitucional. É certo que a Constituição não estabelece distinção alguma entre comunicação de caráter pessoal e comunicação de caráter profissional, resguardando o sigilo em ambos os casos. E tal se dá porque, como já visto, através do direito ao sigilo de correspondência o que se objetiva proteger é o processo comunicativo, e não apenas o conteúdo da comunicação propriamente dita, seja o seu teor pessoal ou profissional.

O conteúdo da comunicação não é um elemento relevante na interpretação que o STF faz do direito, visto que, ainda que a comunicação tenha finalidade criminosa, quando obtido seu acesso sem a observância dos requisitos legais, entre os quais se inclui a prévia ordem judicial, considera-se ilícita a prova. É o que se colhe no acórdão HC 103059 /SC, de 22 de março de 2010, abaixo:

*Vistos. Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Celso Sanchez Vilarde, Renata Horovitz e Camila Gusmão em favor de Rodrigo Franco Somlo, Rubens Asam e Ferdinando Manzoli Sobrinho, buscando, liminarmente, a suspensão da ação penal à qual respondem os pacientes. Apontam como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC nº 77.174/SC, Relatora a Ministra Laurita Vaz, impetrado àquela Corte. Os impetrantes sustentam, em síntese, o constrangimento ilegal imposto aos pacientes, tendo em vista que: "(...)A simples leitura da exordial revela que a acusação está fundada, exclusivamente, na prova colhida pela Autoridade Fiscal. Tanto assim que se prescindiu da instauração de um inquérito policial. É bem verdade que o inquérito se faz plenamente dispensável sempre que uma denúncia se possa apoiar em elementos aptos a demonstrar indícios de autoria e materialidade. **Contudo, no caso concreto a denúncia tem como suporte elementos de prova incontroversamente ilícitos.** É que, ao se amparar com exclusividade no trabalho dos agentes fiscais, a denúncia indica como prova documentação sigilosa, que jamais poderia ter constado dos autos sem a devida autorização judicial. **Todos os documentos nela citados, diga-se de passagem, são constitucionalmente protegidos pelo sigilo.** Isto é, dando cumprimento a mandados de procedimento fiscal, os agentes empreenderam fiscalização nas filiais da Columbia Trading SIA e da Barci & Cia Ltda., em Itajaí, colhendo elementos que só poderiam ser obtidos mediante quebra de sigilo judicialmente autorizada. Com efeito, o que se verifica é que, sob o manto de um procedimento fiscal, os agentes lograram 'extrair arquivos' (doc. 03) e 'reter documentos'*

(doc. 04), em verdadeira operação de busca e apreensão, com o agravante de que, para tanto, não bastaria um simples procedimento fiscal, mas uma autorização judicial para apreensão de documentos sigilosos. Isso, porque referidos documentos são, em verdade, correspondências eletrônicas cuja reserva de sigilo se impõe por determinação constitucional (art. 5º, XII, CF). No entanto, a despeito da inviolabilidade garantida constitucionalmente, a denúncia se ocupa em longas páginas a analisar e transcrever o conteúdo de correspondências eletrônicas. (...) De fato, a exordial aborda correspondências privadas cujo sigilo, garantido constitucionalmente, foi violado sem autorização legal. Inevitável, portanto, a pecha da nulidade, já que 'são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos'(art. 5º, LVI, CF)" (Os destaques em negrito não constam no original).

Nesse sentido, se a comunicação que se volta para a prática criminosa não tem no seu conteúdo um aspecto relevante, prevalecendo, em princípio, a proteção dada pelo sigilo da comunicação, com muito mais razão deve vigorar este pensamento em relação ao correio eletrônico corporativo.

Ademais, alguns aspectos nos levam a reforçar a artificialidade desta distinção como critério para definir o âmbito de proteção do direito. Primeiramente, há que se reconhecer que o tempo massivo que os obreiros ficam à disposição do empregador justifica o uso do e-mail, ainda que o corporativo, para fins pessoais, em especial nos casos em que o empregado não tem um e-mail próprio, criado a partir dos provedores usuais da internet. Igualmente, outro dado que precisa ser considerado na compreensão do tema reside no fato de que atualmente o trabalho humano, em âmbito cada vez mais virtual, já oferece a realização das tarefas em domicílio ou em qualquer outro ambiente a partir de utilização de recursos tecnológicos, de modo que o uso dos meios de comunicação fornecidos pela empresa pode se dar até em horários não reconhecidos por esta como período laboral⁷⁴⁶, pelo que se pode afirmar que a moderna relação de trabalho torna brumosos os limites entre o ambiente institucional e o ambiente privado (e, por consequência, entre o e-mail pessoal e o profissional), sendo usual a utilização dos e-mails corporativos fora do local onde se executa normalmente as tarefas laborais (escritórios etc.)⁷⁴⁷, o que seria mais um indicativo da superficialidade do critério adotado pelo TST.

⁷⁴⁶ Esta prática de realização de atividade laboral fora dos horários ordinários de trabalho é muitas vezes incentivado e premiado por diversas empresas, que reputam compromissado com o empreendimento o trabalhador que assim procede.

⁷⁴⁷ A Justiça do Trabalho configura falta grave no uso do e-mail corporativo para fins pessoais. Todavia, quando se trata de efetuar o pagamento destas horas em que o trabalhador está de prontidão por força do uso do instrumental, a jurisprudência é bem mais reticente, admitindo que se pague as horas apenas quando este tenha a sua liberdade de ir e vir limitada pelo uso do instrumental concedido pela empresa. É

Assim, se à semelhança do que já é feito em relação ao uso de telefones no ambiente de trabalho, não se questiona (por entender legítima) a possibilidade de a empresa regular e até controlar o uso do correio eletrônico, tanto o pessoal quanto o corporativo, estipulando, conforme o caso, regras para a utilização do instrumental e limitações de ordem técnica, como a proibição de envio de anexos às comunicações por correio eletrônico a partir dos seus terminais, entendo que, diante da inteligência que o STF empresta ao direito em questão, labora em erro o TST ao excluir do âmbito de proteção do direito o e-mail corporativo (permitindo sem maiores questionamentos a sua fiscalização), já que o conteúdo da mensagem telemática não tem um papel central na jurisprudência constitucional. Assim, correto seria o TST considerar dentro do âmbito de proteção do direito todas as comunicações efetuadas por e-mail dentro dos limites de uso tecnicamente viabilizados no ambiente de trabalho, independentemente de o e-mail ser pessoal ou corporativo e qualquer que seja o seu conteúdo.

2.4.2. Possibilidade de regulamentação do uso dos e-mails pessoal e corporativo no ambiente de trabalho

Em relação à possibilidade de a empresa regulamentar a matéria, tema que será aprofundado no capítulo 7 deste estudo, há que se ponderar que a afirmativa à luz da jurisprudência do TST pode conduzir a dois raciocínios distintos que desembocam em conclusões divergentes a respeito da correção deste entendimento.

É fato que não se pode negar à empresa o seu poder diretivo, de forma que é legítimo que possa exercer a faculdade de regulamentar (inerente à livre iniciativa) o uso dos mecanismos que disponibiliza ao empregado para o exercício das atividades laborais. Todavia, considerando o caráter quase sempre unilateral dos

o que se infere dos arestos que se seguem: “*HORAS DE SOBREAVISO - USO DO CELULAR - ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 49 DA SBDI-1 Não caracteriza sobreaviso o porte de instrumento de comunicação pelo empregado (como o uso de bip). Inteligência da Orientação Jurisprudencial nº 49 da SBDI-1. Recurso de Revista conhecido parcialmente e provido*”. (TST, Relatora Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, RR-9.848/2000-006-09-00.1, julgado em 13/05/2009). “*HORAS EXTRAS. SOBREAVISO. USO DO BIP. CARÁTER OBRIGATÓRIO. EMERGÊNCIA. SOLUÇÃO DE PROBLEMAS À NOITE E NOS SÁBADOS. Segundo a Orientação Jurisprudencial nº 49 da SBDI-1 o uso, por si só, do BIP é insuficiente para o reconhecimento do direito às horas de sobreaviso. Não é aplicável aos casos, entretanto, em que se configure não apenas o uso, mas a explícita interferência na liberdade do trabalhador de ir e vir. Essa é a peculiaridade fática a diferenciar o caso descrito na decisão recorrida da hipótese contemplada na Orientação Jurisprudencial nº 49 da SBDI-1, pois o Reclamante era acionado à noite entre 18h e 23h, após o expediente, e, inclusive nos sábados, para resolver problemas emergenciais da empresa. Além disso, segundo o Regional, tinha a liberdade de ir e vir limitada...*” (TST, Relator Emmanoel Pereira, RR-37791/2002-900-09-00.8, julgado em 29/04/2009).

regulamentos empresariais, não se pode aceitar integralmente o seu teor como este pudesse criar um universo paralelo, dissociado do ordenamento jurídico do país, como nos permite concluir o TST a partir de algumas de suas decisões a respeito dos e-mails corporativos, em que a existência do regulamento é suficiente para impingir uma restrição aos direitos fundamentais do trabalhador, sem que se faça análise alguma a respeito de sua eventual abusividade. Assim, imperativo reconhecer que suas regras são igualmente passíveis de restrições decorrentes de tratamento violador de direitos fundamentais dos trabalhadores. Da mesma forma, em relação aos regulamentos empresariais sempre será possível apresentar todas as críticas caso algumas das normas que estipule redunde em renúncia total ou parcial ao exercício dos direitos fundamentais no contrato de trabalho, posto que a norma empresarial se incorpora, para todos os fins ao negócio jurídico laboral.

E aqui vale registrar que a crítica ao entendimento do TST se reforça porque, em geral, nestes regulamentos as empresas vão muito além da pura e simples fixação de regras para o uso que entende correto do instrumental, sendo usual, igualmente, a estipulação de cláusulas que autorizam a fiscalização dos e-mails, em muitos casos, inclusive quanto ao seu conteúdo material ou que estabelecem até renúncia ao exercício de direitos fundamentais do trabalhador durante o lapso temporal de duração do contrato de trabalho.

Revelando o quanto a aceitação da normatização da matéria em regulamentos não é pacífica a partir da análise de parâmetros constitucionais, vale registrar o posicionamento de Malta Vieira⁷⁴⁸ quando esclarece:

Ainda que o contrato de trabalho ou a norma interna da empresa previsse a possibilidade de se efetuar o rastreamento de todas as comunicações de seus empregados sob a alegação de existência de prévio alerta a respeito da permanente vigilância, o negócio ou ato jurídico em discussão seria de constitucionalidade, no mínimo questionável. Isto porque, conforme a melhor doutrina, permite-se a autorrestrição ou a limitação de direitos fundamentais nas relações privadas apenas, em circunstâncias em que tal medida seja temporária, específica e deliberada com liberdade pelas partes. Assim, a relação jurídica, ainda que materialmente assimétrica, deve preservar a autonomia real das partes contratantes, sob pena de autorrestrição pela parte mais fraca ser considerada nula. Nos casos de contrato de trabalho, os empregados subordinam-se ao poder de

⁷⁴⁸ Malta Vieira, Tatiana, *O Direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Dissertação de mestrado em Direito, Estado e Sociedade. Orientação professor doutor Gilmar Mendes, Universidade de Brasília, Brasília, 2007, p. 124.

direção do empregador e ao cumprimento dos atos normativos emanados no âmbito da organização, o que lhes retira a autonomia real, sendo inconstitucional a limitação do direito fundamental que afete o núcleo essencial da garantia.

Assim, se é correto que o empregador pode regulamentar o uso do correio eletrônico na empresa, imperioso admitir que essas regras são passíveis de controle de constitucionalidade (que no caso brasileiro é concentrado e difuso, podendo se dar nesta hipótese em todas as instâncias), de modo que a admissão de que essas regras são sempre resultado de um pacto em que se verifica autonomia real entre as partes pactuantes não pode constituir uma presunção absoluta, como faz crer o TST⁷⁴⁹. Isto é especialmente assim em relação aos e-mails corporativos em que se admite um controle do uso do correio eletrônico. Torna-se necessário aqui romper com a prática que traduz o controle do uso do correio em um controle de seu conteúdo, olvidando que além das circunstâncias de seu uso, isto é objeto de proteção como direito fundamental.

2.4.3. O e-mail corporativo em relação à própria empresa não é protegido pelo direito ao sigilo de correspondência, vez que a empresa faz parte do processo comunicativo e não há razoável expectativa de privacidade do empregado

Quanto a este terceiro aspecto, uma parte da crítica já formulada à tese de que apenas o e-mail pessoal estaria protegido aqui pode ser reiterada pelas razões anteriormente deduzidas, em especial o fato de que a constituição não faz ressalva similar, nem tampouco o STF compreende o direito desta forma.

É certo que, em conformidade com essa jurisprudência, o sigilo de correspondência não existe em face da empresa. Nesse sentido, na linha do que se compreende sobre a titularidade do direito, este somente pode não existir em face de quem não seja terceiro no processo comunicativo, pelo que a lógica da sistematização do TST leva o intérprete à conclusão de que a alta corte trabalhista considera que a empresa integra o processo comunicativo, sendo, nesse sentido, cotitular do direito. Logo, partindo dessa premissa não haveria necessidade de ser feita qualquer referência à baixa expectativa de privacidade, já que não pode ocorrer violação de sigilo de

⁷⁴⁹ No agravo de instrumento ao recurso de revista n. 1649/2001-001-03-00.7, o TST entendeu que não houve afronta ao direito constitucional de intimidade quando o uso desrespeita à norma interna da empresa que, expressamente, proíbe o uso de correio eletrônico corporativo. Note-se que, independentemente da ação deletéria do empregado (enviou e-mails pornográficos) neste, como em outros processos, não há análise sequer do teor da norma regulamentar, que é admitida apenas por ser a norma posta, a partir do regular exercício do poder diretivo do empregador.

correspondência entre aqueles que se comunicam, na medida em que o direito se volta para a proteção em face de terceiros.

Acrescente-se que o argumento que correlaciona a falta de proteção pelo direito ao sigilo de correspondência com a reduzida expectativa de privacidade é contraditório em relação a toda a doutrina constitucional a respeito do direito tutelado pelo art. 5º, XII, da CF/88. Este direito não tem sua autonomia pautada no subjetivo conceito de razoável expectativa de privacidade, típica do direito norte americano que transforma o sigilo das comunicações em mero apêndice do direito à intimidade. O ordenamento jurídico brasileiro, ao contrário, reconhece autonomia ao direito tutelado no art. 5º, XII, baseado na garantia técnica de que terceiros não intervirão no processo comunicativo. E aqui se ressalve, mais uma vez, que a existência da garantia técnica de sigredo independe do seu grau de falibilidade ou da possibilidade de êxito de eventuais ações lesivas conscientes do terceiro que deseje intervir no processo comunicativo.

Ademais, e apenas como argumento de reforço, em se tratando de um direito cuja titularidade é compartilhada ao menos por duas pessoas, a comunicação que seria corporativa para o empregado da empresa (apenas por ser deduzida a partir de um instrumental pertencente à corporação) não o é necessariamente em relação à multiplicidade de pessoas com as quais o empregado da empresa se comunica. O que, a despeito da irrelevância do teor da comunicação para o deslinde da questão (já que a proteção se dá ao processo comunicativo), revela a infelicidade da tese que qualifica, de forma generalizada e impessoal, a comunicação como protegida ou não pelo manto constitucional a partir do simples fato do e-mail ter sido fornecido pela empresa para o desempenho da atividade laboral (como ferramenta de trabalho).

A título de exemplo, não há como se exigir que uma terceira pessoa, estranha ao provedor “ig” (não integrante de seus quadros funcionais), possa saber se quando se comunica com um empregado desta empresa está mantendo o processo comunicativo com o e-mail pessoal ou corporativo (já que ambos podem ser *igmails*), o que reforça que, além de divergir do pensamento do STF, este posicionamento exige sacrifícios desproporcionais daqueles que são estranhos à empresa e titulares do processo comunicativo.

2.4.4. A senha pessoal do e-mail corporativo é instrumento de proteção da empresa contra terceiros

Quanto ao argumento de que a senha da caixa postal do e-mail corporativo não protege o empregado, mas a empresa contra a ação de terceiros, mais uma vez destoa o TST de todos os posicionamentos adotados pelo STF a respeito do sigilo às comunicações eletrônicas. De fato, a senha pessoal é uma garantia técnica de sigilo quanto ao processo comunicativo que se encontra na caixa postal. E esta é, como já visto, a nota que empresta autonomia ao direito ao sigilo de correspondência em relação ao direito à intimidade.

Observe-se, entretanto, que a escolha da senha da caixa postal do correio eletrônico nas empresas quase sempre vem acompanhada de avisos quanto à necessidade de o trabalhador mantê-la em seu caráter secreto, sem informar o seu teor a quaisquer outros colegas, ainda que superiores hierárquicos.

Assim, sem negar que do uso do correio eletrônico podem decorrer prejuízos à empresa, inclusive sua responsabilização civil⁷⁵⁰, se a intenção fosse efetivamente proteger exclusivamente o empregador, deveria este fornecer a senha para seus empregados ou obrigar que estes informassem à cúpula diretiva qual o seu teor, o que daria ao obreiro a certeza de que estaria diante de um canal de comunicação aberto ou, ao menos de titularidade compartilhada (empregado e empregador seriam titulares). Ademais, pelo caráter multilateral (justificada pela necessidade de dois ou mais integrantes do processo) da comunicação, informação similar deveria constar para todo integrante do processo comunicativo, a fim de que perante este que não integra o corpo funcional da empresa também ficasse claro e evidente que aquele veículo de comunicação era aberto ou de titularidade compartilhada entre empregado e empresário, evitando, assim, que terceiros à relação de emprego, porém titulares do direito ao sigilo

⁷⁵⁰A súmula nº 341 do STF é muito clara neste sentido, ao estabelecer “*Presunção - Culpa do Patrão ou Comitente - Ato Culposo do Empregado ou Preposto. É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.*” Exemplo deste entendimento se vê em casos em que um chefe imediato assedia seus colegas de trabalho. A justiça brasileira tem entendido majoritariamente que em situações como estas a responsabilidade por dano moral/material é da empresa. É o que se vê em acórdão do TRT do Paraná, publicado no DJ/PR, em 24-04-2007: “*ASSÉDIO MORAL. CONDUTA AGRESSIVA. METAS DE DIFÍCIL ALCANCE. (...) Não se cogita de eximir a empresa de responsabilidade porque o dano foi causado pelo preposto. Ao lado da responsabilidade por fato próprio, a responsabilidade por fato de outrem atende às necessidades impostas pela complexidade da vida social moderna. Não se trata de responsabilidade sem culpa, mas de responsabilidade por fato de outrem, porém por culpa própria, porque as pessoas que respondem a esse título terão sempre contribuído para o fato danoso, a exemplo do empregador...*”. TRT – PR – 15788-2003-012-09-00-0-2ª Turma – Relator: Marlene T. Fuverki Suguiimatsu.

de correspondência de boa fé, tivessem o teor de suas comunicações devassadas por empresa que considera, dentro do senso de razoabilidade, estranhas ao processo de comunicativo.

2.4.5. Legitimidade do controle formal e material do e-mail corporativo, desde que este se dê de forma “moderada, generalizada e impessoal”

O Tribunal Superior do Trabalho admite que o controle sobre o e-mail corporativo, na medida em que não vislumbra a proteção do direito tutelado no art. 5º, II da CF, vá além dos aspectos formais (sujeitos, objeto, existência de anexos etc.), podendo ser controlado também o conteúdo da mensagem telemática recebida ou enviada através deste tipo de correio eletrônico disponibilizado pelo empregador para fins operacionais.

Este entendimento é decorrência do equívoco já tratado do qual resultou o não reconhecimento de proteção pelo direito ao sigilo de correspondência ao e-mail corporativo. De fato, e já superado este primeiro entrave, autoriza o TST, a partir de sua compreensão, que o empregador aceda ao conteúdo do e-mail corporativo ainda quando não seja necessário para o fim que se propõe. E tudo como decorrência do não reconhecimento do direito ao sigilo da correspondência do trabalhador em face da empresa, já que esta seria cotitular em se tratando de e-mail corporativo.

Nesse diapasão, soa até incoerente a exigência de que o controle apenas se dê de forma moderada, generalizada e impessoal, na medida em que não reconhecido o direito ao sigilo em face do empregador, não haveria necessidade do tratamento tão cerimonioso no controle. E a incoerência a que se refere reside no fato jurisprudência assentada consagra que não há violação do direito quando a intromissão se dá por quem integra o processo comunicativo. Daí que parece indene de dúvida que o TST transita de forma contraditória entre reconhecer que o empregador é titular do segredo (titularidade compartilhada) e admitir que o titular é o empregado e o empregador seria um terceiro no processo de comunicação.

Na verdade, a exigência de moderação, generalização e impessoalidade é fruto deste dilema traçado pelo próprio TST ao reconhecer que não haveria proteção ao e-mail corporativo. Tal conclusão está tão distante de ter respaldo na norma constitucional que o próprio TST tentou se valer de um critério “a meio caminho”, que se não chega a reconhecer a ilegitimidade da ação empresarial quando

não se vale o empregador de outros recursos menos invasivos à privacidade⁷⁵¹, exige ao menos que não possa o controle ser aleatório, generalizado ou com fins persecutórios. Há de se chamar atenção, entretanto, para o fato de que em nenhum feito, até o presente momento, o TST ousou impugnar um controle a e-mail corporativo por ser pessoal, não moderado ou não generalizado, no que se pode concluir que a restrição vai pouco além de um mero argumento retórico.

É certo que fosse reconhecido que o e-mail corporativo também é protegido pelo sigilo de correspondência, entendimento mais consentâneo com a doutrina do STF sobre o tema e com a dicção do texto constitucional, seguramente, haveria maior dificuldade na criação tão rápida de parâmetros (regras) aplicáveis a todo caso, fazendo-se necessário apreciar cada um desses mandados de otimização em sua máxima extensão possível para cada caso concreto, de modo que situações distintas de uso do correio eletrônico corporativo (ou até do correio eletrônico particular) terminariam por resultar em soluções distintas pelo poder judiciário.

Todavia, mais uma vez o TST optou por uma posição salomônica, e esta não tem passado despercebida nos estudos que envolvem a matéria. Malta Vieira⁷⁵², sobre a visão simplificada do alto tribunal trabalhista, em ponderação semelhante (*ainda que se utilize do direito à privacidade em detrimento do sigilo de correspondência*), afirma que a decisão do TST:

Representa um perigoso retrocesso no estudo da teoria geral dos direitos fundamentais e, em especial, do direito à privacidade. Diante de um típico conflito entre direitos fundamentais – direito à propriedade, à imagem e à livre iniciativa da empresa, em contraposição ao direito à privacidade dos empregados – o tribunal sequer ventilou os princípios basilares aceitos pela doutrina e pelas Cortes Constitucionais de todo o mundo para resolução de referidas colisões, quais sejam: princípio da unidade da Constituição; princípio da concordância prática ou da harmonização; e princípio da proporcionalidade em sentido amplo. (...) O tribunal, diante da colisão entre os direitos fundamentais dos empregados e os da empresa, sequer aplicou o princípio da proporcionalidade, aniquilando o núcleo essencial do direito à privacidade, ao consolidar o posicionamento de que não se permite sequer 'expectativa de privacidade no ambiente de trabalho'.

Assim, em se tratando de e-mail corporativo, para não reconhecer que o direito tutelado no art. 5º, XII, da Constituição Federal estaria subjugado diante do

⁷⁵¹ No primeiro capítulo deste estudo já forma apontadas algumas das formas não invasivas da mensagem de correio eletrônico que podem ser adotadas pela empresa para salvaguardar a sua propriedade.

⁷⁵² *O Direito à privacidade na sociedade, op. cit.*, p. 124.

poder diretivo do empregador, preferiu o TST negar a curvatura do círculo ao excluir do âmbito de proteção do direito todo e qualquer e-mail corporativo, sem dar chance à análise do caso concreto, não preservando um único fragmento do núcleo essencial do direito ao sigilo de correspondência, dispensando, como já visto, de maneira incoerente e sem uma base teórica que justifique, à comunicação eletrônica tratamento que discrepa daquele materializado em relação aos demais meios de comunicação utilizados na relação de trabalho.

É o que se vê na comunicação pela via telefônica, seja na tutela de interesses do empregado, seja para atender a pretensões do empregador, o TST pouco se afasta dos parâmetros do STF a respeito da inviolabilidade da comunicação, pouco importando se o telefone foi dado para fins de desempenho de atividades laborais:

RESIDÊNCIA DO EMPREGADO. -GRAMPO-. ATO ILÍCITO. OFENSA AOS DIREITOS DE PRIVACIDADE, DE INTIMIDADE E DE SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DA RECLAMADA. *A Constituição Federal consagra, em seu artigo 5º, incisos X e XII, o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, bem como à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua agressão. Tratando-se o dano moral de lesão a direito da personalidade e da dignidade da pessoa humana, prescinde de prova para sua caracterização, já que dor, sofrimento, angústia, tristeza e abalo psíquico na vítima não são passíveis de serem demonstrados, bastando, assim, a prática do fato lesivo (doloso ou culposo) para que se exija a indenização correspondente, sendo irrelevante ter havido ou não publicidade do que foi apurado pelo agressor. Na hipótese, segundo o Regional, ficou evidenciada a interceptação telefônica, conhecida como -grampo-, no aparelho de telefone da residência do autor, sem que tivesse havido permissão legal e conhecimento das pessoas alvo da escuta, que foi praticado por ordem de empregado graduado da empresa reclamada. Portanto, tendo ocorrido o dano a direito personalíssimo do reclamante, a conduta ilícita do empregado da empresa reclamada, sobre a qual recai a responsabilidade civil pela reparação da lesão, e o nexo de causalidade entre eles, é evidente o dano moral sofrido pelo autor e o seu direito à percepção da indenização garantida no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, dispositivo literalmente violado pelo Regional. (...) Recurso de revista conhecido e provido. Processo: RR - 111500-10.1999.5.17.0131 Data de Julgamento: 09/02/2011, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/03/2011. (Negrito não consta no original).*

Em outro caso julgado pela Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho (RR 5300/2001-036-12-00.9), ainda quando autorizado pela Justiça para fins

criminais, o “grampo telefônico” feito pela empresa não pode ser aproveitado como prova idônea para caracterizar uma justa causa para extinção do contrato de trabalho. Neste feito, considerou-se prova ilícita o conteúdo de uma conversa revelada por escuta telefônica para a caracterização de justa causa. Vale gizar que no feito o “grampo telefônico” foi efetuado com autorização judicial, para fins de apuração de crime. Assim, a despeito de as gravações tenham sido autorizadas judicialmente na sede da empresa, considerou o TST que a autorização dizia respeito apenas à investigação de crime contra o patrimônio imputado a outras pessoas. “Logo”, disse o Ministro relator, *“os diálogos paralelos, reveladores de certa indignação de antiga colega de trabalho, não poderiam ser disponibilizados e muito menos utilizados pelo empregador como indício ou evidência de justa causa”*. Nesse diapasão, para o TST, o sigilo da comunicação telefônica é garantido pela Constituição Federal (art. 5º, XII) e regulamentado pela Lei nº 9.296/1996 (mesma lei que trata do correio eletrônico), que não permite a divulgação das gravações fora do âmbito do inquérito ou do processo criminal.

Pelo que se vê, a jurisprudência do TST sobre o uso do e-mail corporativo não guarda relação sequer com sua própria doutrina em relação ao uso dos outros meios de comunicação fornecidas pelo empregador como ferramentas de trabalho.

2.4.6. O e-mail fornecido pela empresa, verdadeira propriedade do empregador, tem natureza jurídica equivalente a uma ferramenta de trabalho, destinada a uso profissional

Quanto a este último pilar edificado pelo TST, dois aspectos merecem ser esclarecidos. O primeiro deles é que não se tem dúvida de que o e-mail fornecido pela empresa é, de fato, uma ferramenta de trabalho, cujo fim, ainda que não exclusivo, dado o tempo que o obreiro fica à disposição do empregador, é o uso profissional. Neste ponto, nada a reprochar ao entendimento do TST. Todavia, o equívoco da construção da ideia reside na ênfase dada ao e-mail enquanto propriedade do empregador (que arca com o seu ônus financeiro) como fundamento para justificar o status especial do empresário em relação a este.

Nesse ponto, o entendimento do TST se aparta completamente e mais uma vez da doutrina do STF, segundo a qual a vítima da violação ao sigilo é a pessoa que fala, escreve ou recebe estas comunicações (emissor ou receptor) e não o titular

formal do direito de uso da linha, o dono do papel em que se escreve a carta ou o titular do bem através do qual é veiculada a comunicação por correio eletrônico, estando o direito protegido em face da intromissão de terceiros, quaisquer que sejam eles, assumindo esta condição todos aqueles que não integrem o processo comunicativo.

É possível inferir desta posição que a titularidade do bem através do qual a comunicação é veiculada não apresenta um papel de significância na descrição do direito. Isso porque, conforme afirma o próprio STF, no sigilo de correspondência, os titulares do direito são o remetente e o destinatário, de forma que “*o sigilo existe em face dos terceiros*”.

Lobato de Paiva⁷⁵³ critica de forma veemente esse posicionamento do TST. Para o autor, o fato de uma linha telefônica e aparelhos pertencerem a uma empresa não confere à organização o direito de interceptação das ligações de seus empregados sem autorização judicial, devendo-se adotar igual entendimento quanto às comunicações eletrônicas, que não podem ser monitoradas sob a alegação tanto da titularidade do contrato com o provedor de acesso à internet quanto da propriedade dos recursos eletrônicos. O monitoramento dos e-mails dos empregados impede o exercício de outros direitos fundamentais além do direito à intimidade, como o direito à liberdade de expressão, que se materializa na crítica e até na reflexão sobre as condições de trabalho.

Vale pontuar, ademais, que se alguma relevância tem na leitura do STF a figura do empregador, esta se relaciona com o vínculo empregatício, e a relação de poder hierárquico que dela resulta. De modo que seria legítimo afirmar que o ingresso voluntário do trabalhador em uma relação de trabalho seria o móvel a justificar o uso do e-mail e dos demais meios de comunicação como ferramenta de trabalho e a sua vinculação a este fim específico, o que justifica o controle sobre o uso do instrumental pelo empregador, mas não a fiscalização do conteúdo da comunicação realizada através deste meio.

Em resumo, é possível concluir que mais uma vez se equivoca o TST, uma vez que o fato de o e-mail fornecido pela empresa ser destinado ao uso profissional, sendo-lhe reconhecido o *status* de ferramenta de trabalho, ainda que autorize ao empregador a imposição de limitações à sua utilização, não tem o condão de transformar o empresário em terceiro qualificado no processo comunicativo, de modo

⁷⁵³ “A privacidade do trabalhador no meio informático”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 92, 3 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4292>>. Acesso em: 12 jan. 2012.

que, nesta esteira, outra conclusão não deveria ter adotado o Tribunal senão o reconhecimento de que é ilegítima a monitoração feita pelas empresas nas comunicações efetuadas através de correio eletrônico.

3. A heterogenia como marca característica da jurisprudência social espanhola

Se no Brasil critica-se com frequência a precipitação da jurisprudência do TST que, por ser fruto de uma reflexão apressada, geraria, entre outros problemas, um descompasso entre sua doutrina e o marco constitucional, cujo intérprete legítimo é o STF; na Espanha, a queixa mais comum sempre repousou na falta de uma base jurídica para a apreciação das questões que envolvem os direitos *on-line* na empresa e em especial a possibilidade de controle pelo empregador do e-mail utilizado pelo empregado no curso da relação laboral.

De fato, seja pela variada casuística, seja pela complexa delimitação entre a parcela pessoal ou estritamente produtiva em relação à qual se dá o controle pelo empregador, seja, ainda, pelos difusos limites de tolerância quanto ao uso do correio eletrônico, o fato é que as respostas ofertadas pelos tribunais, a partir de uma análise criteriosa da jurisprudência laboral (social) espanhola, sempre foram, por demais, heterogêneas.

E múltiplas são as justificativas para esse quadro de insegurança jurídica. Uma primeira motivação comumente alegada tem a ver, como já foi assinalado, com o marco normativo no qual os tribunais devem operar. Tornou-se usual o reconhecimento de que ele resulta particularmente inadequado (no que não discrepa muito do caso brasileiro), antiquado, não refletindo a realidade (ainda em formação) das atividades laborais que se processam atualmente. Trata-se, na dicção de Rodríguez-Piñero Royo e Sánchez, de uma “*regulación diseñada y puesta en práctica en un contexto tecnológico muy diferente al actual, anterior al desarrollo de las TIC*”⁷⁵⁴, en el que la tecnología disponible planteaba problemas de una naturaleza y alcance diferente”⁷⁵⁵.

Outra característica muitas vezes indicada como causadora desta heterogenia no trato da questão estaria no fato de a legislação laboral espanhola naquilo

⁷⁵⁴ Tenha-se por TIC, expressão algumas vezes utilizada neste trabalho como “*as tecnologías da informação e da comunicação*”.

⁷⁵⁵ Rodríguez-Piñero Royo, Miguel e Sánchez, José Luis Lázaro. *Los Derechos on-line en el ordenamiento Laboral Español: Estado de la Cuestión*, publicado in http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC02/DYC002_A07.pdf, p. 156. Acesso em 22.10.2011.

que concerne ao poder diretivo do empregador ter um caráter bastante detalhado e preciso, o que dificulta sobremaneira sua aplicação analógica. Nesse sentido, sinalizam Rodríguez-Piñero Royo e Sánchez que “*la redacción del Derecho vigente es muy precisa en una mayoría de las ocasiones, identificando de una manera detallada los supuestos a los que se aplica, lo que dificulta una aplicación analógica o evolutiva de sus disposiciones*”⁷⁵⁶.

Por fim, soma-se a esses fatores, a versatilidade das TICs que, sendo uma ferramenta de trabalho, servem, ao mesmo tempo, para facilitar a comunicação pessoal do trabalhador, seu acesso a informações de interesse privado, o exercício de direitos de atividade sindical ou até a realização de algum tipo de gestão de caráter privado. A sua imediatidade, entretanto, faz com que tudo isso possa ser realizado em breves segundos, sem causar necessariamente um menoscabo ao interesse empresarial ou perda na produtividade.

Assim, rascunhado o quadro, pode-se apontar como traço característico que a legislação trabalhista espanhola é antiquada e, por ser muito precisa e detalhada, sua aplicação analógica aos casos que envolvem tecnologia da informação constitui um exercício hermenêutico dos mais difíceis. Por conta dessas notas distintivas das leis trabalhistas, ainda que o Poder Judicial na Espanha faça referências a normas constitucionais e à jurisprudência do TC na análise dos casos concretos, a excessiva concreção da norma laboral, dissociada da realidade do modelo produtivo em uso, pautada em um modelo de execução do trabalho mais antigo, proporciona às Salas do Social a falta de seu instrumental próprio, que garanta maior segurança jurídica no plano infraconstitucional, de modo a viabilizar a pacificação das relações jurídicas que envolvam os direitos *on line*.

Assim, ainda no início deste século, não eram raras as decisões apegadas à jurisprudência já construída ao longo dos anos, elaboradas a respeito da utilização dos meios de comunicação da empresa (a exemplo do telefone). Esta jurisprudência, que seguramente tem seu mérito, e constitui um seguro ponto de partida, foi, sem embargo de dúvida, elaborada quando a tecnologia era muito diferente e tendeu, quando aplicada de forma literal ao correio eletrônico, a desconsiderar várias particularidades inerentes ao e-mail, ora minimizando o direito, ora gerando uma hipertrofia em sua eficácia que não encontra justificativa no seio da empresa. Por

⁷⁵⁶ Rodríguez-Piñero Royo, Miguel e Sánchez, José Luis Lázaro, *Los Derechos on-line...*, *op. cit.*, p. 156.

consequência, a aplicação destes entendimentos de forma sistemática e acrítica nem sempre estaria resultando adequada e útil⁷⁵⁷. E aqui, é importante aduzir que este é um ponto de total dissociação entre a jurisprudência social do Brasil e da Espanha. Enquanto a Justiça espanhola em boa parte dos casos usa a jurisprudência anterior a respeito dos meios de comunicação sem analisar as peculiaridades do correio eletrônico, o TST brasileiro cria sua doutrina desconsiderando em grande parte de seus julgados a jurisprudência referente aos demais meios de comunicação, que terminam não tendo nenhuma relevância na formação da jurisprudência em torno do correio eletrônico.

Outro problema, talvez o mais resistente ao tempo, consiste na utilização pela jurisprudência ordinária⁷⁵⁸ da ideia, como já visto equivocada, de que o direito ao segredo das comunicações seria apenas um aspecto a mais do direito à intimidade.

Por fim, também contribuiu para esse quadro a falta de parâmetros pelo Tribunal Supremo que, ao longo dos anos, também contribuiu para a ausência de norte a ser seguido pela Justiça Social.

Mas esse quadro, como adiante se verá, começa a mudar, em especial, como será visto, após o caso Coruñesa de Etiquetas e as decisões do Tribunal Supremo sobre o uso privado das ferramentas informáticas no ambiente de trabalho.

3.1. As recentes decisões do Tribunal Supremo sobre o controle dos meios informáticos no ambiente de trabalho

Se é fato que o Tribunal Supremo ainda não enfrentou, em especial à luz do direito ao segredo das comunicações, o controle dos empregadores sobre o e-mail dos empregados, nos últimos cinco anos começam a ser julgados, através de recurso de cassação para unificação de doutrina, os primeiros casos relativos ao controle do uso de meios informáticos destinados aos trabalhadores para os fins pretendidos pela empresa.

Contribuem estas decisões para a segurança jurídica neste contexto inovador e marcado pela casuística, ainda que não possam ser entendidas como

⁷⁵⁷ Quanto a este argumento, necessário reconhecer o paradoxo que se revela entre as duas nações. Enquanto o Brasil ignora sua jurisprudência sobre sigilo telefônico ou de cartas postais (a despeito da lei equiparar esta última ao e-mail), criando, sem justificar o porquê da distinção, um entendimento muito restritivo em relação aos e-mails. Alguns críticos do pensamento da jurisprudência espanhola se pautam justamente no fato de que lá se aplica, por analogia, muitas vezes, as mesmas regras aos correios eletrônicos laborais e às linhas telefônicas da empresa, posição que, à míngua de uma legislação que enfrente o tema, nos parece mais aconselhável.

⁷⁵⁸ Entre outras, cita-se a STSJ CANT 38/2007.

instrumento de interpretação vinculante em todo o extenso âmbito de aplicação do controle empresarial sobre os instrumentos tecnológicos de trabalho e comunicação existentes nas relações laborais. E, desde já se afirma que não vincula em relação à fiscalização do correio eletrônico, porque versam os processos em análise sobre controle do uso dos meios informáticos em geral (dando destaque à utilização do computador e da navegação na internet no ambiente laboral), não havendo um enfrentamento da questão sob a perspectiva do direito ao segredo das comunicações. Por essa razão, nestas decisões há um tratamento meramente tangencial sobre o controle do uso do e-mail no trabalho.

Malgrado se trate de decisões que indicaram soluções diversas para despedidas disciplinares apreciadas quanto à legalidade dos atos, as três sentenças apresentam vários traços comuns, que se tornaram mais nítidos a partir da decisão mais recente, em que o uso privado dos meios informáticos pelo empregado foi considerado motivo legítimo para uma despedida disciplinar, o que trouxe à tona uma leitura bastante restritiva ao exercício dos direitos fundamentais na relação de trabalho.

Ainda que, pelo seu caráter bastante recente, não se possa sentir por completo os efeitos destas decisões, o fato é que a jurisprudência que embrionariamente começava a ser rascunhada sobre o tema, já começa a ser redesenhada, assumindo novos contornos que levem em conta as considerações ora introduzidas a partir destes julgados. A seguir serão expostas, em breves linhas, as principais contribuições do Tribunal Supremo em torno da matéria.

3.1.1. O caso Coruñesa de Etiquetas (STS 6128/2007, de 26.09.2007)

Este feito constituiu a primeira decisão de unificação da jurisprudência sobre o controle do uso dos meios informáticos de que fazem uso os empregados na empresa. Nesta demanda, verifica-se que, sem a presença do empregado, nem de nenhum representante dos trabalhadores, o técnico da empresa detectou um vírus informático como consequência de tráfego em páginas pouco seguras de Internet. Diante do administrador da empresa, a inspeção foi além do que era necessário ao seu objetivo e detectou a existência de arquivos temporais que comprovam “*antiguos accesos a páginas pornográficas*” e, com base neste procedimento do obreiro, fundamentou a empresa a sua despedida.

Neste caso, o Tribunal Supremo fez referência a alguns aspectos importantes na sua forma de enfrentamento da questão. Primeiramente afirmou tem um papel central a necessidade de prévia advertência quanto ao uso e o controle do computador. Sobre esta questão, em termos literais, diz a Sala do Social do Tribunal Supremo (FJ 4):

(...) lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios - con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones. De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado "una expectativa razonable de intimidad" en los términos que establecen las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de junio de 1997 (caso Halford) y 3 de abril de 2007 (caso Copland) para valorar la existencia de una lesión del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos.

Assim, de acordo com a doutrina externada por esta decisão, a validade do controle do uso dos meios informáticos estaria vinculada à necessidade de prévio conhecimento de seu teor pelos empregados, sob pena de considerar-se que seu exercício é vulnerador de uma expectativa razoável de intimidade.

A proteção da intimidade, continua a sentença, não apresenta incompatibilidade com o direito da empresa (decorrente de sua liberdade de gerir seu negócio) de estabelecer regras prévias de uso desses meios, inclusive estabelecendo proibições quanto ao uso do e-mail. Todavia, pautado na noção de transparência, o Tribunal Supremo advoga a necessidade de que os sistemas de controle que venham a ser adotados, quando repressivos, sejam do conhecimento dos trabalhadores, funcionando prioritariamente como instrumento de coerção, evitando o ilícito. Ressalte-se que a decisão também reforça a ideia de que é necessário ter nas empresas políticas telemáticas preventivas, encampando a noção de que deve haver menos vigilância no conteúdo do e-mail e mais bloqueio de mensagens de conteúdo indesejável, limitando ao mínimo a quantidade de dados pessoais acessados.

Vale, todavia, salientar que a mais significativa inovação, que não se percebeu nitidamente, de imediato, em virtude de a despedida disciplinar ter sido julgada improcedente, estava na interpretação reversa, ou seja, o Tribunal Supremo, através este entendimento, também afirmava que quando o meio informático fosse utilizado para fins particulares, contrariando o que previam os protocolos da empresa, e com conhecimento dos controles e medidas aplicáveis, não poderia ser entendido que haveria vulneração de direito do obreiro, por falta de expectativa razoável de intimidade. Tal assertiva, como se verá na análise dos julgados subsequentes, em especial na STS 8876/2011, terá um papel fundamental na formação de sua doutrina.

Outro aspecto que merece destaque no exame da questão se relaciona com a importância que o Tribunal Supremo emprestou ao fato de o empregador ser o proprietário do bem informático utilizado pelo empregado para fins de determinar a licitude da ação de controle. Em verdade, ainda que a titularidade do bem não tenha tido um papel decisivo neste processo, enfatiza-se que o computador é instrumento de produção de titularidade do empregador, o que, por si só, já jogaria um papel central para justificar o exame quanto ao seu uso. Este enfoque, que, ao menos no que toca ao segredo das comunicações, destoa da jurisprudência do TC, é trazido nesta sentença em seu fundamento jurídico 3º, onde consta textualmente que *“el ordenador es un instrumento de producción del que es titular el empresario "como propietario o por otro título" y éste tiene, por tanto, facultades de control de la utilización, que incluyen lógicamente su examen”*. Esta interpretação, quando analisada à luz do direito previsto no art. 18.3 CE entra em choque com o entendimento do TC, segundo o qual a titularidade do bem por meio do qual é efetuada a comunicação, não transforma o proprietário em partícipe do processo comunicativo ou sequer em um terceiro qualificado (por todas, veja-se a STC 114/1984).

Outro ponto de destaque nessa decisão está na realização do exame da necessidade da medida restritiva adotada, que levou ao indeferimento da pretensão empresarial. Na sentença, analisando *in concreto* o controle efetuado pelo empregador, o Tribunal chama atenção para o fato de que a medida, que não encontrava apoio em advertência prévia da empresa, não era necessária ao fim por ela objetivado.

Consta expressamente em seu fundamento jurídico 5º:

La empresa no podía recoger la información obrante en los archivos temporales y utilizarla con la finalidad que lo ha hecho. Esa actuación en el presente caso ha supuesto una vulneración de su

derecho a la intimidad. En efecto, en el supuesto de que efectivamente los archivos mencionados registraran la actividad del actor, la medida adoptada por la empresa, sin previa advertencia sobre el uso y el control del ordenador, supone una lesión a su intimidad en los términos a que se ha hecho referencia en los anteriores fundamentos. Es cierto que la entrada inicial en el ordenador puede justificarse por la existencia de un virus, pero la actuación empresarial no se detiene en las tareas de detección y reparación, sino que, como dice con acierto la sentencia recurrida, en lugar de limitarse al control y eliminación del virus, "se siguió con el examen del ordenador" para entrar y apoderarse de un archivo cuyo examen o control no puede considerarse que fuera necesario para realizar la reparación interesada.

Assim, a mensagem que é passada através deste julgado é que, quando não haja prévia advertência quanto à existência de controle, as empresas não podem fiscalizar os computadores dos trabalhadores simplesmente para ver o que eles fazem durante a jornada laboral. Essa faculdade, como decorrência do poder diretivo, não resulta pura e simplesmente do contrato de trabalho, sendo imperativo que ocorram circunstâncias excepcionais que justifiquem a intervenção em tempo real ou acesso aos dados armazenados. Há, dessa forma, necessidade de haver uma finalidade prévia que justifique a intervenção, de forma que, uma vez ausente este prévio motivo, os dados obtidos através da fiscalização jamais poderão ser utilizados para fins distintos, para os quais não se demonstrou previamente a necessidade da intervenção.

3.1.2. A STS 1323/2011, de 08.03.2011 (Sala do Social - Recurso 1826/2010)

Seguindo a mesma linha da jurisprudência inaugurada com o caso Coruñesa de etiquetas, neste novo julgamento da Sala do Social do Tribunal Supremo, apreciou-se demanda em que uma empresa realizou uma auditoria interna com o objetivo de revisar a segurança do sistema e a correta utilização dos meios informáticos que eram colocados à disposição do trabalhador. Como resultado desta, foi constatado que o obreiro havia acedido a várias páginas de conteúdo não profissional a partir de seu computador em horário de trabalho, realizando um total de 5.566 "visitas" a páginas referentes ao mundo multimídia, a exemplo de vídeos, pirataria informática, anúncios, televisão etc. Por essa razão, houve a despedida por motivo disciplinar, na forma do art. 54.2, d, do Estatuto dos Trabalhadores.

Nesta sentença, que invoca a doutrina da STS 6128/2007 (Coruñesa de Etiquetas), foram resumidos alguns dos pilares tratados quando do exame da legalidade da prova obtida por meio de medida de controle dos meios informáticos. Em

princípio, reforçou-se a ideia de que a partir do uso pelo trabalhador dos meios informáticos facilitados pela empresa podem ocorrer conflitos que afetam a intimidade dos trabalhadores e estes surgem porque existe uma utilização personalizada e não meramente laboral do meio facilitado pelo empregador. Essa utilização personalizada se produz, na dicção da sentença, como consequência das dificuldades práticas de estabelecer uma proibição absoluta do emprego pessoal do computador – da mesma forma como sucede também com as conversas telefônicas na empresa – combinada com a generalização de certa tolerância com um uso moderado dos meios da empresa.

Ao mesmo tempo, consignou-se, como já fora feito no caso *Coruñesa de Etiquetas*, que, para análise da questão proposta, haveria que se ter em conta o fato de que os instrumentais utilizados são propriedade da empresa e que esta facilita ao trabalhador para usá-los no cumprimento da prestação laboral, de forma que essa utilização fica dentro do âmbito de poder de vigilância do empresário, que *"podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales"* (art. 20.3 ET), malgrado esse controle deva respeitar *"la consideración debida"* a la *"dignidad"* del *trabajador*", ao que também remete ao respeito à intimidade nos termos contidos nas SSTC 98/2000, de 10 de abril e 186/2000, de 10 de julho.

Neste ponto, recorda o Tribunal Supremo a existência de um hábito social generalizado de tolerância com certos usos pessoais moderados dos meios informáticos e de comunicação facilitados pela empresa aos trabalhadores. Essa tolerância cria uma expectativa também geral de confidencialidade nesses usos; expectativa que não pode ser desconhecida, ainda que tampouco se converta em um impedimento permanente do controle empresarial, porque, *"aunque el trabajador tiene derecho al respeto a su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por ésta para su uso y al margen de los controles previstos para esa utilización y para garantizar la permanencia del servicio"* (FJ 3º).

Assim, como já ponderado na sentença anterior (STS 6128/2007), o que deve fazer a empresa, de acordo com as exigências de boa fé, é estabelecer previamente as regras de uso para esses meios, ainda que se valha de proibições absolutas ou parciais – e informar aos trabalhadores de que irá existir controle e qual a forma em que este será aplicado, de maneira a comprovar a correção dos usos. Tais práticas não seriam impeditivas de que as empresas adotassem medidas para

“garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones.”

Desta forma, em resumo, reitera-se neste julgado a doutrina segundo a qual se o meio informático é utilizado para usos privados contrários a essas proibições e com conhecimento dos controles e medidas aplicáveis, não poderá ser entendido que, ao realizar o controle, houve necessariamente vulneração de uma expectativa razoável de intimidade. Todavia, no exame do caso concreto, como não havia prova de que a empresa havia estabelecido previamente regras para o uso dos meios informáticos, nem tampouco que havia informado aos obreiros que iria proceder ao controle dos meios para verificar a correção de seu uso, o Tribunal Supremo entendeu abusivo o controle e não admitiu a prova, por vulnerar a intimidade do trabalhador.

3.1.3. Importantes pontos em comum nestas duas sentenças

Em ambos os feitos, como resultado comum, tem-se que as despedidas disciplinares foram consideradas ilícitas. E esse resultado pode mascarar a doutrina de emana destes julgados. De fato, cotejando estas duas decisões, indo além do seu resultado final, aparentemente favorável à aplicação dos direitos fundamentais dos trabalhadores nas relações de trabalho, podem ser notados importantes pontos em comum, alguns bastante restritivos aos interesses dos trabalhadores, que merecem ser destacados.

Inicialmente, cumpre reconhecer que as sentenças giram em torno, não sobre os parâmetros constitucionais que regem a proteção do direito fundamental ao segredo das comunicações, mas sim sobre o critério da boa fé contratual. A partir daí, ambas implicitamente parecem distinguir a utilização abusiva do uso racional das ferramentas tecnológicas para fins pessoais, considerando que apenas na primeira hipótese haveria a quebra da boa fé contratual.

Ambas as decisões, nesse sentido, trazem como zona de interseção em sua argumentação a dificuldade de evitar que haja um uso pessoal dos meios tecnológicos da empresa. Assim, não se admite indiscriminadamente que as empresas sancionem todo e qualquer acesso a páginas de Internet não vinculadas com a atividade laboral. O problema residiria, portanto, em determinar até que ponto haveria um uso racional e onde começaria o abuso na utilização das ferramentas informáticas, e essa

tênue linha entre uma concepção e outra seria o que determinaria a aceitação ou rejeição pelo poder judicial de uma despedida disciplinar. Auxiliando no desate desta questão, aduz o Tribunal Supremo que para caracterizar uma transgressão da boa fé contratual deve existir um claro e evidente excesso em relação ao que socialmente se considera um uso moderado dos meios informáticos.

Todavia, ao revés de levar em conta para a caracterização da abusividade os parâmetros usualmente utilizados, como o excessivo tempo em relação à jornada laboral, o uso indevido em relação ao conteúdo consultado, ou a existência de indícios ou suspeitas que justifiquem a revisão dos meios informáticos, entre outros, o Tribunal Supremo se vale destes vetores e da análise acerca da estrita necessidade da medida restritiva apenas quando não haja prévia advertência quanto ao uso dos mecanismos informáticos, hipótese verificada em ambas as decisões – advertência que tem o papel de caracterizar a boa fé contratual do empregador. Todavia, consigna que esta, quando existente, poderia eliminar qualquer expectativa de intimidade do obreiro. E assim se situa o Tribunal Supremo por admitir que a empresa pode, conforme o caso, estabelecer proibições tanto totais quanto parciais à utilização dos meios informáticos.

Quanto aos aspectos formais, o Tribunal Supremo considera que, na medida do possível, a revisão deve se ajustar aos procedimentos de controle que tenham sido instaurados de forma expressa e dos quais os trabalhadores tenham sido prévia e devidamente informados, sem que seja obrigatória a presença nem do trabalhador nem dos seus representantes sindicais para a validade dos resultados obtidos, ainda que seja recomendável tal proceder como medida de transparência, malgrado não se trate de requisito imprescindível para admissão da prova.

O Tribunal Supremo resolve dessa forma o problema da fiscalização do correio eletrônico dos trabalhadores com base em categorias jurídicas laborais (a boa fé contratual), não em categorias constitucionais. Com efeito, ainda que a prévia advertência seja uma medida importante de segurança jurídica, o aspecto nuclear de sua aceitação plena como critério definidor da abusividade da conduta obreira está no fato de que, ao assim interpretar, o Tribunal Supremo demonstra não reconhecer no uso pessoal dos meios informáticos um direito do trabalhador. E o intérprete invariavelmente chega a esta conclusão ao perceber que se a mera existência de advertências prévias, unilateralmente impostas pelo empregador, tem o condão de excluir qualquer direito de uso privado das ferramentas informáticas, a utilização dos computadores na empresa para fins privados constitui, quando tolerado (explicitamente

ou através de omissão quanto ao implemento de regras prévias de uso), em verdade, uma mera concessão da empresa.

E assim nos balizamos, na medida em que se fosse visto como um direito, as circunstâncias em que se emite esse prévio aviso, quanto à possibilidade de limitação, deveriam estar submetidas ao teste de estrita necessidade, sendo válida a limitação apenas quando decorrente da própria natureza da atividade laboral ou quando comprovado que sua adoção fosse imprescindível para um legítimo objetivo colimado pela empresa. Em suma, a existência da advertência anterior, por si só, isoladamente considerada, não seria bastante em si. Entretanto, não parece ser assim que pensa o Tribunal Supremo.

E essa leitura de sua doutrina, que já era possível a partir dos argumentos trazidos nestas primeiras sentenças que enfrentaram a matéria, ficou ainda mais nítida a partir da análise de novo julgamento, versando sobre uso de meios informáticos, no qual a despedida disciplinar foi considerada lícita justamente por contrariar prévia advertência empresarial, ocorrido em 06.10.2011, e a respeito do qual destaca-se o tópico a seguir.

3.1.4. A STS 8876/2011, de 06 de outubro de 2011 (Recurso 4053/2010)

Esta recente sentença, discrepando das anteriores, é a primeira que confirma a procedência de uma despedida de quem se vale de forma abusiva e inadequada do computador com que realiza seu trabalho, admitindo como válida a prova obtida pela empresa comprovando o mau uso das ferramentas informáticas. O diferencial, na leitura do Tribunal Supremo, se dá pelo fato de que a empresa havia proibido expressa e taxativamente a utilização dos recursos tecnológicos da empresa para fins alheios à atividade laboral. A sentença, a partir dessa premissa, considera lícito o controle efetuado, por não violar o direito à intimidade, ainda que a empresa tenha acedido a conteúdos próprios do âmbito privado da trabalhadora.

Mais uma vez é reiterado o raciocínio jurídico que explica que as novas tecnologias são ferramentas de trabalho e não instrumentos pessoais do empregado, razão pela qual se encontram no âmbito controlável pela empresa, na forma do art. 20.3 ET. É o que se verifica no fragmento em que consta que *“el control empresarial de un medio de trabajo no necesita, a diferencia de lo que sucede con los supuestos del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, una justificación específica*

caso por caso. Por el contrario, su legitimidad deriva directamente del artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores.”

Em relação aos fundamentos utilizados pelo Tribunal Supremo para justificar a licitude da despedida efetuada, claramente se vê que, ao menos no que se refere à ausência de reconhecimento de um direito de uso privado dos meios informáticos, esta decisão não se afasta da doutrina instaurada a partir do caso Coruñesa de Etiquetas e seguido desde então. Com efeito, à exceção do fato de que não há qualquer referência à estrita necessidade da medida (que nos outros casos se justifica pela falta de prévia advertência da empresa, vedando o uso privado das ferramentas), considerada lícita pelo simples fato de haver previsão anterior em regramentos da empresa, foram reiteradas as linhas traçadas desde o caso Coruñesa de Etiquetas e mantidas na STS 1323/2011. Apenas, como afirmado no próprio acórdão, as consequências são diversas diante de um suposto de fato distinto.

O ponto de divergência se dá apenas pelo fato de que as sentenças antecessoras estabeleciam que a boa fé contratual exigia para o controle do computador e demais ferramentas tecnológicas, a advertência aos obreiros da possibilidade de controlar, indicando as formas que poderia adotar para comprovar as ilicitudes que viessem a ser cometidas, aspecto que não se verificou neste controle em particular. Neste caso concreto, vale dizer, diversamente dos anteriores, há instruções prévias da empresa proibindo de forma absoluta o uso privado do computador da empresa, razão pela qual seria lícito, na visão do Tribunal Supremo, o exercício do controle, todavia a sua efetivação e a forma como ele foi procedido não era do conhecimento dos trabalhadores, aspecto que, de acordo com a visão majoritária, foi considerado meramente retórico nos feitos anteriores, não integrando a doutrina do Tribunal Supremo.

Dessa forma, afastando a discrepância constatada, a sentença prossegue, aduzindo que naqueles casos em que as instruções de uso comunicadas aos empregados proibam taxativamente a utilização das ferramentas tecnológicas para atividades alheias ao trabalho, o empregador poderá controlar ainda que deste controle resulte seu acesso a questões de caráter privado, pois haverá erradicado a expectativa de intimidade do trabalhador.

Textualmente, disse o Tribunal Supremo *“si no hay derecho utilizar el ordenador para usos personales, no habrá tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan un respeto a la intimidad o al secreto de las*

comunicaciones, porque, al no existir una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad y porque, si el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo". Em outras palavras, sustenta-se que não pode existir conflito de direitos quando há uma proibição válida, que, no caso, é a inexistência de uma situação de tolerância com o uso pessoal do computador. Entendimento em sentido contrário, para o Tribunal Supremo, *"equivaldría a admitir que el trabajador podría crear, a su voluntad y libre albedrío, un reducto de intimidad, utilizando un medio cuya propiedad no le pertenece y en cuyo uso está sujeto a las instrucciones del empresario."*

Assim, a despeito da discrepância quanto à necessidade de prévia ciência dos empregados quanto à forma de exercício do poder de controle do uso das ferramentas informáticas, a questão crucial residiu, mais uma vez, em verificar, *in concreto*, se havia uma situação de tolerância para o uso pessoal moderado dos meios informáticos postos à disposição do trabalhador para o desempenho do trabalho. Se tal comportamento fosse tolerado, haveria uma "expectativa razoável de confidencialidade" para o seu uso irregular, o que limitaria a faculdade de controle empresarial, justificando-se o exame da estrita necessidade da medida restritiva. Como, no caso concreto, não houve qualquer tolerância pela empresa quanto ao uso privado, o Tribunal Supremo considerou lícito o controle.

Em síntese, da mesma forma como se deu nas decisões anteriores, não se reconheceu a existência de um direito ao uso pessoal dos meios informáticos disponibilizados pelo empregador ao empregado, sendo que, nesta oportunidade, em virtude da existência de prévia advertência neste sentido, a despedida disciplinar foi julgada procedente.

3.1.5. Algumas notas sobre a doutrina do Tribunal Supremo a respeito do uso de meios informáticos no ambiente laboral

Se é fato que o Tribunal Supremo não tratou ainda dos controles sobre o uso do correio eletrônico, nem tampouco tratou da matéria à luz do direito ao segredo das comunicações, começa a ser formada uma doutrina quanto ao uso dos meios informáticos que o empregador coloca a sua disposição. Ainda que remanesçam alguns pontos omissos, já que sua análise se limita à casuística dos processos até então

apreciados, certos aspectos, entretanto, já podem ser catalogados da síntese destes julgados para fins de sistematização.

3.1.5.1. Valorização da titularidade das ferramentas informáticas

Inicialmente, ainda que sua importância seja relativizada nas duas primeiras decisões, nas quais a despedida disciplinar foi considerada ilícita, a titularidade dos bens informáticos utilizados pelos empregados nas relações de trabalho tem um caráter essencial e relevante para definir a possibilidade de controle pelo empregador e na definição do estado de mera tolerância em relação ao seu uso privado quando não vedado expressamente. É o que se colhe de várias passagens das decisões mencionadas anteriormente, em que a titularidade dos bens é apontada como instrumento nuclear (ainda que não o único) para justificar o controle, viabilizando o reconhecimento de licitude da prova obtida (SSTS 6128/2007 FJ 2, 1323/2011 FJ 3, e 8876/2011 FJ 4). E estas decisões encontraram eco na jurisprudência social dos Tribunais Superiores de Justiça das Comunidades Autônomas (por todas a STSJ GAL 5220/2012, de 12 de junho de 2012).

Em resumo, admite-se que há que se ter em conta que os meios informáticos são de propriedade da empresa e que esta facilita ao trabalhador para utilização no cumprimento da prestação laboral. Por essa razão, em princípio, os julgados admitem que estaria o empregador autorizado a adotar as medidas mais oportunas de vigilância e controle.

3.1.5.2. O requisito da regulação prévia. Admissão de proibições totais de uso privado das ferramentas informáticas. Convolação de direito a objeto de mera tolerância

Pesando tanto quanto a existência do contrato de trabalho, a propriedade dos bens viabiliza que sejam previamente estabelecidas regras de uso que vetem completamente o uso privado dos meios informáticos.

Quanto ao teor destas regras, ainda que as SSTS 6128/2007 e 1323/2011 adotassem posições ambíguas em relação à possibilidade de proibição total de uso dos meios informático para fins privados, já que se é fato que expressamente a admitiam, eram igualmente firmes em sinalizar para a dificuldade de sua implementação diante de um uso social dessas ferramentas informáticas tolerado, o Tribunal Supremo,

diante do primeiro caso em que estas regras foram efetivamente implementadas pela empresa, demonstrou o caráter meramente retórico daquelas ponderações, já que na STS 8876/2011 considera lícito regramento prévio que estabelece a proibição total do uso privado, não havendo qualquer garantia de direito dos trabalhadores.

E, quanto a este aspecto, importante chamar atenção para o fato de que não reconhece a existência de um direito ao uso privado dos meios informáticos colocados pelo empregador à disposição do empregado no ambiente de trabalho. E tal se dá desde o caso Coruñesa de Etiquetas, a despeito de referências teóricas que pareçam, à primeira vista, indicar que somente um uso abusivo, apreciado a partir de outros parâmetros, seria passível de controle. Na verdade, depreende-se da jurisprudência recente do Tribunal Supremo que todo uso que vá de encontro ao regulamento prévio, só por esta razão, já será considerado automaticamente como abusivo, estando autorizada a ação de controle e fiscalização. Assim, reiterando o que já dissemos anteriormente, o uso privado não passa, nos casos em que é tolerado, de mera concessão, não havendo direito que o resguarde.

Nesse sentido, sem medo de errar, o Tribunal Supremo, em entendimento que encontrou guarida na mais recente jurisprudência Social dos Tribunais Superiores de Justiça das Comunidades Autônomas (por todas, cite-se as STSJ GAL 5220/2012, de 12 de junho de 2012, FJ 3, STSJ EXT 1005/2011, de 14 de junho de 2011, FJ 2 e STSJ CV 6644/2010, de 28 de setembro de 2010, FJ 2), aproximando-se da abordagem feita pelo TST brasileiro em relação ao e-mail corporativo, e sendo ainda mais rígido que este, não enfrenta a questão a partir de um conflito entre direitos fundamentais ou entre os direitos fundamentais do trabalhador e os poderes do empregador. E não o faz, repito, porque não considera que o uso privado dos meios informáticos estaria protegido por direito de qualquer espécie, configurando-se, nos casos de omissão da empresa a respeito de prévia vedação, de mero ato de tolerância. Como consequência, não se cogita, quando existente prévio regulamento quanto ao uso destes meios informáticos, da realização de teste de estrita necessidade da medida restritiva, na linha adotada pelo Tribunal Constitucional quando os direitos fundamentais dos empregados são confrontados com os poderes da empresa.

3.1.5.3. Fundamento para o exercício do poder diretivo do empregador: o art. 20.3 do ET

É fato, como já restou múltiplas vezes mencionado, que não há uma regulação legal específica sobre a eficácia do direito ao segredo das comunicações no seio empresarial. Assim, dividiram a cena igualmente decisões que deram fundamento à possibilidade de o empregador fiscalizar os meios de comunicação telemática e uso dos meios informáticos cedidos pela empresa com base no art. 18 ET, bem como fulcrados no art. 20.3 ET.

Todavia, nesse ponto, foi particularmente esclarecedor o caso Coruñesa de Etiquetas e a jurisprudência do Tribunal Supremo que lhe sucedeu, no qual se deixa claro que o controle do uso do computador facilitado ao trabalhador pelo empregador não se regula, no plano infraconstitucional, pelo art. 18 ET, mas pelo art. 20.3 ET, cuja redação está vazada nos seguintes termos:

Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral

(...)

3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso.

A leitura do Tribunal Supremo conduz ao entendimento de que as medidas de controle sobre os meios informáticos postos à disposição do trabalhador se encontram, via de regra, dentro do âmbito normal do poder do empregador de verificar o cumprimento de obrigações e deveres funcionais, já que o computador é um instrumento de produção em torno do qual cabe o exame pelo empreendedor, na medida em que por ele se executa o trabalho e o empresário necessita verificar a correção das atividades prestadas, sendo a sua verificação, algumas vezes, a única forma de aferição do trabalho prestado. Esta situação, ainda que ambas sejam expressões do poder diretivo, se distingue da que se opera em relação à verificação (controle) do posto (mesa) de trabalho que, sendo um bem móvel do empresário, é cedido em favor do trabalhador para a execução da atividade produtiva, mas que, na prática, é este quem delimita a forma de uso, ainda que o bem esteja no plano causal vinculado ao contrato de trabalho (situação tratada no art. 18 ET⁷⁵⁹). Neste último caso, à toda evidência,

⁷⁵⁹ Art. 18. Inviolabilidad de la persona del trabajador. Sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se

estaríamos fora da margem de proteção e dos poderes empresariais do art. 20 ET, já que a partir de sua vigilância não dá para “*verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales*”. Assim, os elementos que definem as garantias e os limites do art. 18 ET, de acordo com a dicção do Tribunal Supremo, não são aplicáveis ao controle dos meios de comunicação telemáticos⁷⁶⁰.

contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible.

⁷⁶⁰ Em outras palavras, esta ideia é sustentada no anteriormente citado caso “Coruñesa de Etiquetas”, em que o Tribunal Supremo, consignou que “*las medidas de control sobre los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores se encuentran, en principio, dentro del ámbito normal de esos poderes: el ordenador es un instrumento de producción del que es titular el empresario "como propietario o por otro título" y éste tiene, por tanto, facultades de control de la utilización, que incluyen lógicamente su examen. Por otra parte, con el ordenador se ejecuta la prestación de trabajo y, en consecuencia, el empresario puede verificar en él su correcto cumplimiento, lo que no sucede en los supuestos del artículo 18, pues incluso respecto a la taquilla, que es un bien mueble del empresario, hay una cesión de uso a favor del trabajador que delimita una utilización por éste que, aunque vinculada causalmente al contrato de trabajo, queda al margen de su ejecución y de los poderes empresariales del artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores para entrar dentro de la esfera personal del trabajador. De ahí que los elementos que definen las garantías y los límites del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, no sean aplicables al control de los medios informáticos.*” (FJ 3º).

Clara, nessa linha de pensamento, é a STSJ MAD 18255/2009, de 21 de setembro de 2009 que sustenta seu posicionamento quanto à aplicação do art. 20.3 ET nos seguintes termos: “*La sentencia del TS de 26-9-07 ha establecido la doctrina según la cual el control de los contenidos del ordenador puesto por la empresa a disposición del trabajador para el desempeño de sus cometidos laborales no se regula por el art. 18, relativo a la inspección de las taquillas, sino por el art. 20.3 del ET. Así se ha declarado que "el régimen de registros del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores aparece así como una excepción al régimen ordinario que regula la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 545 y siguientes). Tanto la persona del trabajador, como sus efectos personales y la taquilla forman parte de la esfera privada de aquél y quedan fuera del ámbito de ejecución del contrato de trabajo al que se extienden los poderes del artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores. Por el contrario, las medidas de control sobre los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores se encuentran, en principio, dentro del ámbito normal de esos poderes: el ordenador es un instrumento de producción del que es titular el empresario "como propietario o por otro título" y éste tiene, por tanto, facultades de control de la utilización, que incluyen lógicamente su examen. Por otra parte, con el ordenador se ejecuta la prestación de trabajo y, en consecuencia, el empresario puede verificar en él su correcto cumplimiento, lo que no sucede en los supuestos del artículo 18, pues incluso respecto a la taquilla, que es un bien mueble del empresario, hay una cesión de uso a favor del trabajador que delimita una utilización por éste que, aunque vinculada causalmente al contrato de trabajo, queda al margen de su ejecución y de los poderes empresariales del artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores para entrar dentro de la esfera personal del trabajador. De ahí que los elementos que definen las garantías y los límites del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, no sean aplicables al control de los medios informáticos. En primer lugar, la necesidad del control de esos medios no tiene que justificarse por "la protección del patrimonio empresarial y de los demás trabajadores de la empresa", porque la legitimidad de ese control deriva del carácter de instrumento de producción del objeto sobre el que recae. El empresario tiene que controlar el uso del ordenador, porque en él se cumple la prestación laboral y, por tanto, ha de comprobar si su uso se ajusta a las finalidades que lo justifican, ya que en otro caso estaría retribuyendo como tiempo de trabajo el dedicado a actividades extralaborales. Tiene que controlar también los contenidos y resultados de esa prestación. Así, nuestra sentencia de 5 de diciembre de 2003, sobre el telemarketing telefónico, aceptó la legalidad de un control empresarial consistente en la audición y grabación aleatorias de las conversaciones telefónicas entre los trabajadores y los clientes "para corregir los defectos de técnica comercial y disponer lo necesario para ello", razonando que tal control tiene "como único objeto. ...la actividad laboral del trabajador", pues el teléfono controlado se ha puesto a disposición de los trabajadores como herramienta de trabajo para que lleven a cabo sus funciones de "telemarketing" y los trabajadores conocen que ese teléfono lo tienen sólo para trabajar y conocen igualmente que puede ser intervenido por la empresa. El control de los ordenadores se justifica también por la necesidad de*

Não se diga, entretanto, que o fato de o controle do empregador se basear no art. 20.3 ET possa ser visto como uma porta de entrada para medidas fiscalizatórias desproporcionadas e sem uma finalidade pré-definida, havendo alguns critérios que a jurisprudência social espanhola mais recente tem exigido para caracterizar como legítimos os instrumentos de vigilância dos correios eletrônicos.

É o que se colhe das SSTJ MAD 291/2008, de 16 de janeiro de 2008, MAD 18255/2009, de 21 de setembro de 2009, e MAD 6008/2010, de 27 de abril de 2010, entre outras, que, a despeito de aplicar aos sistemas informáticos o art. 20.3 ET, consideram ilegais os controles efetuados pelo empregador, quando não decorra da própria natureza do trabalho efetuado ou da estrita necessidade de modo que sua aplicação não implica uma preponderância das faculdades do empregador em detrimento daquelas que os obreiros ostentam por força de seus direitos fundamentais, salvo quando a empresa tenha regra própria versando sobre a matéria e estabelecendo uma proibição, que pode ser total, de uso privado, situação abordada no tópico seguinte.

3.1.5.4. Sobre a necessidade de prévio aviso aos trabalhadores

Trata-se de aspecto dos mais polêmicos, como já vimos quando analisada a jurisprudência do Tribunal Supremo. Alguns julgados, seguindo uma linha de maior transparência dos meios de fiscalização, exigem aviso prévio aos empregados como pré-requisito para validade dos mesmos, indicando, inclusive a forma como este

coordinar y garantizar la continuidad de la actividad laboral en los supuestos de ausencias de los trabajadores (pedidos, relaciones con clientes), por la protección del sistema informático de la empresa, que puede ser afectado negativamente por determinados usos, y por la prevención de responsabilidades que para la empresa pudieran derivar también algunas formas ilícitas de uso frente a terceros. En realidad, el control empresarial de un medio de trabajo no necesita, a diferencia de lo que sucede con los supuestos del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, una justificación específica caso por caso. Por el contrario, su legitimidad deriva directamente del artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores. En segundo lugar, la exigencia de respetar en el control la dignidad humana del trabajador no es requisito específico de los registros del artículo 18, pues esta exigencia es general para todas las formas de control empresarial, como se advierte a partir de la propia redacción del artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores. En todo caso, hay que aclarar que el hecho de que el trabajador no esté presente en el control no es en sí mismo un elemento que pueda considerarse contrario a su dignidad (...) Por último, la presencia de un representante de los trabajadores o de un trabajador de la empresa tampoco se relaciona con la protección de la intimidad del trabajador registrado; es más bien, como sucede con lo que establece el artículo 569 Ley de Enjuiciamiento Criminal para intervenciones similares, una garantía de la objetividad y de la eficacia de la prueba. Esa exigencia no puede, por tanto, aplicarse al control normal por el empresario de los medios de producción, con independencia de que para lograr que la prueba de los resultados del control sea eficaz tenga que recurrirse a la prueba testifical o pericial sobre el control mismo. No cabe, por tanto, aplicación directa del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores al control del uso del ordenador por los trabajadores, ni tampoco su aplicación analógica, porque no hay ni semejanza de los supuestos, ni identidad de razón en las regulaciones (artículo 4.1 del Código Civil ". (FJ 1º).

controle vai se processar. De outra mão, outros passam a ideia de que a fiscalização decorreria simplesmente do contrato de trabalho. Nesse sentido, se apoiam na previsão do art. 5º, alínea a, do Estatuto dos Trabalhadores que prevê que: “*los trabajadores tienen como deberes básicos: a) cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia.*”

De fato, a visão vencedora na STS 8876/2011 vai mais além do que restou estabelecido por suas antecessoras e entende desnecessário que a empresa advirta o trabalhador sobre a limitação no uso do computador e a respeito do controle de sua utilização. E o faz, acrescentando que esta previsão nas sentenças anteriores configura mero argumento *obter dicta*⁷⁶¹, acessórios, e, portanto, dispensável, que acompanham o principal, o *ratio decidendi*⁷⁶². Ainda que a questão ainda padeça de maior maturação na jurisprudência, a tendência é que os Tribunais passem a admitir a validade de controles não anunciados aos trabalhadores ou a seus representantes, por entender que tal postura decorreria meramente da relação de trabalho, aspecto que tende a se firmar após as recentes decisões do Tribunal Supremo (STS 8876/2011)⁷⁶³.

3.1.5.5. Presença dos trabalhadores ou de seus representantes quando da realização dos atos de controle

⁷⁶¹ Discordamos deste entendimento e nos baseamos no fato de que tal ponderação, apenas no caso Coruñesa de Etiquetas chega a ser proclamada por três vezes, conforme se colhe dos fragmentos abaixo indicados: “*aunque el trabajador tiene derecho al respeto a su intimidad -derecho fundamental- no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por esta para su uso y al margen de los controles previstos para esta utilización y para garantizar la permanencia del servicio.*” (...) “*Por ello, lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios - con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- e informar a los trabajadores de que va a existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso...*” (...) “*De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que al realizarse el control se ha vulnerado “una expectativa razonable de intimidad” -derecho fundamental-*”.

⁷⁶² Neste feito, a exigência de que os trabalhadores sejam informados da existência de controle, ou quais os meios empregados para ele, são consideradas meras obrigações complementares de transparência (FJ 4). Desse entendimento, discordaram alguns juízes que se posicionaram no sentido de que a STS 8876/2011 rompeu com a doutrina preexistente do Tribunal Supremo. É o que se infere do voto particular, formulado pela Magistrada Exma. Sra. D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, ao qual aderiram os Exmos. Srs. Magistrados D. Luis Fernando de Castro Fernandez, D. Jordi Agusti Julia, D^a Rosa Maria Viroles Piñol e D. Manuel Ramon Alarcuel.

⁷⁶³ Este é um questionamento que as sentenças supervenientes da Sala do Social do Tribunal Supremo poderão esclarecer. Todavia, os recursos que, até então, versaram sobre esta matéria, após a publicação das três decisões anteriormente referidas, não foram admitidos para análise de mérito, por não atenderem ao requisito do art. 219 da Lei Reguladora da Jurisdição Social. É o caso dos ATS 4384/2012, de 20 de março de 2012, ATS 9301/2012, de 13 de setembro de 2012 e ATS 4491/2013, de 04 de abril de 2013.

Ainda que se possa reconhecer como medida recomendável (é medida adotada na STS 8876/2011, ainda que não seja condição para o reconhecimento da licitude do controle), para emprestar maior transparência ao ato, não há no ordenamento jurídico espanhol como se exigir a presença dos representantes sindicais ou outra representação laboral como requisito *sine qua non* para o reconhecimento da legitimidade da medida restritiva.

Assim, reconhecido, em especial a partir da jurisprudência do Tribunal Supremo, que a fiscalização quanto ao uso das ferramentas informáticas colocadas à disposição do trabalhador encontra base no art. 20.3 ET, o controle se submete compulsoriamente apenas aos requisitos contidos na norma, que deverão ser interpretados sistematicamente à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e dos demais princípios, aqui incluídos os direitos fundamentais (é o que se verifica nas SSTS 6128/2007 e 1323/2011).

Traduzindo esse entendimento, entre tantas outras sentenças de Tribunais de Justiça de Comunidades Autônomas, a STSJ MAD 6008/2010, de 27 de abril de 2010, em que se julgou demanda em que trabalhador da empresa ALCALIBER S.A se valeu do e-mail e outros meios para revelar segredos da empresa, o Tribunal, reconhecendo que o controle exercido pela empresa é regulado pelo art. 20.3 ET, considerou que não macula a dignidade do trabalhador a fiscalização que se dê sem a presença de representantes dos trabalhadores. Assim, na expressão do próprio TSJ em seu fundamento jurídico terceiro, essa exigência *“no puede, por tanto, aplicarse al control normal por el empresario de los medios de producción”*. Para acrescentar, em seguida, que *“la exigencia de respetar en el control la dignidad humana del trabajador no es requisito específico de los registros del artículo 18, pues esta exigencia es general para todas las formas de control empresarial, como se advierte a partir de la propia redacción del artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores . En todo caso, hay que aclarar que el hecho de que el trabajador no esté presente en el control no es en sí mismo un elemento que pueda considerarse contrario a su dignidad”*.

Assim, o reconhecimento de que o controle empresarial é regido pelo art. 20.3 ET tem conduzido ao entendimento de que é dispensável a presença de trabalhadores ou de seus representantes quando da realização dos atos de controle.

3.1.5.6. A resolução judicial: um requisito ignorado

Com base no que dispõe o art. 18.3 CE e 8º do CEDH, parte da doutrina sustenta que as mensagens de correio eletrônico, enviadas ou recebidas pelos trabalhadores somente seriam passíveis de controle mediante prévia resolução judicial, motivada, cuja ausência ou falta de motivação determinariam a lesão a direito fundamental. Como única exceção se admite aqueles casos em que a intervenção aparece justificada por estar implícita na relação laboral ou por ser imprescindível para a satisfação de interesses empresariais legítimos.

Todavia, não se vê na jurisprudência social espanhola tamanho apego ao requisito da resolução judicial prévia como única forma de intervenção nas comunicações telemáticas. Assim, sendo a matéria apreciada na maior parte das vezes através de ações em que se apura a gravidade de alguma infração que é imputada ao trabalhador, os Tribunais, antes da apreciação da conduta do obreiro, geralmente fazem uma análise da licitude das provas obtidas mediante acesso ao correio eletrônico do obreiro, porém essas reflexões não vão além de um exame geral sobre se o empregador estaria ou não habilitado para intervir no processo comunicativo, sem que se faça um exame detalhado sobre a necessidade de prévia resolução judicial, limitando-se a analisar se houve excesso de poder, na forma como prevê o art. 20.3 do Estatuto dos Trabalhadores, o que, na prática, equivale a ignorar a existência desse requisito no caso dos correios eletrônicos dos empregados ou implicitamente reconhecer que o ingresso na relação de trabalho (e aos seus regulamentos e códigos de conduta) seria o instrumental autorizador. Pelo que se pode dizer que na quase totalidade dos julgados a prévia autorização judicial não ocupa papel algum, não sendo visto como requisito sem o qual a intervenção seria considerada ilícita. E tal se dá em grande medida porque, como já visto, o segredo das comunicações do empregado não se entende como um direito, mas sim como uma concessão do empregador. E assim se dá porque, mesmo quando se entende como direito, costuma ser vítima de confusão o direito ao segredo das comunicações e o direito à intimidade, de maneira que inúmeras vezes a restrição ao uso do correio eletrônico termina por não ser tratado tendo como base o art. 18.3 CE, mas à luz do direito previsto no art. 18.1 CE. Tudo isso sem olvidar as exceções que, como vimos no capítulo anterior, terminam por não tornar impositiva a necessidade de ordem judicial na limitação do segredo das comunicações no âmbito laboral, sustentadas na ideia de a restrição estar implícita na relação laboral, ou por ser imprescindível para a satisfação de interesses empresariais legítimos.

Dessa forma, resumindo as ideias centrais, conclui-se que o Tribunal Supremo espanhol apoia sua jurisprudência em matéria de controle de e-mails no âmbito laboral em parâmetros essencialmente laboristas (v.g. propriedade, boa fé) e não a partir de parâmetros constitucionais. O segredo das comunicações, assim, é tratado como concessão, não como direito fundamental. A consequência é que não se aplica, portanto, o teste de estrita necessidade da medida restritiva. Ademais, nas raras vezes em que é tratado como direito fundamental, como já dito, este é confundido com o direito à intimidade. Assim, tampouco se considera sequer a possibilidade de exigir ordem judicial.

3.2. Breves considerações sobre a doutrina do TEDH sobre o direito ao respeito à vida privada e às comunicações (Art. 8º da CEDH)

A doutrina do TEDH em torno do art. 8º da CEDH é reiteradamente citada nas decisões do Tribunal Supremo. O inusitado da referência está no fato de que a leitura de ambos os tribunais em torno da mesma questão é bastante distinta.

Como visto anteriormente (cap. 4), o direito previsto no art. 8º CEDH é um direito ao respeito à vida privada e à correspondência, ou seja, ali não se proclama um direito à vida ou a comunicações de ordem privada, mas sim a que estas sejam respeitadas. Nesse sentido, ele gera, sem olvidar a necessidade eventual de atos comissivos garantidores da liberdade, de imediato, um dever de terceiros de se abster a irromper nesse âmbito pessoal.

Sobre os limites dos controles efetuados pelos empregadores às comunicações privadas intentadas pelos empregados no ambiente de trabalho, são duas as sentenças mais relevantes que traduzem a doutrina do TEDH. O primeiro é o caso *Halford vs. Reino Unido* e a segunda e mais recente caso *Copland vs. Reino Unido*. Em comum, os dois casos têm o fato de que o TEDH analisa o controle sobre as comunicações realizadas no trabalho, a existência de expectativa de respeito ao âmbito da vida privada e as ingerências ilegítimas realizadas pelo empregador. A seguir cada um desses julgados será apresentado em seus principais aportes.

3.2.1. O caso Halford contra o Reino Unido (de 25 de junho de 1997 - TEDH 1997\37⁷⁶⁴)

⁷⁶⁴ Sentença Halford contra Reino Unido de 25 de junho de 1997 [TEDH 1997\37], Repertorio 1997-III, pg. 1016, ap. 45.

Nesta demanda, que chegou ao TEDH em 1997, foi analisado caso em que a empresa disponibilizou para a Sra. Halford dois aparelhos telefônicos, um dos quais destinado exclusivamente para uso privado. Não houve da parte da empresa a formulação de orientação ou de restrição ao uso dos aparelhos.

Condenada pela Justiça do Reino Unido, que considerou legítima a prova obtida através da interceptação de ambos os aparelhos telefônicos e mais o de sua residência, a Sra. Halford recorreu ao TEDH, pois considerou que a decisão violava o art. 8º do CEDH. Julgando a conformidade da ação ao quanto prescreve a referida norma comunitária, o TEDH consignou que *“se depende claramente de su jurisprudencia que las llamadas telefónicas que proceden de locales profesionales, al igual que las precedentes del domicilio, pueden incluirse en los conceptos de vida privada y de correspondencia citados en el apartado 1 del artículo 8...”*. Para em seguida concluir que *“no hay pruebas de que a la Sra. Halford se le hubiera avisado, en calidad de usuaria de la red interna de telecomunicaciones, de que las llamadas efectuadas mediante la misma podían ser interceptadas. El tribunal considera que ella podía razonablemente esperar que se reconociera el carácter privado de este tipo de llamadas...”*⁷⁶⁵

A partir dessa construção da jurisprudência do TEDH, uma primeira conclusão que se pode inferir é que as ligações em telefones ou em celulares funcionais, feitas ou recebidas no local de trabalho, colocados à disposição para fins profissionais são protegidas pelo art. 8 do CEDH, já que se incluem na vida privada as comunicações que se realizam desde o local de trabalho ou de qualquer outro lugar, seja este público ou privado.

Acrescente-se, ademais, que, interpretando o teor do julgado, não se vislumbrou que a prévia informação sobre a possibilidade de controle pelo empregador seria suficiente para garantir a legitimidade da interceptação por falta de caráter privado da comunicação, sendo necessário que nessa hipótese se persiga um fim legítimo (ainda que não se pronuncie sobre quais seriam esses fins e em que condições esse controle se daria no ambiente de trabalho). Por fim, ressalta, em sua doutrina, que o art. 8.2 CEDH estabelece que a intervenção somente pode-se dar através de uma autoridade pública,

⁷⁶⁵ Citações desta decisão em espanhol foram extraídas integralmente do *Documento de trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo*. Aprobado el 29 de mayo de 2002”. In: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/docu_grupo_trabajo/wp29/common/B.2.52-cp-wp55---vigilancia-comunicaciones-electr-oo-nicas-trabajadores.pdf. Acesso em 22.01.2010.

condição não ostentada pelo empresário. Essa doutrina, com discretas variações, foi reiterada no caso Copland.

3.2.2. O caso Copland vs. Reino Unido (STEDH de 03 de abril de 2007)

Dez anos depois do julgamento do caso Halford, no caso Copland, em 2007, o TEDH teve chance de se pronunciar amplamente sobre outras ferramentas tecnológicas utilizadas no posto de trabalho e passíveis de viabilizar comunicações de caráter privado. Nesse caso, foi realizada a interceptação e armazenamento de informações sobre a utilização para uso pessoal do telefone, correio eletrônico e os dados sobre a navegação na internet realizada no trabalho, sem consentimento da empregada. A finalidade do controle, que durou cerca de 18 meses, era determinar se a obreira fazia uso excessivo das instalações de seu empregador (*Carmarthenshire College*) para assuntos pessoais.

Na ocasião em que os fatos ocorreram não havia política interna da empresa, tratando do controle sobre o uso dos mecanismos informáticos. Vale ressaltar, entretanto que, da mesma forma de no caso Halford, o TEDH não excluiu a possibilidade de o controle pelo empregador do uso do telefone, do correio eletrônico e da internet no ambiente de trabalho possa ser considerado necessário em uma sociedade democrática em certas situações em que se persigam fins legítimos⁷⁶⁶.

É de se chamar atenção para o fato de que neste feito o TEDH analisou o conteúdo dos direitos garantidos no art. 8 CEDH e os atos que podem interferir nesta garantia. Assim, a respeito do correio eletrônico, foi considerada uma ingerência não apenas a análise de seu conteúdo, mas também a análise dos endereços eletrônico para os quais a trabalhadora enviava os e-mails, assim como as datas e horários em que o fazia, sendo considerada a violação, ainda que os dados sejam armazenados, mas não utilizados. Todavia, o TEDH gradua as ações de controle, considerando de menor gravidade a mera fiscalização de forma, em detrimento daquelas outras interceptações através das quais se tenha conhecimento do conteúdo da comunicação.

No caso concreto, em relação às medidas de controle adotadas em relação à Sra. Copland, analisando o TEDH se houve lesão ao quanto previsto no art. 8º do CEDH, considerou-se que a recolhida e armazenamento de informação pessoal

⁷⁶⁶ Apartado 48, caso Copland.

relativa às chamadas telefônicas, e-mails e navegação pela internet da Sra. Copland constitui uma ingerência em seu direito ao respeito a sua vida privada e sua correspondência⁷⁶⁷. Ademais, na averiguação sobre a previsão da ingerência em lei (art. 8.2 CEDH), após discorrer sobre sua doutrina, que exige que a medida impugnada tenha base em legislação interna e que esta seja previsível (*“la Ley debe emplear términos lo suficientemente claros para que todos puedan conocer en qué circunstancias y en qué condiciones pueden las autoridades recurrir a tales medidas”*⁷⁶⁸ - caso Halford -TEDH 1997, 37- e Malone -TEDH 1984, 1), o TEDH, considerando que o Governo do Reino Unido não argumentou sobre a existência de legislação interna ou normas que dessem substrato à sanção, entendeu que também quanto a este aspecto teria ocorrido violação do art. 8º CEDH, condenando o Reino Unido ao pagamento de danos morais em favor da Sra. Copland e arcando com os custos do processo.

Assim, situados os principais precedentes do TEDH em torno da matéria, cotejando ambas as decisões referidas ao norte, pode-se dizer que são três os principais pilares da jurisprudência do TEDH derredor do art. 8 do CEDH:

- A confiança dos trabalhadores de respeito à vida privada no trabalho que não se perde pelo uso de ferramentas de trabalho ou outros meios profissionais do empregador, ainda que o prévio aviso sirva para diminuir esta confiança legítima.

- O segredo das comunicações se aplica às comunicações no trabalho e cobre as comunicações por e-mail. O que implica aplicação dos requisitos de previsibilidade e de proporcionalidade a suas limitações (necessárias para a perseguição de um fim legítimo)

- O respeito à vida privada cobre o direito do indivíduo de entabular e desenvolver relações com seus semelhantes. O fato de grande parte dessas relações se dar no ambiente de trabalho limita a legitimidade do empregador de aplicar medidas de segurança.

3.3. O documento de trabalho relativo à vigilância das comunicações eletrônicas no ambiente de trabalho

Se é seguro que a influência do caso Coruñesa de Etiquetas se tornou evidente nos julgados que lhe sucederam, com reiteradas e expressas referências aos

⁷⁶⁷ Apartado 44, caso Copland.

⁷⁶⁸ Apartado 46, caso Copland. Citação em espanhol extraída a partir de documento constante no site www.documentostics.com. Acesso em 11.09.2011.

seus principais aspectos, da mesma forma que a jurisprudência do TEDH, alguns estudos também começam a influenciar de forma mais direta as decisões do Social na Espanha, servindo como contraponto aos pilares edificados pelo Tribunal Supremo.

Dessas tentativas de guiar o pensamento derredor da matéria, destaca-se o estudo feito pelo “grupo de trabalho sobre proteção de dados”. Criado em virtude do art. 29 da Directiva 95/46/CE⁷⁶⁹ do Parlamento Europeu e do Conselho, este grupo – órgão consultivo independente da União Europeia, através do chamado “*documento de trabalho relativo à vigilância das comunicações eletrônicas no ambiente de trabalho*” apresentou estudo e conclusões⁷⁷⁰ de caráter não vinculante, que, entretanto, começam a orientar na tarefa interpretativa derredor da questão que se examina.

Sua atividade se apoiou na jurisprudência do TEDH sobre o art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais e diversos instrumentos jurídicos internacionais, inclusive a própria Diretiva 95/46/CE, oferecendo orientação e exemplos concretos sobre o que seriam controles legítimos e limites aceitáveis à vigilância dos trabalhadores pelo empregador.

3.3.1. Principais contribuições do estudo sobre o controle dos correios eletrônicos pelo empregador

Dentre as contribuições de ordem técnico/científica que este estudo aporta à matéria, seguramente está o fato de que houve uma fuga às chamadas posições extremas. Assim, se é verídico que o estudo entende desarrazoado a proibição permanente de uso do correio eletrônico para fins particulares, na medida em que este

⁷⁶⁹ Artigo 29. *Grupo de protecção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais*

1. *É criado um Grupo de protecção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, a seguir designado «grupo».*

O grupo tem carácter consultivo e é independente.

2. *O grupo é composto por um representante da autoridade ou autoridades de controlo designadas por cada Estado-membro, por um representante da autoridade ou autoridades criadas para as instituições e organismos comunitários, bem como por um representante da Comissão.*

Cada membro do grupo será designado pela instituição, autoridade ou autoridades que representa. Sempre que um Estado-membro tiver designado várias autoridades de controlo, estas nomearão um representante comum. O mesmo acontece em relação às autoridades criadas para as instituições e organismos comunitários.

3. *O grupo tomará as suas decisões por maioria simples dos representantes das autoridades de controlo.*

4. *O grupo elegerá o seu presidente. O mandato do presidente tem uma duração de dois anos e é renovável.*

5. *O secretariado do grupo será assegurado pela Comissão.*

6. *O grupo elaborará o seu regulamento interno.*

7. *O grupo analisará as questões inscritas na ordem de trabalhos pelo seu presidente, quer por iniciativa deste, quer a pedido de um representante das autoridades de controlo, quer ainda a pedido de Comissão.*

⁷⁷⁰ O subgrupo que analisou esta questão envolveu autoridades de diversos países europeus, entre eles Grã-Bretanha, Espanha, Itália e França.

entendimento abstrai os benefícios que estes instrumentais para a vida diária do obreiro e não seria correto que ferramentas de vigilância eletrônica possam atentar contra direitos dos trabalhadores, minimizando a cidadania no ambiente de trabalho, também sinalizam suas conclusões para o fato de que o direito à vida privada no trabalho não deve lesionar o direito do empregador controlar o funcionamento de sua empresa e proteger-se contra ações do empregado que possam lesionar seus interesses legítimos, a exemplo da responsabilidade do empregador por ações do empregado.

Nesse sentido, em uma visão didática, antes de apresentar suas principais conclusões de ordem prática, o estudo indica que estas se apoiam em princípios gerais aplicáveis à vigilância do correio eletrônico e à utilização da internet, a saber⁷⁷¹:

a) **princípio da necessidade**, segundo o qual a vigilância deve ser necessária para um objetivo específico, devendo o empregador utilizar métodos tradicionais de vigilância menos invasivos sempre que suficientes para atender à prévia finalidade buscada. Desse princípio decorrerá também o dever do empregador de conservar os dados obtidos por meio da intervenção apenas pelo tempo necessário para o objetivo específico da atividade de vigilância.

À luz do princípio de necessidade poderão constituir ações legítimas do empregador a confirmação ou obtenção de prova de fatos delitivos que obriguem o empregador a defender seus interesses; a detecção de vírus e a garantia da segurança do sistema de um modo geral; a manutenção da correspondência quando o trabalhador estiver ausente (esta última seria uma modalidade de intervenção necessária que não guarda relação com a atividade de vigilância).

b) **Princípio da Finalidade**, que consagra que os dados a serem controlados devem atender a fins específicos legítimos e explícitos, sendo vedado o uso para fins distintos, de modo que, a título de exemplo, se o controle for usado para fins de segurança do sistema, não servirá para análise do comportamento do trabalhador ou para qualquer outro objetivo estranho àquele ao qual está vinculado⁷⁷².

⁷⁷¹ Trata-se do *Documento de trabalho relativo à vigilância das comunicações eletrônicas no lugar de trabalho*, aprovado em 29 de maio de 2002. Este documento é encontrado no site http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/docu_grupo_trabajo/wp29/common/B.2.52-cp-wp55---vigilancia-comunicaciones-electr-oo-nicas-trabajadores.pdf. Acesso em 20.01.2010.

⁷⁷² Neste ponto, forçoso reconhecer que este pilar edificado pelo estudo se assemelha à jurisprudência do TST brasileiro em torno do sigilo telefônico, estranhamente ignorado quando do trato do correio eletrônico no ambiente laboral. Da mesma forma, o TST veda a existência de câmeras falsas que dão ao trabalhador a falsa sensação de estarem sendo monitorados.

c) **Princípio da Transparência**, cuja ideia central está na obrigatoriedade de indicação clara e aberta das atividades feitas pela empresa para fins de vigilância no ambiente de trabalho. Assim, em princípio, estariam vedados os controles secretos, salvo norma do país membro que a autorize (art. 13 da Diretiva) ou quando haja atividade delitiva particular. Divide-se o princípio em 3 (três) aspectos:

- obrigação de proporcionar informação ao interessado (informar claramente a política de vigilância, adoção de janelas que informem quando o uso da rede estiver sendo ilícita, informar ou consultar os representantes dos trabalhadores antes de introduzir as políticas quanto ao tema, previsão em norma coletiva);

- obrigação de notificar as autoridades de supervisão antes de aplicar um tratamento total ou parcialmente automatizado ou de um conjunto de tratamentos deste tipo;

- direito de acesso aos seus dados pessoais tratados pelo empregador.

d) **Princípio da Legitimidade**, consagrador da noção de que o tratamento de dados deve ser necessário para a satisfação de fins legítimos do empregador e não podendo simplesmente prejudicar direitos fundamentais dos trabalhadores. Nesse diapasão, defende-se que os empregadores não devem recorrer ao consentimento como meio geral de legitimar o controle do e-mail. A legitimação mais idônea, à luz do art. 7, f, da Diretiva 95/46/CE, se alicerçaria na satisfação de um interesse legítimo perseguido, não podendo em nenhum caso “anular” direitos e liberdades fundamentais dos trabalhadores. Expressamente consta no relatório⁷⁷³ que “*si un empresario debe tratar datos personales como consecuencia inevitable y necesaria de la relación laboral, actuará de forma engañosa si intenta legitimar este tratamiento a través del consentimiento. El recurso al consentimiento deberá limitarse a los casos en los que el trabajador pueda expresarse de forma totalmente libre y tenga la posibilidad de rectificar posteriormente sin verse perjudicado por ello*”.

Ademais, as mensagens eletrônicas possuem dados pessoais tanto do emissor quanto do destinatário e os empregadores podem obter facilmente (nem sempre com autonomia real) o consentimento de um destes (o empregado, salvo quando a comunicação se der entre empregados da empresa – obteria o consentimento de todos os comunicantes). Todavia, a possibilidade de legitimar o controle na base do consentimento é muito limitada, já que nas comunicações externas uma das partes não

⁷⁷³ *Op. cit.*, p. 21.

teria contrato de trabalho para justificar o controle, pelo que se faz necessário analisar caso a caso para verificação da legitimidade da medida de controle adotada.

e) **Princípio da Proporcionalidade**, que sustenta que o controle deve se adequado, pertinente e não excessivos em relação aos fins objetivados, pelo que se recomenda a exclusão dos controles gerais das mensagens, salvo se necessário para segurança do sistema, devendo, neste sentido, as empresas evitarem sistemas que fazem vigilância automática e contínua. A esse respeito, restou consignado que *“no obstante, para equilibrar los distintos derechos e intereses es preciso tener en cuenta varios principios, en particular, el principio de proporcionalidad. Debe quedar claro que el mero hecho de que una actividad de control o vigilancia se considere útil para proteger el interés del empleador no justifica la intromisión en la vida privada del trabajador. Antes de aplicar en el lugar de trabajo cualquier medida de vigilancia, deben sopesarse una serie de aspectos...”*

Na esteira do princípio, busca-se enfatizar as vantagens de um controle meramente formal, a respeito dos dados de tráfego, número de mensagens, anexos, formatos e tempo de comunicação, menos invasivos e que, por essa razão, devem prevalecer sobre o controle de conteúdo, sempre que suficientes para o alcance dos objetivos buscados pela empresa. Por seu turno, quando o acesso ao teor material for imperativo deve-se respeitar os direitos fundamentais dos destinatários internos e externos à organização. Assim, também deve o empregador se valer de todos os meios razoáveis para informar pessoas alheias à vigilância sobre a existência dos controles, por exemplo, apresentando avisos sobre a utilização de sistemas de vigilância em todas as mensagens que saiam da organização empresarial.

f) **Princípios da exatidão e da conservação dos dados e segurança**. Estes princípios, mais relacionados com o uso da internet que com o correio eletrônico, e que mais parece um reforço da ideia de finalidade, estipulam que os dados obtidos através do sistema de controle não poderão ser conservados por tempo superior ao necessário para o fim proposto e deverão ser exatos, não devendo constar elementos falsos a respeito dos comunicantes.

g) **Princípio da Segurança**, que estabelece que o empregador fica obrigado a adotar as medidas técnicas e organizativas adequadas para proteger todos os dados pessoais em seu poder de toda intromissão exterior. Trata-se de princípio que ressalta o direito do empregador de se defender contra ameaças, a exemplo de vírus,

podendo excepcionalmente justificar a adoção de análise automatizada das mensagens eletrônicas.

Assim, a partir destes princípios, as principais conclusões que se pode extrair são as seguintes:

- correio eletrônico deve ter a mesma proteção do correio postal (tradicional)

- comunicações profissionais podem estar cobertas pelo conceito de vida privada (art. 8º do CEDH). O que se discute é em que medida podem ser permitidas restrições ou exceções ao direito quando entram em confronto com outros direitos protegidos pelo convenio, em especial os direitos do empregador, sendo irrelevante, em qualquer caso, a propriedade dos meios de comunicação.

- A proteção dada ao correio eletrônico se volta à proteção tanto da vigilância em tempo real da mensagem quanto o acesso aos dados armazenados na caixa postal.

- Prevalência da prevenção do uso abusivo em detrimento de retenção da comunicação ou outras formas de intervenção repressivas.

- O trabalhador deve ter conhecimento sobre fiscalização (janelas de advertência quanto ao uso ilícito sempre que este ocorrer), salvo se há motivo imperioso para a fiscalização encoberta.

- Recomendação prática direcionada às empresas para que o trabalhador tenha duas contas de e-mail – uma para uso profissional exclusivo e outra de uso pessoal – que só seria objeto de medidas de segurança em casos excepcionais. Todavia, o fato de existir uma conta privada não anula a proteção em relação ao e-mail corporativo (controles preferencialmente formais).

Como se vê, do cotejo dessas conclusões e daquelas provenientes da jurisprudência do TEDH em torno da questão, percebe-se entre elas e as recentes decisões do Tribunal Supremo um enorme distanciamento.

3.4. As sentenças do Tribunal Supremo e o seu ponto de interseção que as distanciam da doutrina do TEDH e das diretrizes do “Grupo Europeu sobre proteção de dados”

A título de conclusão parcial, a despeito de algumas diferenças pontuais, a doutrina formada a partir destas sentenças, naquilo que há de mais essencial, como a ausência de um reconhecimento de direito ao uso privado dos meios

informáticos, seguem uma linha inequívoca que se afasta por completo das diretrizes do “Grupo Europeu sobre proteção de dados”, criado em virtude do art. 29 da Directiva 95/46/CE, onde a transparência é um critério a mais para garantir a legitimidade da vigilância.

Como consequência, as medidas de caráter preventivo ou inibitório perdem o seu papel central em detrimento de medidas puramente repressivas. Assim, sob esta leitura, no exercício dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, à toda evidência, estes não têm a condição de direitos prevalentes, como pontua a doutrina o TC espanhol, quando conflitam com o poder do empregador, cuja base é o direito à liberdade de empresa (art. 38 CE)⁷⁷⁴.

De igual forma, estas decisões estão na contramão dos pilares erigidos nas sentenças do TEDH, que, diferentemente do Tribunal Supremo espanhol, reconhece que o segredo das comunicações eletrônicas conserva seu caráter de direito (fundamental) no âmbito laboral. Daí se segue que, na jurisprudência do TEDH, a prévia informação sobre a possibilidade de controle pelo empregador não seja suficiente para garantir a legitimidade da interceptação por falta de caráter privado da comunicação. Ademais, nestas decisões se percebe uma inclinação para considerar ilícito apenas o uso abusivo do correio eletrônico, analisado diante das circunstâncias concretas do caso, e não toda e qualquer utilização privada, na linha de sua jurisprudência (por todos, cita-se o caso Halford contra o Reino Unido), segundo a qual o respeito à vida privada se estende ao direito do indivíduo de entabular relações humanas, de modo que se grande parte dessas relações se dá no ambiente de trabalho, estaria o empregador limitado em sua legitimidade para impor medidas de segurança aos seus sistemas informáticos, da mesma forma que os trabalhadores em relação aos seus direitos fundamentais (a chamada limitação com via de mão dupla a que nos referimos ao final do capítulo 3).

Estes pilares, que estiveram divorciados do entendimento albergado pelo Tribunal Supremo nas decisões referidas, mas que, de um modo geral, balizavam o entendimento do Tribunal Constitucional, sofreram novo percalço no primeiro enfrentamento do Tribunal Constitucional em torno do uso de comunicação telemática no ambiente de trabalho. Sobre esta sentença polêmica destacamos o tópico abaixo.

⁷⁷⁴ Neste ponto, excepcionamos o juízo emitido pela STC 241/2012, a respeito da qual se destaca o tópico a seguir.

4. Comentários à STC 241/2012, de 17 de dezembro

Por primeira vez, o controle exercido pelo empregador sobre um meio de comunicação telemática foi objeto de decisão pelo Tribunal Constitucional. Esta decisão recente, e bastante polêmica, ainda que não se possa dizer que estabeleça todos os principais parâmetros para o controle dos correios eletrônicos no ambiente de trabalho, descortina a primeira leitura que o Tribunal Constitucional faz sobre a relação entre poder diretivo e uso das ferramentas informáticas no seio empresarial, em especial as comunicações telemáticas, à luz do art. 18.3 CE.

As controvérsias desta decisão tem início desde a análise fática, na medida em que o voto vencedor faz leitura bastante distinta do voto particular a respeito dos fatos provados, e tal distinção na leitura dos fatos, como se verá adiante, repercute nas conclusões ofertadas pelo Tribunal. Ademais, essa decisão pode ser vista em relação à doutrina do TC a respeito da aplicação dos direitos fundamentais na relação de trabalho como uma espécie de ponto de inflexão⁷⁷⁵, já que alguns pilares até então bastante sedimentados não são seguidos neste *decisum*. Nesse sentido, diante da sua relevância e da multiplicidade de questões nele enfrentadas, antecedo aos comentários críticos um breve resumo dos fatos que motivaram o recurso de amparo, a interpretação que o TC lhes dispensou e a firme discordância existente no voto particular.

4.1. Sobre os antecedentes fáticos da STC 241/2012

Mercedes Ruiz Medina presta serviço como teleoperadora especialista da empresa Global Sales Solutions line S.L. Nesse ambiente de trabalho, de acordo com o resumo fático feito no voto vencedor, havia um computador de uso comum para uso de todos os trabalhadores, sem chave de acesso para atender a unidade “C”. Neste terminal, a demandante e uma colega de trabalho instalaram, sem autorização da empresa, o programa *Trillian*, com o qual mantiveram diversas conversas. Estas teriam sido descobertas causalmente por um colega de trabalho que tentou utilizar a unidade “C” do computador e percebeu a referida instalação. Tal fato se deu em outubro de 2004.

Cerca de dois meses depois da descoberta, a empresa marcou reunião com as obreiras, na qual foram lidas algumas conversas e a empresa resumiu o conteúdo das demais. Diante da falta cometida, a empresa sancionou as empregadas com uma

⁷⁷⁵ Em cálculo diferencial, um ponto de inflexão é aquele em que a trajetória de um gráfico troca o sentido. No presente caso, a expressão está tomada como sinônima de mudança de rumo.

advertência verbal. A mora em dar ciência às empregadas se justificou pelo fato de uma delas estar em licença matrimônio de 15 dias e sucessivamente em gozo de férias de 15 dias.

Diante da penalidade, as trabalhadoras demandaram a empresa, inicialmente no Julgado Social n. 09 de Sevilla, onde seu pleito não foi acolhido. Foi, então, interposto recurso de suplicação para o TSJ da Andaluzia, que foi desestimado em 10.02.2006, havendo, entretanto, quatro votos discrepantes, nos quais os juízes entenderam que foram vulnerados os direitos à intimidade e ao segredo das comunicações. Ato contínuo, foi interposto recurso de cassação ao Tribunal Supremo, sendo que este não foi admitido, por falta de contradição (em 31.05.2007).

Interposto o recurso de amparo ao Tribunal Constitucional, alegou-se que as sentenças (do Julgado Social n. 09 de Sevilla e do TSJ da Andaluzia) vulneraram os direitos à intimidade e ao segredo das comunicações. As demandantes, em resumo, alegaram que houve excesso por parte da empresa, já que não havia fim legítimo que justificasse as medidas adotadas, a exemplo da abertura de dezenas de mensagens para verificar o descumprimento da ordem recebida, de modo que essa ação não encontrava respaldo em um fim legítimo.

4.2. Principais fundamentos jurídicos adotados pelo Tribunal Constitucional

Apreciando a demanda proposta, o Tribunal Constitucional, a respeito da alegação e lesão ao direito à intimidade, em seu Fundamento Jurídico 3º, sinaliza no sentido de que não se pode dizer que houve violação da intimidade já que teria sido a própria demandante e a outra trabalhadora que teriam realizado atos que eliminaram a privacidade de suas conversas, ao incluí-las no disco rígido do computador onde podiam ser lidas por qualquer usuário, casualmente, sem nenhuma intenção de ter acesso ao seu conteúdo.

Foi reservado o fundamento jurídico 4º para apresentação breve da doutrina constitucional considerada relevante sobre a garantia prevista no art. 18.3 CE. Nesse sentido, são citadas as SSTC 114/1984, 70/2002, 123/2002, 56/2003, 230/2007 e 142/2012, e sentenças do TEDH que tratam da matéria – casos Malone, de 1984 e Copland, de 2007. Em seguida, quanto aos dados que figuram no computador de

trabalhadores, cita-se a STC 173/2011, de 7 de novembro, FJ 3⁷⁷⁶, que recorda que o computador é um instrumento útil para o exercício da intimidade pessoal e do direito ao segredo das comunicações. Por fim, referencia o Tribunal Constitucional a STC 292/1993 sobre os equilíbrios e limitações recíprocas que derivam para ambas as partes do contrato de trabalho (STC 292/1993, FJ 4).

No fundamento jurídico 5º, no qual começa de fato a enfrentar a questão derredor da existência de lesão ao direito ao segredo das comunicações, inicialmente o Tribunal Constitucional, diante do reconhecimento a respeito da generalização do uso das ferramentas informáticas no mundo do trabalho, aduz que caberia ao empresário, no exercício de suas faculdades de organização, fixar as condições de uso dos meios informáticos entregues ao trabalhador. Textualmente, consta o seguinte fragmento, que é objeto de firme repulsa pelo voto particular: *“en el marco de dichas facultades de dirección y control empresariales no cabe duda de que es admisible la ordenación y regulación del uso de los medios informáticos de titularidad empresarial por parte del trabajador, así como la facultad empresarial de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones relativas a la utilización del medio en cuestión, siempre con pleno respeto a los derechos fundamentales.”*

Seguindo essa linha, enfatiza-se a possibilidade de a empresa regular o uso das ferramentas informáticas no seio da empresa, mediante instruções, protocolos ou códigos de boas práticas, de modo que o empregador não fique privado de seus poderes diretivos.

⁷⁷⁶ Tentando consertar uma gravadora existente em seu computador pessoal, o recorrente em amparo levou seu computador para uma oficina técnica, na qual o profissional responsável pelo conserto observou, ao realizar esta atividade que havia no computador arquivos de conteúdo relacionado com pedofilia e deu conhecimento à polícia sobre os dados encontrados. Esta requisitou o computador, constatou a veracidade dos fatos e noticiou o fato ao órgão judicial competente que, em processo judicial, condenou o recorrente por corrupção de menores, decisão que foi confirmada em última instância pelo Tribunal Supremo. Este alegou, então, perante o TC que haveria violação aos arts. 18.1 y 24.2 CE. Em relação ao direito à intimidade, o Tribunal, após lembrar sua sentença pontuou que esta suporta limites. Um deles é o consentimento que o titular do direito outorga para a entrada de terceiros em um espaço que de outro modo lhe estaria vedado. Outro é a proteção dos demais direitos fundamentais e bens constitucionais em jogo, e que devem ser apreciados à luz do juízo de proporcionalidade. Assim, apreciando que o computador pessoal é o local em que se desenvolve o direito invocado, entendeu que a atitude do empregado da empresa responsável pelo conserto do computador era juridicamente admissível, posto que não invadiu a esfera íntima do recorrente, posto que seu acesso ao conteúdo foi mediado por declaração expressa de vontade deste. Quanto à atuação das forças de ordem, inicialmente ponderou que o consentimento outorgado inicialmente não se estendia às fases subsequentes. Porém, perseguindo um fim legítimo (investigação de pornografia infantil), estava entre as suas funções examinar o computador – única prova da ilicitude, em atuação ajustada ao princípio de proporcionalidade, já que não havia medidas menos gravosas para a realização da tarefa, nem tampouco estas se dilataram por tempo excessivo, além do necessário para a realização da atividade. Diante desses argumentos, por maioria, o amparo foi denegado, vencida a magistrada Pérez Vera, que apresentou voto particular. Sobre o tema, entre outros, leia-se Álvarez Rodríguez, Ignacio. “El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional más reciente”. Foro. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva Época; n. 14, (2011), pp. 259-262.

A tal fin y en pura hipótesis, pueden arbitrarse diferentes sistemas, siempre respetuosos con los derechos fundamentales, orientados todos ellos a que los datos profesionales o los efectos de la comunicación profesional llevada a cabo alcancen al conocimiento empresarial, sin que se dé, en cambio, un acceso directo o cualquier otra intromisión del empresario o sus mandos en la empresa, en la mensajería o en los datos personales de los trabajadores, si este uso particular ha sido permitido. En ese ámbito, aunque pudiera haber la pretensión de secreto de las comunicaciones, actúa a su vez legítimamente el poder directivo, con la posibilidad consiguiente de establecer pautas de flujo de la información e instrucciones u órdenes del empresario que aseguren, sin interferir injustificadamente el proceso de comunicación y sus contenidos, el acceso a los datos necesarios para el desarrollo de su actividad, al igual que ocurre en otros escenarios en los que, sin control directo del empresario, los trabajadores a su servicio desarrollan la actividad laboral ordenada en contacto con terceros y clientes.

Em seguida, após repassar ligeiramente a doutrina preexistente sobre uso de e-mail nas relações de trabalho (STC 281/2005, de 7 de novembro⁷⁷⁷), o voto indica dois fatos considerados cruciais para a solução da demanda e que figuram no fundamento jurídico 6º da sentença:

- i) O computador era de uso comum a todos os trabalhadores da empresa.
- ii) A empresa havia proibido expressamente aos trabalhadores instalar programas no computador – proibição que não considera arbitrária, já que se dá no âmbito das faculdades organizativas do empresário.

Pelo primeiro fundamento assevera que o fato de a informação estar arquivada no disco duro daquele computador, tornou a comunicação acessível a todos os trabalhadores, sem qualquer chave de acesso. Sustenta, quanto ao 2º argumento, que não existindo tolerância para a instalação de programas, e ao uso pessoal do computador não haveria “expectativa razoável de confidencialidade” derivada do programa instalado, que seria de acesso totalmente aberto e incorria em desrespeito à ordem empresarial.

Antes de concluir, o TC, ainda sinaliza que a decisão neste caso não tem o condão de levar ao entendimento de que não estaria protegido o segredo das

⁷⁷⁷ Esta sentença será comentada no capítulo 7.

comunicações no ambiente laboral, já que *“en el desarrollo de la prestación laboral pueden producirse comunicaciones entre el trabajador y otras personas cubiertas por el derecho al secreto del art. 18.3 CE, ya sean postales, telegráficas, telefónicas o por medios informáticos, por lo que pueden producirse vulneraciones del derecho al secreto de las comunicaciones por intervenciones antijurídicas en las mismas por parte del empresario o de las personas que ejercen los poderes de dirección en la empresa, de otros trabajadores o de terceros.”*

Por fim, conclui o TC, sustentando o entendimento de que a comunicação, no caso dos autos, se deu por canal aberto, razão pela qual não estaria protegida pela garantia do art. 18.3 CE, acrescentando, ademais, que o conhecimento de seu teor pela empresa derivou, no caso concreto, da casualidade, fruto do acesso de outro obreiro à comunicação. No mais, entendeu que a intervenção da empresa se limitou à comprovação da instalação do programa, para verificar se teria havido o descumprimento da ordem pela trabalhadora, tendo tal ocorrido em prazo razoável (dois meses) após a ciência do ocorrido, e sem que tenha sido dada publicidade do teor das mensagens a terceiros.

4.3. O voto particular e uma reflexão sobre o direito ao segredo das comunicações

Como contraponto ao quanto aduzido na sentença, o voto particular, da lavra do Juiz Fernando Valdés Dal-Ré, acompanhado de Adela Assua Batarrita, sinaliza para alguns aspectos fáticos que calçaram a decisão e que consideram não provados, assim como sinaliza para algumas discrepâncias entre o julgado e a doutrina constitucional até então firmada em torno da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho e do direito ao segredo das comunicações.

Inicialmente, é feito um contraponto crítico, em que se considera que a sentença foi um passo para trás na jurisprudência do TC em matéria laboral. Situada esta ponderação inicial, em seu Fundamento Jurídico 2º, é apresentado o primeiro grande ponto de discordância, já que se sustenta que a sentença se afasta dos fatos provados. Nesse sentido, aduz-se que não há prova nos autos que o trabalhador que descobriu as conversas, acedeu ao conteúdo das mensagens, nem que transmitiu seu teor à empresa. Ao revés, afirma-se que as provas sinalizam para o fato de que a empresa acedeu a todas as mensagens e inclusive as resumiu, não tendo informado às

trabalhadoras, durante dois meses, que já tinha posse dessas informações e da instalação do programa.

Outrossim, aduz que não há prova de que a empresa acedeu facilmente às mensagens (sem chaves, senhas ou similares). Nesse momento, faz descrição do aplicativo *Trillian*, a partir das informações colhidas pelo TSJ da Andaluzia, que retrataria muito mais dificuldades para o acesso às mensagens que aquelas deduzidas na sentença do Tribunal Constitucional.

No fundamento jurídico 3º, faz-se uma análise sobre o poder de controle do empregador, ponto em que a sentença é criticada por atribuir ao empregador o exercício de seus poderes de auto-organização, direção e controle, fixando as condições de uso dos meios informáticos (aponta para tal referência na FJ 5º da sentença). Assevera que declarações deste tipo, sem qualquer reserva, não correspondem com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais em comento, cuja 1ª resposta constitucional, dada na STC 281/2005, sinaliza em sentido bem oposto. Ademais, acrescenta que as conexões existentes com esta sentença não foram enfatizadas na decisão.

Sobre a garantia do art. 18.3 CE, sustenta que ela tutela a liberdade das comunicações e esta não pode ser cerceada no ambiente de trabalho, visto que o patrimônio de direitos do cidadão não desaparece por força do contrato de trabalho, sem prejuízo de eventuais modulações feitas pelo empresário ou por negociação coletiva. Nesse sentido, acrescenta que o empregador não pode dispor de forma unilateral e ilimitada sobre o uso de suas ferramentas informáticas sem quaisquer condicionantes. E tal se dá seja porque essa concepção revela uma visão superada a respeito dos direitos fundamentais do cidadão trabalhador, seja por que a liberdade inerente ao art. 18.3 limita a ação do empregador.

Acrescenta que o contrato de trabalho não pode deixar o trabalhador sem comunicação, em uma situação de solidão completa em relação ao exterior. Ademais, o direito de propriedade (ênfatisado quando se trata das ferramentas informáticas), não foi concebido apenas em sua visão individual subjetiva, mas também em sua função social. Assim, as travas ao uso não podem se amparar de maneira dura e crua exclusivamente nesta circunstância.

No fundamento jurídico 4º do voto particular, critica as conclusões que se tira dos dois fatos apontados nos fundamentos jurídicos 6º e 7º da sentença. Aqui se traz a lume que o uso comum do computador não tira cobertura constitucional quanto

à pretensão de segredo. De outro lado, a proibição expressa de uso particular dos instrumentos informáticos (aí incluídos os telemáticos) não tira toda expectativa de confidencialidade. Assim, a seu juízo, esses dois fatos não são verdadeiros condicionantes ao exercício do direito.

Reforça que o TC esqueceu nesta decisão de sua doutrina, já que o direito previsto no art. 18.3 tem caráter formal, existindo em todo comunicado, seja qual for o seu conteúdo, independentemente de ser íntimo ou reservado (STC 114/1984). Acrescenta, igualmente, que o descumprimento da ordem empresarial de proibição de instalações de sistema de mensagem eletrônica ou de seu emprego para fins alheios ao trabalho não abre espaço para que a empresa interfira no processo ou no conteúdo da comunicação. Ou seja, o fato de as trabalhadoras merecerem punição, não autoriza a intervenção no processo comunicativo lesionando os direitos fundamentais (cita STC 41/2006, FJ 5°).

Nessa esteira de pensamento, pugna que qualquer intervenção empresarial deve ser produzida com as prevenções e cânones da autorização judicial (baseada em norma legal que autorize a ingerência – *“una ley de singular precisión”* – STC 49/1999, FJ 4). E a adoção da intervenção pelo judiciário deve-se dar apenas quando concorram os pressupostos processuais pertinentes e não se trata na sentença da necessidade de autorização judicial. Assim, firma entendimento de que a Empresa interferiu no processo comunicativo sem autorização das empregadas, nem tampouco judicial – agiu de forma desproporcional e sem fim legítimo – já que aplicação da sanção não dependia do acesso às comunicações (muito menos do conhecimento de seu teor).

A guisa de conclusão, compara a falta de proteção com chaves para as mensagens com a entrega a domicílio da correspondência postal ou sua entrega mediante o sistema de caixas postais abertas, aduzindo que ninguém estaria autorizado a abrir caixa de correio ou de mensagens quando esta pudesse ser identificada como tal (sua ação seria igual à de quem abre uma carta dirigida a outra pessoa). Com base nessas razões, entendeu que a hipótese seria de estimação do recurso de amparo.

4.4. Algumas considerações críticas à STC 241/2012

Situados os principais alicerces tanto do voto vencedor, quanto do voto particular, algumas questões justificam uma análise mais detalhada.

Primeiramente, ainda que não se possa, com precisão, avançar em uma apreciação mais dirimida a respeito dos fatos que envolveram o litígio, diante da controvérsia gerada a partir do voto divergente, que abertamente questiona os pilares fáticos que ampararam o voto vencedor, necessário tecer alguns esclarecimentos.

De início, como premissa lançada nas primeiras linhas desta tese, muitas vezes o exame da questão envolvendo as comunicações telemáticas no ambiente laboral passa pela correta interpretação do instrumental utilizado. Neste caso concreto, importante gizar que o *Trillian* é um mensageiro instantâneo multiprotocolo para *Windows*, que pode se conectar a múltiplas redes a partir de um único cliente. Ele possui plugins que permitem conexões a redes sociais, como o *facebook*, o *twitter*, entre outras, podendo colocar, inclusive, suas contas de e-mails para receber, compor, visualizar, excluir mensagens usando esse programa. Por sua capacidade de convergir todas essas mídias através de um só aplicativo, é chamado de o “canivete suíço”⁷⁷⁸ das mídias sociais.

Como se colhe da leitura dos autos, um empregado da empresa afirmou ter tido acesso às conversas das obreiras, produzidas através do *Trillian*, mediante gravação encontrada na unidade “C” do computador. De fato, observando as características do aplicativo, como se pode inferir da leitura dos sítios da internet que facilitam a instalação do mesmo, o arquivamento das mensagens na unidade “C” é um de seus atributos. Todavia, discrepando da informação nela contida não se vislumbra como possa ter tido o empregado acesso casual ao teor das conversas, já que o *Trillian* fica em um diretório oculto, que só poderia ser visto se a configuração de pastas fosse para ter acesso a arquivos ocultos. Ainda assim, necessário abrir algumas pastas para aceder ao conteúdo das comunicações, não sendo crível que este acesso tenha se dado de forma “casual” como afirma. À exceção desta via, a única outra forma de aceder ao conteúdo das comunicações seria se o aplicativo estivesse aberto (*Trillian*), acessando-o logado (se configurado para abrir com a senha automaticamente) ou através da senha das obreiras, o que, em nenhum momento, restou configurado nos autos.

Assim, dentro do senso comum, diante das características técnicas do *Trillian*, o único acesso efetivamente casual possível seria à existência do aplicativo, jamais ao teor das comunicações mantidas, já que, ainda que pela unidade “C”, todo

⁷⁷⁸ Informações colhidas no sítio da internet <http://tecnologia.terra.com.br/interna/00I501916-EI4819,00-Trillian.html>. A expressão “canivete suíço” é utilizada em clara referência às múltiplas utilidades deste instrumental, que substitui várias peças de valor parcialmente correlato.

acesso ao teor das comunicações efetuadas tanto pelo empregado quanto pela empresa só pode ter se dado conscientemente, com o intuito deliberado de conhecer o teor das mensagens⁷⁷⁹.

E aqui vale salientar que esta conclusão de que o obreiro não acessou o teor das comunicações, com pequenas variações, não discrepa daquela que chegou o Tribunal Superior da Andaluzia, que, a esse respeito, assevera que “*la introducción en el programa o carpeta prohibido y la lectura de los mensajes que contenía se hizo exclusivamente por la Responsable del Servicio, en compañía de las Supervisoras, a presencia de las propias demandantes*”(STSJ AND 12334/2006, FJ 4). Assim, parece legítima a conclusão do voto divergente no sentido de que esta premissa fática do conhecimento casual do teor das comunicações, constante no voto vencedor, está absolutamente dissociada da realidade.

Quanto aos fundamentos jurídicos, uma primeira questão importante, que merece ser destacada, é a ênfase que o TC dá aos regulamentos, protocolos da empresa, aproximando quanto à inteligência que dá à matéria esta decisão daquelas ofertadas pela Sala do Social do Tribunal Supremo, em que o uso privado dos meios informáticos não é reconhecido como direito, mas consequência de mera tolerância do empregador que, sob essa visão, teria unilateralmente a condição de adotar limites que desrespeitassem o conteúdo essencial do direito⁷⁸⁰. Veja-se o que consta neste fragmento:

A tal fin y en pura hipótesis, pueden arbitrarse diferentes sistemas, siempre respetuosos con los derechos fundamentales, orientados todos ellos a que los datos profesionales o los efectos de la comunicación profesional llevada a cabo alcancen al conocimiento empresarial, sin que se dé, en cambio, un acceso directo o cualquier otra intromisión del empresario o sus mandos en la empresa, en la

⁷⁷⁹ Marín Alonso, Inmaculada. “La mensajería electrónica en la empresa: un paso atrás en la protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones. (A propósito de la STC 241/2012, de 17 de diciembre)”. *Relaciones Laborales*, nº 3, sección comentarios de jurisprudencia, Marzo 2013, Año 29, Editorial LA LEY), sobre esta questão, assevera que “*parece ignorar el TC que, en el caso analizado, resulta necesario abrir hasta siete carpetas diferentes para acceder a los ficheros de las grabaciones que se guardan en el disco duro con nombres coincidentes con la dirección de correo electrónico de las interlocutoras de los mensajes. Dicha facilidad de acceso resulta, pues, cuestionable, quedando además en evidencia la intención de acceder al contenido de los mensajes. El TC tampoco repara ni en la capacidad objetiva del medio utilizado para garantizar el secreto ni, por supuesto, en la expectativa de secreto de los interlocutores, fundándose básicamente en el incumplimiento de una orden empresarial que prohibía expresamente la instalación de programas ajenos en sistema informático de la empresa.*”

⁷⁸⁰ Sob esse entendimento, a efetividade dos direitos fundamentais dependeria nas empresas não só da ausência de proibição expressa (visão do Tribunal Supremo), mas da existência de uma permissão expressa. Esta questão é percebida e firmemente criticada no voto particular em seu FJ 4.

mensajería o en los datos personales de los trabajadores, si este uso particular ha sido permitido (O negrito não consta no original).

Nesse aspecto, discrepa de outras decisões provenientes do próprio TC (inclusive da STC 281/2005 em relação ao segredo das comunicações), das diretrizes do Grupo Europeu sobre proteção de dados e da jurisprudência do TEDH, antes apontadas, as quais sinalizam para pilares bem distintos daquele ostentados na referida decisão. Até então, o TC vinha mantendo uma linha de reconhecimento da operatividade dos direitos fundamentais nas relações de trabalho (cito, por todas, a STC 292/1993, de 18 de outubro), especificando que a relação de trabalho além de não poder gerar lesão aos direitos fundamentais trabalhistas típicos, não autoriza que o empresário lesione os direitos fundamentais inespecíficos. Ademais, quando cotejado com os poderes empresariais, a via de mão dupla sempre foi enfatizada, já que do liame laboral até então se entendeu derivar equilíbrio e limitações recíprocas para ambas as partes contraentes, como decorrência do conflito entre os direitos fundamentais dos trabalhadores e a liberdade da empresa garantida constitucionalmente pelo art. 38 CE.

Assim, se os poderes da empresa limitam os direitos fundamentais, *“también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquellos”* (entre outras, na STC 90/1997, de 6 de maio, FJ 5).

De resto, a doutrina do TC, considerando a prevalência dos direitos fundamentais, sua limitação em virtude das faculdades empresariais até então só pôde derivar ou quando da própria natureza do trabalho contratado implique a restrição do direito (SSTC 99/1994, FJ 7, e 106/1996, FJ 4), ou então fruto de uma acreditada necessidade ou interesse empresarial, sem que seja suficiente sua mera invocação para sacrificar o direito fundamental do trabalhador (SSTC 99/1994, FJ 7, 6/1995, FJ 3 e 136/1996, FJ 7).

Entretanto, nesta sentença, sem quaisquer matizações, e de forma incoerente com toda a doutrina constitucional assentada até então, o TC consignou que os sistemas devem respeitar os direitos fundamentais se o uso particular for permitido, o que equivaleria a entender que o empregador, a contrario sensu, estaria plenamente autorizado a excluir o empregado de qualquer acesso com o mundo externo através de comunicação por canal fechado de caráter particular, no que se contraporia a toda a sua doutrina até então edificada em torno da eficácia dos direitos fundamentais nas relações

de trabalho. Assim, facilmente se pode perceber que a garantia contida no art. 18.3 CE não foi tratada nesta decisão como um mandado de otimização, já que a possibilidade de o empregador vedar, em termos absolutos, o uso particular, autoriza o intérprete a concluir que, seguindo esta linha de raciocínio, os direitos fundamentais podem ser anulados pela pura e simples falta de tolerância do empregador ao seu exercício no ambiente de trabalho, podendo atingir o núcleo essencial do direito.

Outra questão a ser deslindada guarda relação com o fato de a sentença consignar que não haveria violação ao segredo das comunicações, no caso concreto, porque a comunicação havia se operado através de canal aberto. Veja-se, a esse respeito, o que consta no fundamento jurídico 7º:

*7. Sin embargo, en el presente caso, estamos ante comunicaciones entre dos trabajadoras que se produjeron al introducirse el programa en un soporte de uso común para todos los trabajadores de la empresa sin ningún tipo de cautela. En este sentido, quedan fuera de la protección constitucional por tratarse de formas de envío que se configuran legalmente como **comunicación abierta**, esto es, no secreta.* (destaque não consta no original).

Efetivamente, é doutrina assentada pelo TC que o direito ao segredo das comunicações é garantido às comunicações à distância realizadas através de canal fechado. Todavia, o que faz de uma comunicação um meio por canal fechado, capaz de garantir o seu segredo? E a formulação de tal questão, já respondida no capítulo 4º deste trabalho, justifica sua reiteração em virtude de o voto majoritário ser uma versão forçada e, a nosso juízo, tendenciosa em favor dos interesses empresariais.

De fato, a simples leitura da sentença, permite ao intérprete inferir que o TC aniquila as fronteiras entre o direito ao segredo das comunicações e o direito à intimidade, apresentando ambos em um único invólucro, não deixando claro, a despeito de um tratamento aparentemente individualizado, já que os trata em fundamentos jurídicos distintos, qual está em jogo. Assim, termina por fundir aspectos da doutrina inerente ao direito à intimidade no direito ao segredo das comunicações, e este proceder facilita, sobremaneira, a que se trate a comunicação por canal aberto como se fosse uma espécie de renúncia à intimidade, como decorrência de ter sido o processo comunicativo produzido em um computador de uso comum.

E nesse ponto, termina por contradizer sua própria doutrina, que garante autonomia ao direito ao segredo das comunicações a partir de seus contornos formais, que os distinguem do direito à intimidade, cuja marca está na ductibilidade, no

seu caráter volátil, na medida em que se adapta ao controle sobre as zonas de segredo e retiro que sobre ela exerçam seu titular, até como consequência da voluntariedade e reversibilidade que lhe são inerentes, já que espaços até então íntimos podem deixar de sê-lo por vontade do titular do direito, já que o exercício do controle em torno desta zona está inteiramente em suas mãos. Ao contrário, como já mencionado anteriormente, no direito tutelado pelo art. 18.3 CE, o controle através do qual se busca proteger a liberdade de comunicação se materializa nas garantias técnicas do processo comunicativo e o segredo, neste contexto, configura parte integrante do processo comunicativo, independentemente do conteúdo material incluído na mensagem (por todas, cito a STC 114/84).

Dessa forma, pode-se concluir que o fato de a comunicação ter se materializado em computador de uso comum é totalmente irrelevante para a tutela do direito previsto no art. 18.3 CE. Com efeito, já tivemos oportunidade de falar sobre comunicações por canal fechado. Esta é a comunicação à distância protegida por suporte técnico, que requer ações conscientes do destinatário para sua abertura, assim como do terceiro que deseje intervir no processo comunicativo. Assim, para que se proceda à violação, necessário que o terceiro, não integrante do processo comunicativo, pretenda conscientemente a intervenção no processo comunicativo, de modo que esta não seja fruto de um mero acidente ou casualidade. E este segredo (ainda que discordemos da doutrina do TC, no particular, conforme se infere da leitura do capítulo 4 deste estudo) se mantém em relação às comunicações já recebidas e guardadas no computador, uma vez concluído o processo comunicativo (ATC 30/1998 e STC 123/2002. Na mesma linha o TEDH, no caso Copland).

Feito este recuo na doutrina em torno do tema, passa-se ao exame do que ocorreu no caso concreto. Se é fato que já pontuamos ser impossível o acesso casual do obreiro ao teor das comunicações efetuadas pelas empregadas recorrentes, valendo-se do *Trillian*, ainda que, por absurdo, seja admitido o conhecimento casual, no caso concreto, o mesmo não se pode dizer do conhecimento mais pormenorizado obtido pela empresa, nem tampouco se pode dizer que o fato de o computador ser de uso comum jogue um papel essencial para a caracterização da comunicação como feito por canal aberto.

Começando por esta questão, cumpre gizar que, embora exceções existam, a imensa maioria dos terminais de computador das empresas é de uso comum, ou ao menos de uso não exclusivo e tal questão para fins de caracterização da

comunicação por canal aberto é absolutamente irrelevante, não possuindo nenhum peso. Primeiramente, cumpre salientar que até os computadores com senha podem ter acesso à unidade “C” sem necessidade de prévio conhecimento desta, de maneira que a existência de senha no terminal não impede ninguém de ter acesso ao computador, pelo que o uso exclusivo (raro) ou comum não tem importância na resolução da questão. Ademais, o canal fechado nada tem a ver com o caráter privado ou público do uso do terminal, mas, como já consignamos, com a garantia emanada do suporte técnico (em concreto, o suporte técnico do *Trillian*). E, como já mencionado, a violação independe do caráter inexpugnável desta garantia, emanada deste suporte técnico, mas da existência de uma ação consciente de terceiro no sentido de aceder às comunicações. De modo que a “expectativa de segredo” está alicerçada, como dito antes, no aspecto técnico e não amparada em parâmetros meramente subjetivos, que poderiam variar de caso a caso (aspecto que já enfrentamos no capítulo 4).

E neste processo, diante destas questões prejudiciais, abstraindo as considerações que tecemos derredor do acesso do empregado à comunicação, ficou patente a ação consciente do empregador. E tal se deu porque o acesso da empresa nos dois meses subsequentes à “descoberta” feita pelo empregado se deu desassociado de um fim legítimo. E assim frisamos porque o TC não deixa claro qual a utilidade desse acesso, se a penalidade foi imposta como decorrência da instalação do *Trillian*, vedada pela empresa. Eis o que disse o Tribunal a respeito da questão:

No puede calificarse como vulneradora del derecho al secreto de las comunicaciones la intervención empresarial analizada, por cuanto que, además, la misma se produce a partir de un hallazgo casual de uno de los usuarios, trabajador de la empresa, que transmite su contenido a la dirección, ajustando ésta su actuación de control a un suficiente canon de razonabilidad, sin que se atisbe lesión de derechos fundamentales de las trabajadoras afectadas puesto que el acceso al contenido del programa de mensajería «Trillian» sólo se produjo cuando la empresa tuvo conocimiento de la instalación del programa (mediados de octubre del año 2004) a través de otro empleado.

*La intervención empresarial se limita a la **comprobación de la instalación en el soporte informático de uso común**, con la finalidad de constatar si había habido un incumplimiento por parte de las trabajadoras implicadas y su alcance, desarrollándose la actuación en un plazo razonable de dos meses desde que la empresa tuvo conocimiento de la existencia del programa de mensajería, habida cuenta que la convocatoria efectuada por la empresa el día 27 de diciembre de 2004 fue debida a la licencia por matrimonio y las vacaciones subsiguientes de una de ellas, por quince días cada*

período vacacional, según consta en el hecho tercero de la sentencia del Juzgado de lo Social, recurrida en este amparo y sin publicidad a terceras personas. Todas estas razones desvirtúan la alegada vulneración del derecho fundamental invocado, ante la falta de secreto de las comunicaciones, pues éstas estaban abiertas y no rodeadas de las condiciones que pudieran preservarlas. (destaque não consta no original).

Assim, qual a utilidade dos resumos das comunicações mantidas pelas empregadas? Qual a sua finalidade? Onde está a razoabilidade da medida? Analisando esta mesma situação fática, são lapidares as considerações tecidas no voto particular apresentado na STSJ da Andaluzia (sentença que rendeu exame a este recurso de amparo) quando aprecia as medidas adotadas pela empresa:

En el presente caso, por lo que venimos recogiendo y razonando, no se cumplen ninguno de tales requisitos, como pasamos a comprobar. En primer lugar, el juicio de idoneidad, en cuanto si la medida adoptada es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, a lo que tendremos que dar una respuesta negativa, ya que si como se declara probado, la empresa tenía expresamente prohibido la instalación de programas distintos a los por ella instalados, el descubrimiento casual por un trabajador de la instalación de tal programa por dos trabajadoras y su puesta en conocimiento habría conseguido el objetivo propuesto del descubrimiento de la acción prohibida, dejando en sus manos la posibilidad, dentro de sus facultades disciplinarias, para sancionar tal incumplimiento, lo que por otra parte, hizo, amonestando a las trabajadoras por la instalación del programa referido, sin tener necesidad de indagar en las conversaciones privadas de las trabajadoras, de tal manera que tal decisión sobrepasa el juicio de necesidad, ya que ninguna tenía la empresa, conocida la instalación del programa prohibido, para la lectura de las conversaciones privadas, ni por ello se obtenían más ventajas para el interés general, que perjuicios sobre el otro bien o valor en conflicto, el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones que como se ha razonado, por boca del Tribunal Constitucional, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de vida humana, todo ello, sin perjuicio de indicar, aunque así lo mantenga la sentencia que no es necesario leer el contenido de las conversaciones, fundamento cuarto, 3º, para conocer los empleados que desde el ordenador que manejan, instalan nuevos programas, única cuestión prohibida por la empresa, con la consiguiente infracción contractual, correos por otra parte que identifican a los trabajadores a los que van dirigidos o desde donde se dirigen, como refiere el de una de las trabajadoras sancionadas, DIRECCION001 , correos que por otro lado no aparecen prohibidos, como no podía ser de otra manera, por no acreditarse expresamente, al igual que tampoco lo es, normalmente, realizar una llamada particular, desde el teléfono de la empresa, siempre que lo mismo no incida en el trabajo realizado o en la economía de la empresa, lo que tampoco se les recrimina, tan solo, instalación del programa de

mensajería, por lo que aparece como un exceso, con violación de sus derechos fundamentales, la lectura y proyección al exterior, de aquellas conversaciones íntimas (FJ 1 do voto particular).

E a análise não pode ser distinta da que anteriormente foi ofertada, posto que, entre os fatos provados (antecedentes) na STC 241/2012, consta que em “*reunión se leyeron algunas de las conversaciones y se resumió el contenido de las restantes*”, todavia, o TC, sem apreciar a relação de causa e efeito entre a penalidade imposta e as medidas adotadas, se satisfaz com a ausência de publicidade dada pela empresa ao seu teor e pelo fato de que não teriam sido violados dados íntimos das comunicantes, pelo que se subtrai à indicação de quais seriam os fins legítimos.

Nessa empreita, ao menos o Ministério Fiscal tenta apontar uma finalidade (antecedente 7º), ao aduzir que:

sólo con la apertura de las sucesivas carpetas, por lo demás al alcance de cualquier usuario, se podía averiguar quiénes eran los usuarios del programa, esto es, la identidad de los trabajadores que habían contravenido la orden empresarial; que sólo con la lectura de los mensajes se podía controlar cuál era la finalidad de la instalación del programa y el uso que se daba al mismo; que el borrado de los mensajes sin conocer su contenido podría ser problemático, al no poder descartarse que contuvieran información de utilidad para cualquiera de los interlocutores y que, en todo caso, tal borrado estaba al alcance de la demandante, quien sabiendo del uso común del ordenador, se abstuvo de hacerla. (Negrito não consta no original).

Sem adentrar no teor das conjecturas feitas, o fato é que todas abstraem a nota singular que distingue o direito ao segredo das comunicações do direito à intimidade, que é o fato de que se trata de um direito formal, garantido independentemente do teor da comunicação ser íntimo ou não (STC 114/1984). Assim, é violadora do direito em questão a intromissão que se justifica para conhecer o seu teor, mormente quando se apresenta a inacreditável justificativa de que o objetivo era saber a razão da instalação do programa (qual a relação de causa e efeito com a penalidade aplicada?) ou, ainda, verificar se alguma informação poderia ser de utilidade para as comunicantes, pelo que a relevância da informação para as comunicantes que buscavam excluir do conhecimento de terceiro o seu teor, deveria, na visão do Ministério Fiscal, ser apreciada, triada para, ao final, quem sabe ser preservada pela empresa em favor das comunicantes.

Repito: tal conclusão olvida por completo o caráter formal do direito, consagrado em diversas sentenças do próprio Tribunal Constitucional. Ademais, em se tratando de direito ao segredo das comunicações, perdeu o TC ótima oportunidade de ver na resolução judicial a função de preservação do equilíbrio entre as obrigações que derivam do contrato para o trabalhador e o âmbito -modulado pelo contrato, mas, em todo caso subsistente- de sua liberdade constitucional ou, quando nada, sinalizar qual seria o papel da resolução judicial nas restrições ao direito perpetradas na relação de trabalho (se algum papel desempenha), de maneira que este termina por ser mais uma vez um requisito ignorado pelo Tribunal Constitucional, como já o fora nas recentes sentenças do Tribunal Supremo. Não se tem dúvida que o “artifício” de se considerar que a comunicação, no caso concreto, foi operada por canal aberto, serviu para mitigar essa questão, tão importante, que permanece sem resposta.

Por fim, diante das considerações que aqui foram postas, concluo que a existência de ilicitude cometida pelo empregado não autoriza o empregador a se valer de meios ilícitos para obter prova. Se é fato que é incontestável o descumprimento de dever (art. 5 ET) pelas trabalhadoras que instalaram o aplicativo, a sanção aplicada esteve todo o tempo vinculada a este ato de indisciplina e não ao teor das comunicações, que não desempenham papel relevante na questão posta, pelo que sua leitura e resumos efetuados conscientemente por prepostos da empresa revelam evidente excesso, violador do direito ao segredo das comunicações.

Como se vê, por diferentes motivos, a jurisprudência social brasileira e espanhola apresentam como ponto de interseção o fato de que ambas se afastam do direito ao segredo das comunicações no enfrentamento da questão, o que resulta em posicionamentos finais que terminam por ser muito severos com a cidadania dos empregados no ambiente de trabalho. Enquanto no Brasil, este agir se evidencia pelas barreiras processuais que praticamente impedem o reexame da lesão ao direito fundamental pelo STF, o que faz com que o TST ignore a jurisprudência constitucional diante da impossibilidade de ver a sua decisão reformada. Na Espanha, como ficou evidenciado, a doutrina que provém das decisões do Tribunal Supremo, e em especial da STC 241/2012, que foi confirmada pela STC 170/2013⁷⁸¹, rompem as fronteiras entre o direito ao segredo das comunicações e o direito à intimidade, o que resulta em

⁷⁸¹ Essa sentença será comentada no capítulo 6, visto que, a despeito de não inovar em relação à STC 241/2012 em relação às possibilidades de controle pelo empregador das comunicações por e-mail efetuadas pelos empregados, traz como fato novo a apreciação da restrição ao uso do e-mail através de convenio coletivo.

um verdadeiro amálgama entre aspectos da doutrina inerente ao direito à intimidade no direito ao segredo das comunicações, em evidente prejuízo ao trabalhador.

E vale gizar que esta jurisprudência social sobre o uso do correio eletrônico nas relações de trabalho, até em virtude de em muitos casos não reconhecer sequer a existência de um direito do empregado, não aprofunda algumas questões cruciais a respeito do tema, a exemplo da possibilidade de estipulação de controles em norma coletiva ou em ato de disposição individual ao exercício do direito por força de contrato, aspecto que será enfrentado no próximo capítulo. Ressalte-se que, considerando que os raros julgados que o abordam não levam em conta a autonomia privada, tanto individual quanto coletiva, justifica-se uma breve passagem pela teoria que as informa e que se fará necessária ao desenvolvimento desta questão prática.

CAPÍTULO 6 - A AUTONOMIA PRIVADA INDIVIDUAL E COLETIVA COMO INSTRUMENTOS DE RESTRIÇÃO AO EXERCÍCIO DO DIREITO AO SEGREDO DE COMUNICAÇÕES NO AMBIENTE DE TRABALHO

1. Sobre a possibilidade de renunciar a direitos fundamentais

Diversos estudos apontam para o contrato de trabalho e para as normas coletivas como o campo próprio para a regulação do uso do correio eletrônico, inclusive com possibilidade de estes instrumentos fixarem as formas de controle. Diante desse quadro, necessário apreciar a possibilidade de mitigação do direito ao segredo das comunicações/sigilo de correspondência pela via da autonomia privada individual ou coletiva.

Assim, sem o escopo de oferecer um exame muito detalhado sobre esta complexa matéria, na medida em que não se trata do tema central discutido no presente trabalho, imperioso é admitir que uma questão preliminar à análise da validade dos limites impostos pelo contrato de trabalho ou pela via da negociação coletiva ao segredo das comunicações consiste em verificar se a liberdade do titular do direito fundamental envolve também a possibilidade de ele renunciar ao seu direito ou se essa liberdade se limita ao poder do titular de exercer o seu direito conforme as suas preferências, sem que haja de fato renúncia ao direito fundamental.

E tal se justifica na medida em que, sob o argumento de ampliar a proteção aos indivíduos nas relações mantidas com os detentores de poder privado, passa-se muitas vezes ao largo de levar em consideração o seu direito de autodeterminação. As principais consequências dessa concepção tendem a ser a assunção de todos os direitos fundamentais como deveres e a adoção de uma teoria geral que vise a proteger o indivíduo dele próprio.

Se é certo que há múltiplas situações em que o indivíduo não possui autonomia real, sujeitando-se aos diversos poderes de fato existentes, também é verdade que ainda há inúmeras situações em que o indivíduo busca exercer a sua autonomia de forma consciente, com o objetivo de realizar o seu projeto de vida.

Hesse, a respeito do tema⁷⁸², expõe que a proteção aos direitos fundamentais nas relações privadas deve-se dar com prudência, já que a função dos direitos fundamentais é garantir um mínimo de liberdade individual e não reduzir as possibilidades de liberdade. Nessa medida, a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas deverá ser graduada para não sacrificar o princípio da liberdade contratual, que compreende a liberdade de contratar ou não, a de eleger o outro contratante, e a de determinar o conteúdo do contrato.

O desafio, portanto, reside em determinar quando deve o indivíduo ser protegido e quando deve prevalecer a sua autonomia, inclusive quando se trate de ato volitivo unilateral capaz de limitar certos direitos fundamentais.

Ainda que a questão da renúncia a direitos fundamentais exista tanto no âmbito das relações entre Estado e indivíduo quanto no âmbito das relações *inter privatos*, ao objeto deste estudo interessa particularmente esta última hipótese, em que há uma gama variada de transações econômicas entre particulares em que se pode negociar em torno dos direitos fundamentais em prol de benefícios (econômicos ou não), aspecto que se converteu, ao longo do tempo, em um dos principais argumentos de defesa na esfera privada para a admissão do consentimento do obreiro à restrição ao exercício do direito ao segredo das comunicações no seio empresarial.

A maior dificuldade consiste, entretanto, na prática, em equilibrar a maior proteção aos indivíduos, oriunda da aplicação dos direitos fundamentais, com a autonomia privada deste, isto é, proporcionar o máximo de proteção e o máximo de autonomia, já que o respeito a esta é essencial para que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas não se torne um instrumento excessivamente protetor, que impõe uma determinada visão de mundo e supõe serem os particulares incapazes de agir e contratar autonomamente.

1.1. A distinção entre renúncia e não exercício de um direito fundamental

No exame a respeito da possibilidade do titular de um direito fundamental pactuar a limitação do seu exercício, uma primeira diferença que precisa restar clara é a que existe entre renúncia e falta de exercício de um direito.

⁷⁸² Hesse, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*, trad. e introd. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Civitas, Madrid, 1995, pp. 61-64.

Forçoso reconhecer que ambos os conceitos expressam a ideia de que o indivíduo, diante de uma posição jurídica subjetiva, tutelada por uma norma de direito fundamental, consente em enfraquecer essa posição em face do Estado, de entidades públicas ou de particulares. Contudo, a despeito deste elemento comum, há diferenças entre os dois institutos. A renúncia ocorre quando o titular do direito se vincula juridicamente a não invocar o direito fundamental perante outros. É um compromisso que o titular assume de não se valer de certa posição jurídica. Já o não exercício do direito fundamental ocorre quando o indivíduo opta por não exercer uma posição jurídica que o ordenamento lhe permite. Exercer ou não exercer está dentro da esfera mais ampla considerada como exercício do direito fundamental. Isso quer dizer que o fato de não agir conforme a posição jurídica lhe assegura não significa que o particular abdicou desse direito, mas apenas que o está exercendo conforme a sua vontade. A diferença entre o não exercício e a renúncia é que, nesta última, o particular se obriga a não exercer, enquanto no não exercício não há qualquer vinculação⁷⁸³.

Sendo pacífica na doutrina e na jurisprudência a aceitação da possibilidade de não exercício de um direito fundamental, é exatamente sobre a obrigação assumida de não exercer o direito em uma ou na totalidade de suas faculdades que repousa a cizânia que será detalhada no tópico seguinte.

1.2. Uma leitura sobre a inalienabilidade dos direitos fundamentais

A ideia da inalienabilidade dos direitos fundamentais se relaciona à própria origem desses direitos. Na formulação de Locke acerca da origem da sociedade, os direitos humanos seriam inatos e inalienáveis, o que impediria os indivíduos de renunciarem a eles em favor do Estado⁷⁸⁴. Afinal, ninguém poderia transferir para outro um poder maior do que o poder que tem sobre si mesmo. No mesmo sentido, também as clássicas declarações de direitos consideraram a indisponibilidade dos direitos fundamentais, sob o argumento de eles serem pré-estatais e inatos. Há até mesmo

⁷⁸³ Há casos que são meros exercícios negativos dos direitos fundamentais, mas que são confundidos com a renúncia, como, por exemplo, quando o policial entra na casa de alguém a seu pedido para verificar se nela há assaltantes.

⁷⁸⁴ *Apud* Zippelius, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 436.

Constituições modernas, como a alemã (art. 1º⁷⁸⁵), que se referem ao caráter inalienável desses direitos.

A doutrina mais moderna que sustenta a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais não argumenta em termos jusnaturalistas, todavia se apoia na concepção, já vista, da dupla dimensão dos direitos fundamentais, segundo a qual os direitos fundamentais constituem, além de direitos subjetivos, também elementos de uma ordem objetiva, sob uma perspectiva funcional. A partir dessa ideia de que os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva e desempenham uma função institucional, há autores que entendem serem eles indisponíveis, pois não estariam à livre disposição do indivíduo, a exemplo do direito ao voto secreto e os demais direitos que envolvam participação política.

A inalienabilidade dos direitos fundamentais também é sustentada por parte da doutrina sob o argumento da dignidade da pessoa humana. Sob essa ótica, a toda pessoa corresponde uma dignidade, a qual ele não pode renunciar. Não seriam permitidos atos de renúncia e de disposição de direitos que ferissem a dignidade humana, sendo o consentimento do titular incapaz de validar o ato.

A impossibilidade de haver renúncia do titular aos direitos fundamentais é defendida, entre outros, por Ferrajoli e reforçada a partir da divisão dogmática que o autor realiza entre direitos patrimoniais e direitos fundamentais. Para ele, esses direitos possuem contrastes tão radicais que jamais poderiam ser acolhidos dentro de uma mesma classificação. Segundo Ferrajoli, enquanto os direitos fundamentais são direitos universais, sendo reconhecidos a todas as pessoas de forma igualitária, os direitos patrimoniais são direitos singulares, no sentido de que pertencem a cada um de forma diversa. Além disso, seriam os direitos fundamentais inalienáveis, indisponíveis, invioláveis e personalíssimos, enquanto os direitos patrimoniais, como o direito à propriedade e o direito de crédito, por sua natureza, passíveis de disposição. Diz o autor: *“que os direitos são indisponíveis quer dizer que estão subtraídos tanto das decisões da política quanto do mercado. Em virtude de sua indisponibilidade ativa, não são alienáveis pelo sujeito que é seu titular; não posso vender minha liberdade*

⁷⁸⁵ Artigo 1º. Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais. (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário. Fonte: http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf

peçoal ou meu direito ao sufrágio e menos ainda a minha própria autonomia contratual”.⁷⁸⁶

Ferrajoli entende que é a impossibilidade de alienação que transforma os direitos em direitos fundamentais. Isto é, o que caracterizaria os direitos fundamentais seria exatamente o fato de não serem disponíveis por seus titulares. Textualmente, consigna: “*a vida, a liberdade pessoal, o direito de voto são fundamentais não tanto porque correspondem a valores ou interesses vitais, mas porque são universais e indisponíveis. É algo tão sério que ali onde se permitisse a sua disposição – por exemplo, admitindo a escravidão ou de qualquer a alienação das liberdades, da vida, do voto – esses se rebaixariam a direitos patrimoniais*”.⁷⁸⁷

Dessa forma, na visão do autor, os direitos fundamentais não constituem limites apenas aos poderes públicos, mas à própria autonomia privada, uma vez que o consentimento e a vontade não são suficientes para possibilitar a alienação da própria vida ou da liberdade. Nessa linha de pensamento, a inalienabilidade dos direitos fundamentais é um custo que se deve suportar, ainda que se considere esse limite excessivamente protecionista. Do contrário, se se admitisse essa alienação, imediatamente cessaria a universalidade desses direitos, predominaria a lei do mais forte e haveria a regressão ao estado de natureza.

Porém esta visão não é despida de firme crítica, como se verá no tópico adiante.

1.3. Crítica à irrenunciabilidade absoluta dos direitos fundamentais. A possibilidade de o particular consentir na autorrestricção ao exercício de faculdades dos direitos fundamentais

Ainda que a absoluta irrenunciabilidade dos direitos fundamentais seja um “mantra” reiterado em julgados, e em diversos estudos, não se trata de uma ideia que possa ser aceita sem que seja antecedida de alguma reflexão⁷⁸⁸.

⁷⁸⁶ Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Editorial Trotta, 2001, p. 32, *apud* Mendes, Laura Schertel F. “Um Debate Acerca da Renúncia aos Direitos Fundamentais: Para um Discurso dos Direitos Fundamentais como um Discurso de Liberdade”. In: *Direito Público* Nº 13 – Jul-Ago-Set/2006 – Estudos, Conferências e notas.

⁷⁸⁷ *Idem*, p. 32.

⁷⁸⁸ Pode-se dizer, assim, que há uma impressão generalizada de que os direitos fundamentais são inalienáveis. Segundo Reis Novais (“Renúncia a direitos fundamentais”. In: Miranda, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, v. I, 1996), embora muitos autores já reconheçam a possibilidade de renúncia pontual a certos direitos fundamentais, a ideia dominante ainda continua a ser a de que os direitos fundamentais são inalienáveis e, portanto, irrenunciáveis.

Inicialmente, é importante ressaltar que a consideração da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não implica logicamente a conclusão acerca da impossibilidade de sua renúncia. Isso se dá porque, não obstante o seu caráter objetivo, os direitos fundamentais continuam a ser direitos subjetivos e, portanto, quando o particular renuncia a um direito, o faz somente em relação a sua concreta conformação enquanto garantia subjetiva, não prejudicando o âmbito objetivo do direito fundamental. Além disso, a liberdade, que está intrinsecamente relacionada ao sistema de direitos fundamentais, não é liberdade para atingir fins públicos ou objetivos estatais, mas simplesmente liberdade (para todos os fins).

Também é passível de crítica a noção de indisponibilidade absoluta sob o fundamento de proteção à dignidade humana, posto que, em relação a esta, pode-se argumentar também de forma contrária, já que a irrenunciabilidade de todos os direitos fundamentais significaria a eliminação da capacidade de autodeterminação do indivíduo e, por conseguinte, ameaçaria a própria dignidade humana.

No Estado Democrático de Direito, o custo da ausência de autonomia do indivíduo é muito alto para ser tolerado, sem que haja sequer a busca pela conciliação entre o máximo de liberdade com o máximo de proteção à pessoa. O não reconhecimento de que os direitos fundamentais relacionam-se de forma estrita com a autodeterminação dos indivíduos poderia sacrificar o ideário democrático, bem como o próprio sistema de direitos fundamentais, cuja função primordial é a de proteger as liberdades, tanto privadas como públicas. Tem-se, nesse diapasão, como muito criticável a tese de Ferrajoli, segundo a qual o elemento caracterizador dos direitos fundamentais é a sua inalienabilidade, pois isso implicaria a conclusão de que não haveria nenhuma situação em que seria possível a disposição desses direitos ou a renúncia a eles ou a faculdades que lhe sejam inerentes. Como bem demonstra Reinhold Zippelius⁷⁸⁹, no que diz respeito à aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, é essencial que a proteção propiciada por esses direitos não elimine a autonomia privada dos indivíduos, sob o risco de o Estado assumir o papel paternalista de, como antes mencionado, proteger os indivíduos contra eles próprios.

De fato, a nosso juízo, o problema da renúncia a direitos fundamentais é por demais complexo para ser resolvido a partir das clássicas teorias jusnaturalistas que sustentam que os direitos fundamentais, por serem inatos, não são passíveis de

⁷⁸⁹ Zippelius, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

disposição por parte de seu titular. Além disso, em razão da grande abrangência do tema, que envolve desde a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre Estado e indivíduo e nas relações privadas, os limites do poder de autodeterminação do indivíduo, até a existência de desigualdades fáticas que impedem a real manifestação da autonomia dos indivíduos, é fundamental que não se busquem soluções simplificadas generalizantes, que não levem em consideração distintas situações fáticas e as peculiaridades dos diferentes direitos fundamentais.

Isso posto, diante da dimensão da questão, e com apoio na doutrina de Reis Novais⁷⁹⁰, entende-se que a solução para a equação em que se busca o máximo de proteção jurídica por meio dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, o máximo de autodeterminação individual pode-se dar a partir da distinção entre a titularidade e a capacidade de exercício desses direitos. Partindo dessa premissa, seria viável admitir como legítimo o consentimento do particular ao negócio jurídico que implicasse restrição ao exercício de certas faculdades dos direitos fundamentais e considerar-se ilegítima a renúncia à sua titularidade.

Segundo Reis Novais, a maioria dos estudos vai de encontro a essa distinção, por entender que um direito fundamental, sem a possibilidade de seu exercício, seria o mesmo que um direito sem conteúdo essencial. Contrariamente a esse argumento, o autor afirma o seguinte: *“quanto à possibilidade dogmática de distinção entre titularidade e capacidade de exercício de direitos fundamentais, parece evidente que, no plano dos conceitos, uma coisa é ter a titularidade de uma posição jurídica de direito fundamental e outra, perfeitamente distinta, é ter a capacidade, fática ou jurídica, de concretamente invocar essa posição no exercício concreto das faculdades ou poderes que a integram.”*⁷⁹¹

A consideração acerca da possibilidade do particular consentir com a limitação ao exercício dos seus direitos fundamentais é essencial para que se retire desses direitos o seu caráter paternalista-protetor, responsável por tornar todos os direitos fundamentais análogos a deveres. Se for verdade que no Estado Democrático de Direito há direitos obrigatórios, como é o direito e o dever de educar os filhos, por exemplo, seria inviável e indesejável estender essa obrigatoriedade a todos os direitos fundamentais. Como afirma Reis Novais: *“num Estado não paternalista como é essencialmente o Estado de Direito, que assenta na dignidade da pessoa humana e faz*

⁷⁹⁰ Reis Novais, Jorge. *Renúncia a direitos...*, op. cit..

⁷⁹¹ Idem, op. cit., p. 282.

do livre desenvolvimento da personalidade individual um valor fundamental, esta situação de direitos de exercício obrigatório (direitos/deveres) é claramente excepcional.”⁷⁹²

Ademais, um argumento interessante a favor da possibilidade de consentimento que autorize a limitação ao exercício de faculdades inerentes aos direitos fundamentais é o seguinte: se o não exercício dos direitos fundamentais pelo seu titular é admissível, por que não seria legítimo o compromisso assumido pelo titular de que não exercerá o seu direito ou uma parte das faculdades que lhe são inerentes?⁷⁹³

A afirmação de que há um âmbito de liberdade relacionado aos direitos fundamentais pode ser baseada na ideia de que a titularidade de uma posição jurídica de direito fundamental envolve o poder de disposição sobre as possibilidades de ação decorrentes dessa posição, principalmente no que diz respeito à decisão sobre “se”, “quando” e “como” se dará o exercício fático do direito. Sob essa ótica, resta claro que o consentimento à restrição ao exercício de uma liberdade é também um modo de o titular do direito fundamental exercê-la.

A concepção de Reis Novais, segundo a qual é possível renunciar ao exercício de certos direitos fundamentais, como bem salienta Mendes⁷⁹⁴, assemelha-se, em boa medida, à concepção de outros autores, que refutam a hipótese de renúncia, mas aceitam a ideia de que o titular de um direito fundamental tem um espaço de liberdade para exercer o seu direito. É o caso de Gomes Canotilho, que, embora rejeite expressamente a noção de renúncia, afirma que “*no cerne dos direitos, liberdades e garantias encontra-se a ideia de que os mesmos se caracterizam pela sua densidade subjetiva autônoma, no sentido de que cabe ao seu titular a tomada de decisões fundamentais nesse domínio*”⁷⁹⁵. Deve-se ressaltar que o reconhecimento de que o titular do direito fundamental tem autonomia para exercê-lo conforme os seus planos de vida e a sua vontade decorre da própria ideia de dignidade humana e do princípio da

⁷⁹² Idem, *ibidem*, p. 287.

⁷⁹³ Exemplo claro de consentimento à restrição ao exercício de direitos fundamentais se dá quando um homem ou uma mulher entram para o seminário, renunciando ao direito de constituir família. Da mesma forma, é pacificamente válido o consentimento não viciado daquele que, aprovado em concurso público para os cargos de juiz ou de membro do Ministério Público, consente expressamente, durante o período em que está no cargo, em não exercer uma série de atividades vedadas aos titulares daqueles cargos, em manifesta restrição ao direito de livre exercício de qualquer trabalho.

⁷⁹⁴ Mendes, Laura Schertel F. “Um Debate Acerca da Renúncia aos Direitos Fundamentais: Para um Discurso dos Direitos Fundamentais como um Discurso de Liberdade”. *Direito Público* n° 13 – Jul-Ago-Set/2006 – Estudos, Conferências e notas.

⁷⁹⁵ Canotilho, Gomes; Machado, Jónatas. *Reality shows e liberdade de programação*. Coimbra: Coimbra editora, 2003. p. 107.

autodeterminação, que integram e moldam o cerne de todos e de cada um dos direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, encontra neste princípio o seu próprio limite

Daí que a afirmação sobre a possibilidade de o particular consentir à limitação ao exercício de direitos fundamentais exige que se estabeleça em que situações ele será possível, bem como os pressupostos para sua validade, aspecto a ser enfrentado a seguir.

2. Critérios para a validade do ato jurídico através do qual se consente à limitação no exercício de faculdades dos direitos fundamentais

Na literatura especializada, a respeito da aplicação de direitos fundamentais nas relações entre particulares, não são poucos os autores que indicam que seus limites estariam na autonomia privada entre as partes. Na medida em que os direitos fundamentais são irrenunciáveis quanto à titularidade, alguns estudiosos admitem, na seara trabalhista, o negócio jurídico que estabeleça uma situação continuada de não exercício de direitos fundamentais em decorrência do consentimento tácito ou expresso do trabalhador⁷⁹⁶. Outros, apenas admitem as restrições a direitos fundamentais em situações muito específicas, algo que, na prática, quase equivale a não admiti-las ou a admitem apenas em se tratando de renúncias pontuais, não genéricas⁷⁹⁷. Há, ainda, uma voz minoritária que não admite peremptoriamente quaisquer restrições, numa visão bastante maximalista do direito. Os que defendem esse caráter do direito quase sempre o fazem baseados em princípios do direito do trabalho⁷⁹⁸.

⁷⁹⁶ Ainda que não avance muito no enfrentamento da temática sob o enfoque trabalhista, este parece ser o entendimento de Mendes, Laura Schertel F. (“Um Debate Acerca da Renúncia...”, op. cit.), diante da multiplicidade de exemplos que cita de situações similares cujo teor da cláusula é admitida pela autora. Ademais, há vários outros estudiosos que, em relação ao uso do e-mail corporativo nas relações de trabalho, por exemplo, entendem que o sigilo de correspondência eletrônica deixa de existir quanto a esta forma de comunicação durante a relação de trabalho quando pactuada esta regra e aceita pelo empregado. Por todos, cita-se, mais uma vez, o estudo de Alexandre Atheniense, denominado “O monitoramento eletrônico e as relações trabalhistas”. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 46, out 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2382>.

Acesso em 01.07.2013.

⁷⁹⁷ Esse é o posicionamento que predomina tanto na doutrina brasileira quanto na espanhola. No campo específico do direito ao segredo das comunicações, a posição mais adotada entre os estudiosos tem sido no sentido de que a restrição deve estar vinculada a atos concretos, não se admitindo, em princípio, quando genérica e sem tempo definido. Entre outros, este é o pensamento de Ricardo Martín Morales (*El régimen ...*, op. cit.).

⁷⁹⁸ Lorena Báguenas Dayas consigna que “*al respecto de la inclusión de este tipo de cláusulas en los contratos es de todo contraria, pues aun precisando el consentimiento expreso del trabajador, considero su exigencia una cláusula abusiva, por encubrir ciertamente una renuncia absoluta a un derecho fundamental del trabajador*” (“El correo electrónico en la empresa: tres hipótesis de utilización por el trabajador”, iustel.com, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, n. 4, noviembre

Admitida neste estudo a possibilidade de consentir o obreiro à intromissão do empregador no exercício de um direito fundamental no marco de uma relação de trabalho (em relação ao exercício desse direito ou de algumas de suas faculdades durante o liame laboral), desde que observados certos pressupostos para a validade do ato restritivo, necessário analisar a viabilidade concreta de que esta seja perpetrada em relação ao direito ao segredo das comunicações do trabalhador na empresa.

Inicialmente, é fundamental que a declaração de vontade dirigida a produzir o enfraquecimento de uma posição jurídica seja dada pelo próprio titular do direito fundamental, sendo inadmissível que outros o façam pelo titular. Vieira de Andrade, a esse respeito consigna que “*as condições de validade jurídica da disposição limitadora do exercício de direitos, liberdades e garantias respeitam essencialmente à garantia de autenticidade e da genuinidade da manifestação de vontade do titular que justifica a restrição ou a ofensa; a renúncia, o acordo, o consentimento autorizante ou aquiescente só podem admitir-se como fundamento legítimo de uma auto-limitação dos direitos fundamentais se forem o produto inequívoco de uma vontade livre e esclarecida*”⁷⁹⁹.

Além disso, e esse talvez seja o pressuposto de existência mais importante, a restrição ao direito somente ocorrerá se a declaração tiver um caráter eminentemente voluntário. Isso significa que não serão considerados existentes os atos de disposição que decorrerem de declaração feita de forma não consciente, não voluntária ou sob coerção, pois é necessário que o indivíduo tenha a possibilidade real de escolher entre diversas situações⁸⁰⁰. Por isso, tornou-se usual na doutrina a consideração de que dificilmente poderia se considerar legítimo o consentimento a restrições ao exercício dos direitos fundamentais emitido em situações de desigualdade fática ou de desigualdade de poder social.

2003, encontrado na internet no site http://www.iustel.com/revistas/detalle_revista.asp?id_revistas=12&id_noticia=1803&id_categoria=63&pop. Acesso em 12.02.2012). Em realidade, a relativa divisão jurisprudencial e doutrinária a respeito do tema já tem sido suficiente para que muitos empresários configurem a renúncia ao exercício do direito ao segredo das comunicações como uma cláusula de adesão em diversos contratos laborais.

⁷⁹⁹ Vieira de Andrade, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2001, p. 320.

⁸⁰⁰ Vieira de Andrade, José Carlos. *Os direitos fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 320-321, a esse respeito, chega a afirmar que nestas situações não se deve admitir o consentimento meramente tolerante. A manifestação de vontade, segundo o autor português, deve ser esclarecida, baseando-se no conhecimento concreto das consequências da limitação, e isenta de erro ou dolo, não bastando, em regra, o consentimento presumido, mesmo que aparentemente possa invocar-se o interesse da pessoa.

Vieira de Andrade, na mesma linha, sustenta que devem ser consideradas as diferentes situações relacionais em que se pode produzir a autolimitação. Sustenta o autor que *“a diferença mais relevante é a que atende à existência, ou não, de uma relação de sujeição ou de dependência do titular do direito autolimitado perante outrem, que pretende, acorda ou beneficia da limitação”*⁸⁰¹. Assim, sob esta visão, já não estarão sujeitos às mesmas condições e limites o acordo ou o consentimento firmado perante uma autoridade/cidadão dotada de poder jurídico ou de fato, ou numa relação entre iguais.

Nessa linha de pensamento, Bilbao Ubillos⁸⁰² aponta como um dos critérios que podem ajudar na análise da licitude do consentimento à restrição ao exercício de direitos fundamentais no caso concreto, o fato de que a eficácia dos direitos fundamentais frente a particulares será mais intensa quando se esteja diante de relações jurídicas assimétricas, não igualitárias. Ou seja, o grau de autonomia real das partes pode ser um critério válido e útil para resolver os conflitos. De modo que, quanto menor seja a liberdade da parte débil da relação jurídica, maior será a necessidade de proteção.

Com a menor liberdade real de autodeterminação, maior será a justificativa para a incidência do direito fundamental. Porém, mesmo nesses casos, não estaríamos diante de uma incidência absoluta, persistindo a necessidade de ponderar os interesses colidentes. Assim, a título de exemplo, na seara laboral, a operatividade dos direitos fundamentais implica limitação ao poder de direção do empregador que constitui parte inerente da liberdade de empresa com a qual deverá ser ponderado o direito do trabalhador.

Nesse mesmo diapasão, dando ênfase às assimetrias das relações jurídicas, são os ensinamentos de Prata⁸⁰³, que indica que haveria a nulidade dos negócios (jurídicos) contrários aos direitos fundamentais sempre que uma das partes se encontre em situação de poder relativamente à outra parte, de modo que lhe permita estabelecer unilateralmente os termos do regulamento negocial, a que a outra parte tenha de se submeter, visto que neste caso patente restaria a ausência de igualdade real entre os sujeitos contraentes.

⁸⁰¹ *Os direitos fundamentais...*, op. cit., p. 323.

⁸⁰² *La eficacia...*, op. cit., pp. 233-256.

⁸⁰³ *A tutela constitucional da autonomia privada*, Almedina, Coimbra, 1982, p. 138. Em igual sentido Vieira de Andrade, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2001.

Não é distinta a posição de Canaris⁸⁰⁴. Para ele, o argumento de que a proteção aos direitos fundamentais não se compatibiliza com a concepção liberal dos direitos fundamentais não convence “*sob os pontos de vista jurídico-teorético e dogmático constitucional, desde logo porque a vinculação contratual, tendo embora, na verdade, o seu fundamento primário na autonomia privada das partes, apenas adquire vigência no plano jurídico-positivo mediante um ‘reconhecimento’ por parte do Estado e da ordem jurídica, sendo, além disso, garantida por estes com sanções, que vão até a execução forçada.*” E, ainda, acrescenta que “*uma segunda genuína incumbência de proteção consiste em assegurar, tão amplamente quanto possível, que o acto de autonomia privada pelo qual se restringe um direito fundamental se baseia, não apenas formalmente, isto é, juridicamente, mas também materialmente, ou seja, facticamente, numa decisão livre da parte contratual afectada.*” Para, em seguida, concluir, que a “*autonomia privada – constitucionalmente garantida – não pode ser entendida apenas num sentido formal, mas antes também materialmente, e em que, portanto, uma concreta parte pode carecer, em determinadas condições, de ser protegida perante a vinculação a um contrato que lhe é desvantajoso ou perigoso, na medida em que, por ocasião da sua conclusão, estivesse consideravelmente afectada a sua possibilidade fáctica de autodeterminação, no exercício da autonomia privada.*”

O segundo limite que a doutrina impõe para genericamente tratar do exercício da autonomia privada (para restrição de direitos fundamentais) se alicerça no argumento de que a eficácia vinculante será mais intensa quando seja a própria dignidade da pessoa humana que esteja sendo afetada⁸⁰⁵, por se tratar de valor intangível e indisponível que deve ser preservado frente a qualquer agressão⁸⁰⁶.

Ademais, devem ser consideradas as diferenças entre os vários tipos de direitos fundamentais, já que o problema da disponibilidade em geral dos direitos fundamentais se põe especialmente no que respeita aos direitos sobre bens pessoais, cujo conteúdo, âmbito ou grau de proteção constitucional é estabelecido primordialmente em função da vontade do titular (inviolabilidade do domicílio, intimidade, imagem, propriedade). Nesse ponto, seu tratamento há de ser diferenciado

⁸⁰⁴ Canaris, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Traduzido por Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 71-73.

⁸⁰⁵ Vieira Andrade, José Carlos (*Os direitos fundamentais...*, *op. cit.*) fala em limites imanentes, que decorrem do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, enquanto projeção do princípio da dignidade da pessoa humana (direitos pessoais) e afirmação imediata de valores comunitários básicos.

⁸⁰⁶ Esta também seria a posição de Clapham, Andrew, em *Human rights in the private sphere*. Claredon Press, Oxford, 1993.

em relação àqueles outros direitos relativos a bens que, ainda que sendo pessoais, constituem simultaneamente ou estão intimamente associados a valores comunitários, a exemplo dos direitos à vida, integridade física, identidade pessoal, cidadania, sigilo de voto etc.

Por fim, ressalta-se, ainda, que há de se admitir a livre revogabilidade da limitação voluntariamente assumida em relação aos direitos fundamentais, de forma que em se tratando de limitação válida, esta há de ser limitada temporalmente. Assim, o consentimento à restrição ao exercício do direito fundamental deverá ser sempre limitado no tempo, vez que não se admite que o titular do direito fundamental renuncie a certa posição jurídica protegida constitucionalmente por tempo indeterminado. Do contrário, estar-se-ia admitindo a renúncia à própria titularidade do direito e não apenas a possibilidade de se externar o consentimento para restrição ao seu exercício durante a relação de trabalho.

O Tribunal Constitucional espanhol, em sua jurisprudência sobre o assunto, tem admitido a possibilidade de renúncia voluntária ao exercício de um direito fundamental por um tempo determinado (STC 11/1981, de 08 de abril). Na sentença, tratando de cláusula de convênio coletivo em que se abria mão, durante seu prazo de vigência, do direito a greve, restou expressamente consignado que a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais seria algo indiscutível. E tal se dá, de acordo com o TC, *“porque la renuncia es siempre un acto definitivo e irrevocable y la llamada ‘renuncia’ del apartado 1º del art. 8 es sólo temporal y transitoria (durante la vigencia del convenio) y no afecta al derecho en si mismo, sino sólo a su ejercicio ...”*. Para culminar assentando que a renúncia ao exercício seria plausível ademais *“cuando el compromiso de no ejercitar el derecho se establece obteniendo a cambio determinadas compensaciones...”*

Como se vê, o Tribunal Constitucional não admite a renúncia à titularidade do direito, mas admite a “renúncia” (entre aspas como o faz o TC) ao seu exercício, em especial quanto se dê a autorrestrição em troca de outras vantagens, exceção feita, pelo próprio Tribunal Constitucional, aos casos em que a limitação ao exercício dos direitos fundamentais seja imprescindível ao desenvolvimento da atividade laboral, hipótese em que esta já estaria implícita no contrato de trabalho, sendo inexigíveis compensações extras, além daquelas já incluídas na contraprestação,

bem como cláusula que expressamente indicasse o consentimento do obreiro autorizando a restrição⁸⁰⁷.

No Brasil, diante de um histórico de poucos julgados em que se sistematize a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, uma controvérsia que ajuda a encontrar a verdadeira posição do STF acerca da possibilidade de renúncia aos direitos fundamentais, ainda que não verse sobre direitos da personalidade, ocorreu no julgamento da constitucionalidade de alguns artigos da Lei de Arbitragem⁸⁰⁸. À época da publicação do referido texto legal, muitos sustentaram a sua inconstitucionalidade, por entenderem que a inafastabilidade do controle jurisdicional e o amplo acesso à justiça (estatal) constituíam direitos fundamentais, que não poderiam ser afastados pela vontade das partes, ainda que através de uma renúncia parcial. De pronto, entendeu-se que a disponibilidade era vista como a possibilidade de abrir mão ou abdicar de algum direito fundamental mediante o consentimento do titular. E foi esta a tônica do julgado do STF – seria o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional passível de *disposição* em prol do sistema arbitral? É válido o consentimento emitido?

Esclarecedoras as considerações de Martel⁸⁰⁹, a respeito desse julgado quando afirma:

Em tema de disponibilidade dos direitos fundamentais, esse longo julgado é fulcral. Primeiro, porque a indisponibilidade foi compreendida, de modo uníssono, como a impossibilidade de abdicção, sob a forma de renúncia parcial, de um direito fundamental. Segundo, porque a indisponibilidade foi relacionada à limitação de liberdades constitucionalmente protegidas. Terceiro, porque foram discutidos os limites e o alcance da disposição de um direito fundamental. Quarto, porque, não obstante uma afirmação de que '[...] a questão da renúncia de direito fundamental, que, em princípio, são irrenunciáveis por sua própria natureza' (BRASIL. STF. AgRSE n. 5.260-7 Reino da Espanha. Op. cit. Proposta de Diligência do Min. Moreira Alves.), foi admitida a disposição do direito fundamental de acesso à justiça estatal conforme delimitada pela Lei de Arbitragem. Para obter a conclusão, entraram em jogo a dicção do dispositivo constitucional, que consagra a inafastabilidade

⁸⁰⁷ Por todas, veja-se a STC 99/1994, de 11 de abril.

⁸⁰⁸ A Lei da Arbitragem (Lei 9307/1996) permitiu a escolha pelo sistema arbitral em detrimento do sistema judicial estatal, quando a lide versar sobre “direitos patrimoniais disponíveis.” No STF, foi questionada a constitucionalidade de vários tópicos da lei, em especial a da cláusula compromissória (Vide SE 5206 - Espanha (AgRG), de 12.12.2001).

⁸⁰⁹ Martel, Letícia de Campos Velho “Indisponibilidade de Direitos Fundamentais: Conceito Lacônico, Consequências Duvidosas”. *Revista ‘Espaço Jurídico’*, Joaçaba, v. 11, n. 2, pp. 334-373, jul./dez. 2010.

do controle jurisdicional, o histórico do enunciado normativo, além de outros fatores, como as necessidades sociais.

Assim, é possível concluir que a posição do STF não discrepa quanto à aceitação do consentimento à restrição aos direitos fundamentais, já que a Corte Constitucional brasileira expressamente consigna que os direitos fundamentais são irrenunciáveis por sua natureza, todavia, em certos casos, admite, quando cotejado com outros valores constitucionais, o consentimento tácito ou expresso à limitação temporal e transitória de um direito fundamental⁸¹⁰.

Não foi, entretanto, até o momento, catalogada, na jurisprudência constitucional brasileira ou espanhola, nenhum caso de apreciação da validade do consentimento expresso ou tácito à limitação ao exercício ao direito ao sigilo das comunicações/sigilo de correspondência, seja no âmbito da relação laboral, seja em qualquer outro âmbito privado, o que torna imperativo, considerando a possibilidade abstrata de restrição aos direitos fundamentais admitida pelos Tribunais Constitucionais de ambos os países, analisar este caso concreto, indicando, a partir das bases lançadas, quais as suas consequências jurídicas.

3. O consentimento do empregado às limitações ao exercício de direitos fundamentais na relação de trabalho. As limitações possíveis e as impossíveis.

As mudanças conceituais no mundo do trabalho, como já visto, têm levado o trabalhador a certo isolamento. Assim, cada posto de trabalho, cada especialidade já não são igualmente vistas como parte de um “todo”, apresentando pesos diferenciados na medida em que as atividades realizadas em um setor tendem a ser cada vez mais independentes dos outros.

Neste contexto de cada vez maior individualização do trabalho, discute-se uma revalorização do contrato de trabalho como instrumento normativo dos direitos fundamentais inespecíficos. Em grande medida, entretanto, o que tem

⁸¹⁰ Já que a cláusula compromissória valeria para um determinado caso concreto. A Lei 9307/1996, sobre a restrição ao direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional dispõe: “Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.” No mesmo sentido, o STF sempre admitiu que em relação ao direito à inviolabilidade de domicílio, o consentimento do morador exclui a ilegalidade da conduta. A título de exemplo, inclusive de sua visão ampliativa no que tange à aceitação do consentimento, lapidar é o aresto a seguir: “Crime de violação de domicílio. O consentimento da esposa do chefe da casa, na ausência deste, exclui a ação criminosa de quem penetra no lar, com o consentimento da mesma. Ausência de dolo específico. Recurso de habeas corpus a que se deu provimento” (Processo: RHC 46151/SP, Relator: Adalácio Nogueira, 2ª Turma, Publicação: DJ 25-10-1968, PP- RTJ, vol-47734- PP).

justificado o reforço rumo a uma maior personificação das relações laborais tem sido uma tentativa de recuperação dos espaços de liberdade do próprio trabalhador. Ou seja, um reforço na autonomia privada com a finalidade de enfatizar os direitos fundamentais, reconhecendo cada trabalhador como um núcleo individualizado em relação aos demais empregados, motivado pela maior qualificação da classe trabalhadora e pelos valores individualistas que impregnam as atividades produtivas na atualidade e que terminou por minimizar a “consciência de classe” e esvaziar o “pátio da empresa”.

Assim, se afirma que, neste contexto, o contrato de trabalho servirá para expressar e atender nem tanto a desigualdade e oposição de interesses entre as partes contratantes, mas principalmente a desigualdade e diferença de interesses entre os distintos trabalhadores, que perdem sua feição molecular, passando a ser vistos como partes individualizadas.

Se é certo que esse processo transformador está em andamento como decorrência da maior pessoalização da relação de trabalho, por outro lado, não são poucas as vozes que vêm considerando que o incremento da autonomia individual nada mais é que um processo artificial que supõe, em última instância, um incremento das faculdades unilaterais das empresas, de forma que, na prática, este reforço das construções jurisprudenciais à autonomia individual seria um dos motivos da falta de proteção dos direitos fundamentais inespecíficos no ambiente laboral.

Nesse sentido, como afirma Baylos Grau⁸¹¹, a revalorização da autonomia individual e a maior maleabilidade dos sistemas de determinação das condições de trabalho são exigências que podem até vir a atender à pretensão de alguns empregados em determinadas circunstâncias, mas apenas na medida em que estas coincidam com as necessidades de maior adaptabilidade específicas da empresa, de modo que o determinante não é o indivíduo/trabalhador, nem sequer uma lógica de interesses contrapostos como a que simboliza o contrato, mas apenas uma coincidência entre os interesses dos obreiros com os fins organizativos da empresa e sua estrutura de atuação.

De concreto, nesta questão, é que um dos maiores problemas termina sendo as tentativas de apresentá-la como de fácil, generalizante e simplificada solução.

⁸¹¹ Baylos Grau, Antonio. *Derecho del trabajo. Contrato individual*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2009, apud Pérez, Miguel Gutiérrez. *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales específicos*, 1ª ed., Murcia: Ediciones Laborum, 2011, p.126.

Nesse sentido, tem sido tentador, a partir do patológico no contrato de trabalho, rotular como “amaldiçoada” toda a liberdade no negócio jurídico, que deveria para o bem do trabalhador estar colonizado pelas fontes normativas estatais (em especial as leis) ou, no máximo pelas normas coletivas, de forma que os contratantes, empresários e empregados, adeririam a estas cláusulas impostas pelo Estado. Ou, talvez, apoiado no formalismo clássico exacerbado, em viés diametralmente oposto, dar verniz de legitimidade a toda cláusula pactuada, fazendo coro entre os que sustentam ser esta sempre fruto de uma manifestação de vontade livre, raciocínio que levaria à aceitação de toda cláusula em que o trabalhador renunciasse ao exercício de um direito fundamental.

É seguro que a percepção da legitimidade da autonomia individual do trabalhador, inclusive como instrumental idôneo para a restrição ao exercício de direitos fundamentais, há de ter como base a força ou a debilidade contratual do indivíduo trabalhador isoladamente considerado. Assim, ela deverá ser vista como idônea ao seu fim quando se refira a trabalhador que, por suas singulares características ou outras circunstâncias relevantes para o contrato de trabalho, possua força negociadora suficiente para pactuar suas condições de emprego da melhor maneira possível para o atendimento de seus interesses. Entretanto, esta não pode ser a visão da autonomia individual do trabalhador quando em relação a aquele outro que, pela precariedade de seu emprego ou modalidade do contrato de trabalho, carece de poder negociador por si mesmo. Neste último caso, a autonomia individual servirá de máscara e apenas dará cobertura formal à determinação pejorativa das condições de exercício dos direitos fundamentais do trabalhador, impostas de maneira unilateral pelo empregador.

Assim, a análise há de ser feita caso a caso, apreciando se a cláusula figura expressamente no contrato, com redação clara, sem vícios de consentimento, fixada com tempo definido, preferencialmente para atos concretos⁸¹² (o que, na prática, entretanto, causaria graves empecilhos em um contrato de trabalho por prazo indeterminado), hipóteses em que, ainda assim, deverá ser interpretada restritivamente. Por seu turno, devem ser vistas com reticências quando impostas genericamente nos contratos (para todos os empregados), fixada em abstrato ou *pro futuro* ou, ainda, quando manifestamente não haja uma contrapartida em favor do trabalhador, situação

⁸¹² Aqui, por todos, recomenda-se a leitura de Martín Morales, Ricardo (*El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones, op. cit.*) e Rodríguez Ruiz, Blanca (*El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad, op. cit.*).

em que equivalerá a uma imposição pelo empregador, quando será tratada da forma como são vistas as restrições impostas por este, tornando, neste caso, irrelevante o consentimento específico do obreiro.

De qualquer sorte, vale registrar que, ainda que todos os critérios/requisitos antes enumerados restem atendidos sempre será inadmitido na relação de trabalho o consentimento às limitações impostas aos direitos fundamentais que não tenham relação direta com a atividade objeto da relação laboral, na linha defendida pela STC 99/1994, em seu fundamento jurídico 7^o⁸¹³. Assim, há que se verificar o próprio objeto do contrato e em que medida este, de acordo com as exigências de boa fé, exige ou pode exigir, implícita ou explicitamente, a limitação de determinado direito fundamental para a satisfação do interesse que levou as partes a contratar. Neste caso, o consentimento teria efeitos meramente declaratórios se se trata de uma limitação necessária para o desenvolvimento da atividade laboral, situação em que, ainda que falte o consentimento expresso, a limitação seria legítima. Ou poderia ter o efeito de concretizar uma restrição que, sem ser necessária, pode, contudo, ser exigível no marco daquela específica atividade.

Ademais, entendemos igualmente que não deve ser admitido o consentimento a restrições àqueles outros direitos, relativos a bens que, como já visto, ainda que sendo pessoais, constituem simultaneamente ou estão intimamente associados a valores comunitários, a exemplo dos direitos à vida, integridade física, identidade pessoal, cidadania, sigilo de voto, salvo quando, em relação aos dois primeiros, as restrições sejam inerentes à própria atividade laboral pactuada⁸¹⁴, tópico a ser destacado a seguir.

3.1. Os limites implícitos que decorrem da natureza de certas relações de trabalho

Como já visto anteriormente (capítulo 2 deste estudo), entre os limites específicos e adicionais a que os direitos fundamentais dos trabalhadores estão sujeitos se encontra a natureza da relação de trabalho. Assim, está implícita no desempenho de certas atividades a restrição ao exercício de determinadas faculdades de alguns direitos fundamentais.

⁸¹³ Na dicção da STC 99/1994, a restrição precisa estar implícita ou explicitamente prevista no contrato, constituindo um componente imprescindível ou habitual da atribuição que deva ser desenvolvida (FJ 7).

⁸¹⁴ A título de exemplo, bombeiros e policiais colocam suas vidas em risco pelo exercício regular de suas atividades. Lutadores profissionais e atletas profissionais de futebol diariamente expõe a integridade física por força de contratos de trabalho.

É o que se dá com a integridade física de policiais ou a liberdade religiosa dos padres de Igreja Católica, a liberdade ideológica de empregados de empresas de tendência, empregados contratados para experimentar drogas farmacêuticas em fase de experimentação, entre outros que são restritos pela própria natureza da atividade, tema a respeito do qual o Tribunal Constitucional assim se manifestou na STC 99/1994, anteriormente citada: *“es claro que existen actividades que traen consigo, con una relación de conexión necesaria, una restricción en el derecho a la imagen de quien deba realizarlas, por la propia naturaleza de éstas, como lo son todas las actividades en contacto con el público, o accesibles a él. Cuando ello suceda, quien aceptó prestar tareas de esta índole, no puede luego invocar el derecho fundamental para eximirse de su realización, si la restricción que se le impone no resulta agravada por lesionar valores elementales de dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.).”*

Vale ressaltar que mesmo em se tratando deste tipo de limitação, inerente à própria natureza da atividade laboral pactuada, temos que a interpretação restritiva que se exige em relação ao ato de disposição de faculdades inerentes ao exercício de um direito fundamental deve ser mantida, mesmo quando estes limites estejam implícitos na própria relação de emprego⁸¹⁵, posição, inclusive, externada pelo Tribunal Constitucional espanhol na STC 106/1996⁸¹⁶, de 12 de junho.

⁸¹⁵ Alguns vêm nos casos de dos serviços prestados on line, em especial nos contratos de educação à distância, em que os tutores tiram as dúvidas via e-mail ou através da plataforma da instituição uma espécie de restrição implícita ao direito decorrente da natureza do contrato, mas, já nos posicionamos no sentido de que nesse caso teríamos uma titularidade compartilhada do e-mail, sendo impróprio falar em restrição implícita, que permitiria a intromissão do empregador, uma vez que este, sob este viés, não seria terceiro no processo comunicativo, mas um de seus integrantes.

⁸¹⁶ Nesta sentença (106/1996), o TC entendeu estimou o recurso da obreira, enfermeira, que havia sido despedida de um hospital de orientação católica. No caso, os enfermos não assistiram a celebração eucarística realizada no hospital. Por essa razão, o capelão decidiu subir aos andares onde estavam os enfermos e dar-lhes a eucaristia, entoando cânticos religiosos. A obreira, diante deste ato comentou em voz alta: *“No sé como no les da vergüenza”, “Esto parece un picnic”, “Estos son los humanitarios” y “si mi madre estuviese aquí los denunciaría”*. E esta manifestação pôde ser escutada por quem estava no local. Por esta declaração a enfermeira foi despedida. O Tribunal Constitucional, analisando o contexto em que a reação da empregada se deu, considerou que, a despeito de se tratar de um hospital de tendência (Católica), o agir da obreira se deu no cumprimento de sua obrigação laboral, por esta entender que o ato religioso realizado naquele local poderia afetar negativamente o repouso e a quietude dos enfermos que estavam sob os cuidados do pessoal de saúde, do qual ela fazia parte. Sendo assim, decidiu o TC que a medida adotada e as decisões judiciais que a mantiveram *“no han preservado el necesario equilibrio entre el ámbito de las obligaciones que del contrato de trabajo se derivaban para la trabajadora y el ejercicio de su libertad de expresión, constitucionalmente garantizada”*.

3.2. Possibilidade contratual e relevância para o acesso do empregador ao processo comunicativo mantido por correio eletrônico

Observada a possibilidade abstrata de consentimento do empregado à restrição ao exercício dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, há que se perquirir se haveria alguma peculiaridade em cláusula específica que a estabelecesse quanto ao exercício do direito ao segredo das comunicações.

Inicialmente, uma questão que se impõe é analisar se o direito previsto no art. 18.3 CE e 5º, XII, da CRFB comporta cláusula contratual que consinta a sua restrição, já que outros direitos fundamentais expressamente consignam sua flexibilização diante da aquiescência do titular do direito, enquanto que, em relação a estes, não há expressa previsão constitucional neste sentido.

Apresentando argumento para reconhecer a possibilidade de acesso consentido à comunicação, baseada no contexto espanhol, Rodríguez Ruiz⁸¹⁷ formula raciocínio que é igualmente válido para ambos os sistemas constitucionais. Diz a autora que, ainda que o art. 18.3 CE, não mencione expressamente o consentimento como causa prevista na Constituição espanhola para a interceptação das telecomunicações⁸¹⁸, há que se reconhecer a razoabilidade da pretensão, sempre que uma das partes que integram o processo comunicativo o façam “*de forma expresa y para ese acto o una serie de actos comunicativos concretos; no cabe, esto es, consentimiento tácito ni otorgado in abstracto o pro futuro*”⁸¹⁹.

Acrescente-se ademais que a própria ideia de relativização dos direitos fundamentais autoriza esta mesma conclusão, ao que se agrega o fato de que a titularidade de uma posição jurídica de direito fundamental, como visto anteriormente, envolve também o poder de disposição sobre as possibilidades de ação decorrentes dessa posição, em especial em relação aos direitos cujo conteúdo, âmbito ou grau de proteção constitucional é estabelecido primordialmente em função da vontade dos titulares do direito.

Outra questão, muito distinta, é se a existência dessa cláusula, por si só e isoladamente para cada trabalhador, à exceção das comunicações efetuadas entre

⁸¹⁷ *El secreto de las comunicaciones...*, op. cit., p. 125.

⁸¹⁸ A autora aponta que, diversamente do tratamento dispensado no art. 18.3, na inviolabilidade de domicílio o texto constitucional espanhol admitiu exceção expressa no consentimento do titular do direito: “*El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en el sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito*”.

⁸¹⁹ Martín Morales, Ricardo (*El régimen...*, op. cit., p. 83), em sentido contrário, considera lícito até o consentimento tácito para a restrição ao direito, sempre que seja objeto de interpretação restritiva, não podendo cláusula neste sentido, em nenhuma hipótese, ser presumida.

obreiros de uma mesma empresa no curso da relação de trabalho, teria o condão de tornar legítima a intervenção do empregador nas comunicações efetuadas pelo empregado. Ou, em outras palavras, autorizaria sua intromissão no processo comunicativo, enquanto instrumento de controle, fruto do exercício de seu poder diretivo⁸²⁰. E tal questão se projeta na medida em que a comunicação por correio eletrônico é sempre efetuada por pelo menos dois comunicantes. De modo que, com apoio em Martín Morales⁸²¹, “*en caso de intervenir varias personas en una comunicaci3n, deber3n prestarlo (consentimiento) todos los intervinientes*”. Isto por que titulares do direito subjetivo ao segredo do processo comunicativo s3o todos os comunicantes.

Da mesma forma encara o problema Mart3nez Fons, que afirma que na intervenç3o das comunicações n3o est3 implicado apenas o obreiro que 3 objeto da atividade de controle empresarial, mas tamb3m um terceiro que, em princ3pio, 3 alheio ao consentimento dado. Da3 entender o autor ser necess3rio recolher tamb3m o consentimento do terceiro (em relaç3o ao contrato de trabalho) que participa do processo comunicativo.

Assim, sem adentrar na an3lise dos outros requisitos exigidos para a limitaç3o do exerc3cio de direitos fundamentais, considerando que a pactuaç3o 3, em princ3pio legítima, j3 que voltada para bem primordialmente pessoal, cujo grau de proteç3o se d3 primordialmente em funç3o da vontade do titular, necess3rio refletir que, sendo um direito cuja titularidade 3 de pelo menos duas pessoas, a declaraç3o de vontade dirigida a produzir o enfraquecimento de uma posiç3o jur3dica deve ser dada pelos pr3prios titulares do direito fundamental, sendo inadmiss3vel que outros o façam pelo titular.

Seguindo esta linha de pensamento, o que se projetaria seria a quase irrelev3ncia da cl3usula que fixasse o consentimento do obreiro para este fim, diante do n3mero indeterminado de sujeitos com os quais este pode manter seus processos comunicativos, inviabilizando a efic3cia da mencionada estipulaç3o contratual que, n3o lesando o direito fundamental do seu empregado contraente (nas hip3teses e

⁸²⁰ E aqui, vale lembrar, mais uma vez, que n3o tratamos da possibilidade de o empregador aceder ao cont3ido do e-mail j3 lido pelo empregado (em seu pr3prio computador) ou impresso por este ap3s leitura, posto que neste caso, a eventual les3o seria ao direito 3 intimidade, o que n3o 3 objeto do presente estudo, que se centra na intromiss3o do empregador no processo comunicativo e conseqüente les3o ao direito ao segredo das comunicaç3es.

⁸²¹ *El r3gimen...*, op. cit., p. 83. Em igual sentido, Rodr3guez Ruiz, Blanca (*El secreto...*, op. cit., pp. 125-128).

circunstâncias já mencionadas), configuraria ilícito, uma vez materializada em ações de controle, em relação ao outro ou aos outros participantes do processo comunicativo (externos à empresa).

Este entendimento é bem sintetizado na advertência de Martínez Fons⁸²² ao esclarecer que o consentimento legítimo pelos empregados da empresa levaria ao desenho de dois quadros distintos: um primeiro, em que o controle seria legítimo quando feito exclusivamente entre sujeitos da organização empresarial, tanto como receptores quanto como emissores (*e aqui acrescentamos, desde que de acordo com as exigências de boa fé, se exija ou se possa exigir, implícita ou explicitamente, a limitação de determinado direito fundamental para a satisfação do interesse que levou as partes a contratar*). Um segundo, geral, quando os sistemas de comunicação fossem empregados em caráter universal tanto para comunicar-se no seio da organização como para outros sujeitos situados fora dela, hipótese em que o controle em concreto só seria legítimo com o consentimento não viciado de todos os participantes do processo comunicativo, o que, convenhamos, em termos práticos, seria praticamente impossível, diante do número infinito de pessoas que se comunicam com empregados de uma empresa.

E essa ênfase na figura do terceiro, externo à empresa, que pode vir a ser prejudicado pelo exercício da autonomia privada do empregado encontra eco no estudo elaborado pelo *Grupo de trabalho sobre proteção de dados – art. 29*, outrora mencionado, que consigna a esse respeito:

*Si es posible, el control del correo electrónico debería limitarse a los datos sobre tráfico de los participantes y a la hora de una comunicación más que al contenido, si ello es suficiente para satisfacer las necesidades del empleador. Si el acceso al contenido de los mensajes es indispensable, convendría tener en cuenta el respeto de la vida privada de los destinatarios externos e internos de la organización. Por ejemplo, el empleador no puede obtener el consentimiento de las personas ajenas a la organización que envían mensajes a los miembros de su personal. Del mismo modo, el empleador debería aplicar todos los medios razonables para informar a las personas ajenas a la organización de la existencia de actividades de vigilancia que pudieran afectarlas. Se podría, por ejemplo, insertar avisos de la existencia de sistemas de vigilancia en todos los mensajes salientes de la organización.*⁸²³

⁸²² Martínez Fons, Daniel. *El poder de control del empresario en la relación laboral*. 1ª edición, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, pp. 140-141.

⁸²³ *Documento de trabalho relativo à vigilância das comunicações eletrônicas no lugar de trabalho, aprovado em 29 de maio de 2002...*, op. cit., p. 18.

Desta forma, a cláusula contratual que admita a restrição ao direito ao segredo das comunicações, ainda que com tempo definido, para atos concretos, necessários ou possíveis no marco do desenvolvimento da atividade empresarial, e sem vício de vontade, a despeito de ser válida, é ineficaz para o específico fim de legitimar o uso de controle do processo comunicativo, na medida em que não autoriza a lesão a direito fundamental de terceiro que integre o processo comunicativo e não faça parte dos quadros da empresa.

No plano jurisprudencial brasileiro pode-se argumentar, inclusive, que o próprio Supremo Tribunal Federal dá guarida a este entendimento quando consigna que *“a autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros”* (RE 201819/RJ, de 11 de outubro de 2005).

Na Espanha, situação análoga foi vivenciada no caso “Valenzuela Contreras”, já referido, no qual, independentemente da discussão que envolveu a licitude da ordem judicial emitida, restou caracterizado que nenhum dos comunicantes tem a faculdade de autorizar terceiro a intervir no processo comunicativo. Tais medidas, limitadoras do exercício do direito, ainda que fruto da autonomia de vontade de um dos comunicantes, são consideradas violadoras do direito previsto no art. 18.3 CE, na medida em que se reconhece que uma interceptação do processo comunicativo por aqueles que lhe sejam alheios, mesmo que um dos integrantes da comunicação autorize a intervenção, viola o segredo das comunicações, não estando à disposição dos comunicantes tal faculdade.

A única exceção que alguns apontam em relação à cláusula contratual em que se consinta restrição ao direito em questão seria o caso em que produtos são oferecidos ao mercado através do e-mail. Nessa situação, aqueles que entendem que a empresa não seria titular do processo comunicativo, sustentam que a limitação contratual se justificaria pela existência de limites derivados da própria natureza do trabalho, de modo que se a empresa disponibiliza um correio eletrônico corporativo para o exercício deste tipo de atividade, identificada estaria a estrita necessidade das medidas de controle, já que não existiria outro meio menos agressivo capaz de viabilizar ao empregador uma verificação da qualidade do serviço prestado, posto que as mensagens trocadas são a própria materialização do negócio. Ademais, o acesso a estas mensagens telemáticas seria imprescindível para a própria atividade de gestão, na medida em que

através desse controle seria possível obter os dados necessários para melhoria do serviço prestado, qualquer que seja ele, além de ser o principal elemento, se não o único, para aferição da qualidade do trabalho desempenhado por cada um de seus empregados⁸²⁴.

Esse raciocínio, entretanto, já foi refutado anteriormente neste estudo (no capítulo 4, item 6.2.), por considerarmos que o empregador, nestes casos, seria cotitular da mensagem telemática, não sendo legítimo falar-se em intervenção na comunicação por um daqueles que a titularizam. De modo que, neste caso, não sendo o empresário terceiro em relação ao processo comunicativo, a intervenção (que por definição vem de fora) não fica caracterizada, pelo que a cláusula contratual que estalecesse a restrição ao direito, na prática, não teria objeto.

Aqui, todavia, vale reforçar, que a partir dessa conclusão, peculiar em relação ao direito ao segredo das comunicações, cuja titularidade não pode ser de apenas uma pessoa, não se está a aduzir que o empregado, com base nesse raciocínio, não possa, uma vez comprovada a ilicitude por outros meios, ser penalizado pelo mau uso do instrumental correio eletrônico. Apenas, imperativo ressaltar que a necessidade de se valer de meios de prova alternativos se justifica porque a ilicitude do uso do correio eletrônico não conduz necessariamente à licitude do meio de controle empresarial utilizado para aferir a conduta do obreiro, pois, como assevera de forma precisa Sanllehí, “*la ilicitud previa del trabajador no justifica la posible ilicitud posterior del empresario en el ejercicio de un control contrario a la dignidad humana.*”⁸²⁵

Por fim, e em tempo, necessário registrar que a constatação da irrelevância da cláusula em que o trabalhador consinta a respeito da intervenção está longe de significar que não possa o direito fundamental ser restrito quando cotejado em concreto com os poderes empresariais. Apenas, neste último caso, a limitação será decorrente da ponderação de valores constitucionais, e não do teor da norma contratual.

4. Liberdade de comunicação e a negociação coletiva no Brasil e na Espanha

Costumeiramente, aqueles que sustentam a possibilidade de regulamentação do uso do correio eletrônico na empresa, apresentam dois instrumentais

⁸²⁴ Esse é o pensamento de algumas vozes isoladas que entendem que a empresa não seria, ainda nesses casos, titular do processo comunicativo. É o que se colhe do pensamento de Fernandez Esteban (“Estudio de la jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre el secreto...”) e de Roig Batalla, que vê nestas atividades a existência de limites derivados da própria natureza do trabalho (*El uso laboral y sindical del correo electrónico e Internet en la empresa. Aspectos constitucionales, penales y laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007).

⁸²⁵ *El delito de descubrimiento...*, op. cit., p. 95.

que seriam idôneos para este fim.

O primeiro deles, e que mais detalhadamente foi visto até então, é o contrato de trabalho (ou o regulamento da empresa, que é parte integrante do liame laboral), e em relação ao qual a questão nodal reside na fixação dos limites e condições para validade da renúncia ou autorrestrrição ao exercício de direitos fundamentais. O outro veículo de regulamentação autônoma a respeito do uso e dos meios de fiscalização do correio eletrônico, e que teria a vantagem de não expor o empregado débil, de reduzido poder de negociação, diante do empregador, seria através das normas provenientes da autonomia privada coletiva⁸²⁶.

O princípio da autonomia coletiva, então, vem a ser expressão do pluralismo político, e assegura, por meio das negociações coletivas, aos grupos sociais, empregados e empregadores, o direito de elaborar normas jurídicas a partir da fixação das condições de trabalho aplicáveis às peculiaridades do ambiente laboral⁸²⁷.

A autonomia privada coletiva surge, por definição, como instrumental que supre a reconhecida desigualdade real entre empregados e empregadores no curso da relação de trabalho. Assim, os empecilhos que são inerentes à pactuação individual das condições de trabalho seriam mitigadas quando se trata de negociação coletiva. Em outras palavras, as limitações que estariam impostas aos indivíduos que pactuam um contrato de trabalho não limitariam os entes pactuantes da negociação coletiva, ainda que outras limitações distintas possam interferir na elaboração da norma.

Nesse ponto, curial trazer a lume a questão sob o enfoque dos instrumentais de negociação coletiva existentes na Espanha e no Brasil, traçando antes algumas características comuns entre os sistemas.

4.1. A autonomia privada coletiva

A autonomia privada individual, durante muito tempo, foi tida como um dos símbolos do liberalismo econômico, que se alicerçava na noção de igualdade

⁸²⁶ Diferenciando autonomia privada coletiva de negociações coletivas, João de Lima Teixeira Filho explica que a autonomia privada coletiva vem a ser um poder social constitucionalmente validado pelas disposições dos arts. 7º e 8º da CF, em que, a partir de uma “autogeração” de tutela específica para seus representados, forma-se um ordenamento não Estatal, mas reconhecido pelo Estado. Sendo a negociação coletiva, um meio pelo qual esse princípio se exercitaria, constituindo-se em um processo democrático através do qual as partes buscam, diretamente, uma composição para a regência das relações de trabalho que protagonizam (Sussekind, Arnaldo Lopes et al. *Instituições de Direito do Trabalho*, 20 ed., atualizado por Arnaldo Sussekind e João de Lima Teixeira Filho, São Paulo: LTr, 2002, p. 1164).

⁸²⁷ Ruprecht, Alfredo J. *Os Princípios do Direito do Trabalho*. Cunha, Edilson Alkmin (Trad.). São Paulo: LTr, 1995, p. 85.

formal entre os contratantes. Com o tempo, identificada desigualdade real entre as pessoas, coube ao direito positivo, como forma de proteção da parte hipossuficiente, intervir nas relações materialmente desiguais com a elaboração de normas cogentes ou de ordem pública, para, por intermédio da limitação da autonomia privada individual, resguardar a integridade jurídica da parte considerada mais vulnerável que, impossibilitada de discutir em igualdade de condições o teor das cláusulas contratuais, via-se jungida a aceitar condições jurídicas prejudiciais, que lhes eram impostas.

Entretanto, diante da insuficiência e da falta de efetividade dessa legislação intervencionista para garantia individual dos mais fracos, foi fortalecida a noção de autonomia privada coletiva, como instrumento de igualização de relações jurídicas originariamente desiguais em diversos setores da vida privada, sendo o direito laboral o berço, por excelência, da autonomia privada coletiva⁸²⁸. A dimensão coletiva da contratação constitui, assim, na expressão de Roppo⁸²⁹ um “*instrumento de proteção da parte frágil, alternativo à proteção publicista realizada pela lei*”.

Vale o registro de que na evolução dos sistemas jurídicos, sociais e econômicos nota-se historicamente uma tendência à redução da autonomia individual e um extraordinário incremento da autonomia privada coletiva, instrumental que se caracteriza por melhor atender ao equilíbrio de convivência de interesses opostos. Daí que, em tempos atuais, ainda que haja um movimento de reforço do contrato individual⁸³⁰, observa-se que em diversos ordenamentos jurídicos a faculdade de regulação dos próprios interesses não é reconhecida apenas aos indivíduos singularmente considerados, mas também aos mais diversos agrupamentos sociais.

Assim, diversos grupos sociais organizados, denominados pela doutrina “*corpos intermediários*”, definidos por interesses comuns, têm reconhecidamente o poder⁸³¹ de emitir normas destinadas aos seus membros e às relações com outros entes, indivíduos ou esferas jurídicas, para a satisfação de interesses

⁸²⁸ Rodrigues Pinto (*Curso de Direito Individual do Trabalho...*, *op cit*, p. 39) pontua que a massa operária conscientizada de sua força coletiva percebeu a necessidade de ter representatividade perante os empregadores, indispensável à efetividade das reivindicações negociadas.

⁸²⁹ Roppo, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001, pp. 44-46.

⁸³⁰ Ainda que de forma aligeirada, por ser apenas um tema transversal nesta investigação, o tema foi referido no capítulo 1 deste trabalho.

⁸³¹ Para muitos, trata-se de um poder função, já que toda a atuação teria por finalidade a tutela dos interesses coletivos dos trabalhadores e não os interesses próprios das entidades sindicais ou de seus dirigentes. Sobre o tema, recomenda-se a leitura de Santi Romano (*Frammenti de un dizionario*. Milano, Giuffrè, 1947), na doutrina brasileira, Ronaldo Lima dos Santos (*Teoria das normas coletivas*, 2ª edição, São Paulo: LTr, 2009), entre outros.

comuns à coletividade, classe ou categoria de pessoas representadas. Rodrigues Pinto⁸³², sobre a índole da negociação coletiva, nesse sentido afirma que esta “*é um impulso dos atores das relações de trabalho subordinado para emancipar-se da disciplina da lei e, do ponto de vista do trabalhador, da tutela emanada do poder público. Trata-se de um impulso progressivo, mas gradual, que nunca representará uma separação completa entre a vontade dos contratantes e a autoridade do Estado, no aspecto global da disciplina e da tutela mínima das relações jurídicas entre trabalhadores e empresas*”.

Trata-se do poder conferido a certos grupos sociais de criar normas jurídicas para a tutela dos interesses de uma coletividade, comunidade ou classe de pessoas globalmente consideradas. E se insere num contexto em que se verifica a disparidade do poder contratual entre categorias socioeconômicas contrapostas. Sua concepção é baseada na percepção social da existência de uma lacuna entre a norma geral e a particular, entre a abstração das normas gerais estatais e a excessiva concretude e singularidade das normas particulares (hiperespecíficas), cujo preenchimento se dá pela esfera contratual coletiva⁸³³.

4.2. Sobre a possibilidade de as normas coletivas tratarem do uso do correio eletrônico na empresa e dos seus meios de fiscalização

Na Espanha, os instrumentos de negociação coletiva são os convênios, pactos e acordos coletivos⁸³⁴. No Brasil, o ordenamento jurídico consagrou duas modalidades de instrumentos de negociação coletiva: o acordo coletivo e a negociação coletiva. Trata-se de distinção exclusiva do direito brasileiro. No direito comparado, como regra utiliza-se a mesma denominação para as normas coletivas, sendo que sua distinção ocorre pelos sujeitos pactuantes, conteúdo ou papel reservado a cada uma das normas no ordenamento jurídico. Distinguem-se, assim, instrumentos normativos conforme a maior esfera de incidência, como o contrato coletivo e o pacto social.

Começemos pela análise da realidade espanhola.

⁸³² *Direito Sindical e Coletivo do Trabalho*, São Paulo: LTr, 1998, p. 169.

⁸³³ Nesse sentido, Lima dos Santos, Ronaldo. *Teoria das normas coletivas*, 2ª edição, São Paulo: LTr, 2009.

⁸³⁴ Ojeda Avilés. Antonio. *Derecho sindical*. 7ª edición, Madrid: Tecnos, 1995.

4.2.1. O sistema de negociação coletiva da Espanha e seus limites diante dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Breves noções sobre os convênios coletivos

O sistema de negociação coletiva na Espanha é um mecanismo fundamental para compreensão do funcionamento do mercado de trabalho⁸³⁵. Segundo Isquierdo y Urtasun⁸³⁶, cerca de 90% dos empregados do setor privado tem suas condições de trabalho (em particular, de salário) fixadas através de negociação coletiva, em padrões que são considerados bastante elevados, seja considerando os demais países europeus ou até os Estados Unidos da América.

O contrato coletivo de trabalho ou convenio coletivo de trabalho é um tipo particular de negócio jurídico celebrado entre um sindicato e um ou vários empregadores ou um sindicato e uma organização ou várias representativas dos empregadores (comitês de empresa). Também, quando não há um sindicato, pode ser celebrado por representantes dos trabalhadores interessados, devidamente eleitos e autorizados por aqueles, na forma da legislação nacional.

Sua origem mais remota está no art. 37 da Constituição Espanhola, segundo o qual *“la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios. De igual, se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad.”*

O convênio coletivo de trabalho pode regular todos os aspectos da relação laboral (salários, jornada, descansos, férias, licenças, condições de trabalho, capacitação profissional, regime de extinção contratual, definição das categorias profissionais), bem como determinar regras para a relação entre os sindicatos e os

⁸³⁵ Bom exemplo desse seu caráter pode ser visto na recente reforma laboral, introduzida pela Lei 03/2012, de 06 de julho, que, em relação ao convenio coletivo viabiliza o seu uso como meio de modificação das condições de trabalho, além de reduzir o seu conteúdo mínimo. Uma análise pormenorizada de todas as novidades da Lei 03/2012, pode ser vista em Molina Navarrete, Cristóbal. *“La versión Parlamentaria de la Reforma Laboral 2012: mayor flexibilidad, mejoras técnicas y versos sueltos”*, publicado na RTSS. CEF, n. 352 (julho 2012). Texto obtido em <http://www.laboral-social.com/flexiguridad-politicas-mercado-trabajo-reforma-laboral-2012-costes-despido-flexibilidad-interna.html>. Acesso em 12.01.2013.

⁸³⁶ Izquierdo, Mario & Alberto Urtasun, Esther Moraly. *El sistema de negociación colectiva en España: Un análisis con datos individuales de convenios*. Banco de España, Madrid, 2003. Encontrado em <http://www.bde.es>. Acesso em 09.02.2011.

empregadores (representantes nos lugares de trabalho, informação e consulta, licenças e permissões para os dirigentes sindicais faltarem ao serviço, etc.)⁸³⁷.

Da forma como está articulada a negociação coletiva, os convênios coletivos podem ser negociados entre os representantes dos trabalhadores e dos empresários a nível descentralizado da empresa ou com um nível maior de centralização como é o de setor, com diferentes âmbitos geográficos: local, provincial, regional ou nacional.

Como fonte de Direito, o Convenio, que está precedido e é resultado de uma atividade de negociação coletiva entre as partes, encontra-se regulado pelo Título III do Estatuto dos Trabalhadores, é inferior à lei, já que não podem ser contrários às normas imperativas estabelecidas pela lei. De igual forma, o convenio coletivo se encontra limitado ao respeito às normas previstas na Constituição Espanhola, até porque o princípio da liberdade de contratação consagrado no art. 37.1 da CE tem seu limite no respeito ao ordenamento jurídico constitucional.

⁸³⁷ Sobre o conteúdo do convenio coletivo, veja-se o que dispõe o art. 85 do Estatuto dos Trabalhadores: *“Artículo 85. Contenido. 1. Dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales, incluidos procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los períodos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 de esta Ley; los laudos arbitrales que a estos efectos puedan dictarse tendrán la misma eficacia y tramitación que los acuerdos dictados para la solución de las controversias derivadas de la aplicación de los convenios. Sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el capítulo III del Título IV de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. 2. A través de la negociación colectiva se podrán articular procedimientos de información y seguimiento de los despidos objetivos, en el ámbito correspondiente. Asimismo, sin perjuicio de la libertad de contratación que se reconoce a las partes, a través de la negociación colectiva se articulará el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores de la siguiente forma: a) En los convenios colectivos de ámbito empresarial, el deber de negociar se formalizará en el marco de la negociación de dichos convenios. b) En los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, el deber de negociar se formalizará a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los indicados convenios para cumplimentar dicho deber de negociar a través de las oportunas reglas de complementariedad. 3. Sin perjuicio de la libertad de contratación a que se refiere el párrafo anterior, los convenios colectivos habrán de expresar como contenido mínimo lo siguiente: a) Determinación de las partes que los conciertan. b) Ámbito personal, funcional, territorial y temporal. c) Procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 82.3, adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tal artículo. d) Forma y condiciones de denuncia del convenio, así como plazo mínimo para dicha denuncia antes de finalizar su vigencia. e) Designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas, así como establecimiento de los procedimientos y plazos de actuación de esta comisión, incluido el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83.”*

Questiona-se, entretanto, se a negociação coletiva seria um meio jurídico próprio para regular os direitos fundamentais. Para responder a essa pergunta, necessário pontuar que o convenio coletivo é fonte de direito, uma vez que este goza de força própria conferida pela própria constituição no art. 37.1 CE. Esta ideia é confirmada pelo Tribunal Constitucional através da STC 58/1985, na qual se registra que *“los convenios colectivos se integran en el sistema formal de fuentes del derecho”*⁸³⁸. Nessa mesma linha, afirma o TC que *“de la constitución no se deriva expresa o implícitamente ningún principio que con carácter general substraiga a la negociación colectiva de la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales (SSTC 58/1985, 95/1985, 111/1985, 136/1985, 217/1991).”*⁸³⁹.

Outra questão, mais delicada e mais polêmica, é se a norma coletiva pode regular os direitos fundamentais limitando os mesmos. Gutiérrez Pérez responde esta questão da seguinte forma:

*...consideramos aplicable a la negociación colectiva aquella doctrina del Tribunal Constitucional, que veíamos con ocasión del análisis de la incidencia del Estatuto de los Trabajadores en los derechos fundamentales inespecíficos laborales, según la cual al regular el ejercicio de los derechos fundamentales, a través de la habilitación contemplada en el artículo 53.1 CE, es posible introducir límites a los derechos fundamentales, sólo que estas restricciones únicamente pueden afectar al tiempo, lugar y modo de realización práctica de su contenido y objeto; por lo que es posible la introducción de los mismos por parte de la negociación colectiva, al quedar el convenio colectivo comprendido dentro del concepto extensivo de ley al que alude el artículo 53.1 CE, siempre y cuando dichas restricciones, únicamente, afecten a las condiciones formales y espacio-temporales de ejercicio de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador.*⁸⁴⁰

Quanto à possibilidade de limitar as faculdades organizativas empresariais, responde o autor que *“es perfectamente admisible, puesto que pertenece a la propia naturaleza de la negociación colectiva el actuar como límite a los poderes*

⁸³⁸ O convenio coletivo, na dicção do TC, efetivamente é uma fonte de Direito que regula as condições de trabalho, uma verdadeira norma jurídica (por todas, STC 151/1994, de 23 de maio, FJ. 2), que cria regras para as relações de trabalho (STC 184/1991, de 30 de setembro, FJ 6).

⁸³⁹ Entre os juslaboralistas, Ojeda Avilés (*“Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”*. *Revista de Derecho Social*. Numero 35, julio/septiembre de 2006), entretanto, discrepa deste entendimento por vislumbrar que o art. 53 CE exige que o exercício dos direitos e liberdades fundamentais somente por lei orgânica pode se regular, determinando que essas leis respeitem o conteúdo essencial da norma, o que tornaria inviável a aceitação pacífica da regulação por convênios a respeito do exercício dessas faculdades.

⁸⁴⁰ Gutiérrez Pérez, Miguel. *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecífico*. Murcia: Ediciones Laborum, 2011, p. 117.

*organizativos, técnicos e incluso económicos del empresario, sin que pueda invocarse el derecho a la libertad de empresa, que es derecho que ha de entrar en dialogo con otras libertades, entre ellas la libertad sindical y la autonomía negocial que al sindicato corresponde como contenido esencial de aquella, y que le convierte en agente de una autonomía política económica y social*⁸⁴¹.

Com esse *status* no ordenamento jurídico, erigida a esta condição a partir da comunhão da vontade de representantes de trabalhadores e empregadores, diversos estudos apontam para o convenio coletivo como instrumental adequado para regular o uso do e-mail na relação de trabalho. Alguns vão mais longe ao entender que através dele, como a participação da representação dos trabalhadores, seria legítima a instituição de mecanismos de fiscalização.

Em excelente obra dedicada ao tema, e que é resultado de sua tese doutoral, a sevilhana Marín Alonso⁸⁴² se situa entre aqueles que ficam a meio caminho. Se por um lado admite a regulação do uso do correio eletrónico por norma coletiva, não vislumbra neste veículo a possibilidade de o trabalhador ter o seu direito restrito, pontuando que, neste caso, imperativa seria a renúncia a algumas faculdades inerentes ao direito ao segredo das comunicações, desde que com possibilidade de retroagir a qualquer tempo. Em termos literais, assevera a autora:⁸⁴³

La negociación colectiva a través de cualquiera de sus manifestaciones y como medio de regulación de condiciones laborales, puede modular el uso de los instrumentos informáticos en la empresa y, por ello, también el correo electrónico de los trabajadores en la misma. Es, además, el instrumento idóneo para recoger las condiciones de empleo de los medios de comunicación en la empresa. No obstante, entiendo que con él sólo se podrá delimitar la utilización profesional o extraproductiva que haya que darle al medio de comunicación de que se trate en la empresa, en nuestro caso, el correo electrónico, pudiendo, en extremo, acordar con la empresa que ésta ponga a disposición de los empleados una específica cuenta de correo electrónico para que los trabajadores envíen, a través de ella, los mensajes que, con fines extraproductivos, deseen realizar, o bien, acordar el uso del mismo por los representantes de los trabajadores en la empresa para fines de representación o acción sindical en la empresa o fuera de ella. En estos últimos casos, el control empresarial de los aspectos accesorios contenidos en el medio de comunicación, podría incluso vedarse por acuerdo entre las partes negociadoras de un convenio colectivo. Pero, ¿pueden las partes negociadoras acordar la renuncia al secreto de los

⁸⁴¹ Idem, op. cit., p. 117.

⁸⁴² Marín Alonso, Inmaculada. *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

⁸⁴³ Idem, op. cit., pp. 243-246.

mensajes de correo electrónico enviados o recibidos por los empleados? O, en otros términos, ¿puede acordarse el control empresarial del contenido de los mensajes de correo electrónico realizados con la herramienta proporcionada por la empresa? Obvio me parece que nadie puede renunciar a un derecho que no le pertenece, por lo que dicha posibilidad sería contraria al ordenamiento jurídico y, por tanto, a la propia Constitución pues tratándose de un derecho fundamental del trabajador o individuo sólo este podría disponer de él. Ello, no obstante, deja abierta la puerta a que los trabajadores individualmente considerados se adhieran expresa y voluntariamente a los preceptos de los convenios colectivos que prevean esta posibilidad, en cuyo caso, sí podría permitir se el control total del correo electrónico en la empresa sin que lo impida el art. 18.3 CE o el art. 18.1 CE. La intromisión consentida por el trabajador en tales casos no supone, en sí misma, la renuncia abstracta a un derecho de la personalidad sino, tan sólo, el parcial desprendimiento de algunas de las facultades que lo integran, aunque aquél podrá revocar su consentimiento en cualquier momento.

Posição similar é colhida nos ensinamentos de Del Rey Guanter⁸⁴⁴, que defende a utilização do convenio coletivo para solucionar as questões atinentes ao uso do e-mail nas relações de trabalho. A despeito de seu entendimento pelo uso da norma coletiva para regular a matéria, o autor enfatiza que o instrumental não pode ser utilizado para legitimar ou permitir a monitoração do correio eletrônico, devendo a empresa se limitar a adotar intervenções defensivas, sob pena de violar o segredo das comunicações. É o que se colhe de algumas de suas ponderações:

Desde esta perspectiva, parece lógico afirmar que – por el momento – es la negociación colectiva el instrumento óptimo desde el cual proceder a esta adaptación, aún conscientes de su heterogeneidad, no sólo por las diferentes necesidades e intereses de cada uno de los sectores productivos, sino también por la diversa funcionalidad de los convenios colectivos por razón de su ámbito territorial.⁸⁴⁵

(...)

Es de destacar, cómo en ningún momento el convenio colectivo permite o legitima la monitorización del correo electrónico, conducta que consideramos contraria abiertamente al artículo 18 CE, sino que se limita a recoger los principios de intervención ‘defensiva’ que colocan la invasión al derecho a la intimidad en el ámbito de la ‘ultima ratio’.⁸⁴⁶

Outros autores, ainda que em regra estabeleçam condições para este fim, vão mais além, ao sustentarem em seus estudos ser possível, por meio do convenio

⁸⁴⁴ Del Rey Guanter, Salvador. et al., *El estado actual de la negociación colectiva en España. Balance y perspectivas*, Madrid: MTAS, 2003.

⁸⁴⁵ Idem, *op. cit.*, p. 819.

⁸⁴⁶ Idem, *ibidem*, p. 825.

coletivo, a estipulação de restrição ao exercício dos direitos fundamentais. Entre outros, este é o pensamento de García Viña⁸⁴⁷ e de Thibault Aranda⁸⁴⁸. Este, em destacado estudo sobre o tema, faz interessante resumo dos principais pilares do pensamento dos que sustentam esta possibilidade.

Primeiramente, diante do caso concreto, o autor sustenta ser imperativa a ponderação entre os bens e valores constitucionalmente relevantes para o caso concreto para verificar o tamanho do recorte que pode ser imposto através destes meios de vigilância de controle impostos pelo empregador. Em qualquer caso, o autor salienta ser necessário respeitar *“el contenido esencial de los derechos de los trabajadores”*, para concluir que *“ni del hecho de que el empresario ponga a disposición del trabajador una cuenta de correo electrónico cabe concluir sin más que puede a su arbitrio controlar las comunicaciones realizadas a través de la misma, ni el respeto a los derechos constitucionales aludidos puede despojar al empresario de su poder de dirección y control, que si no está constitucionalizado tiene claro engarce constitucional en el art. 38 CE. Una vez más la ponderación de derechos y valores constitucionales exige diferenciar varias hipótesis.”*

Todavía, Thibault Aranda entende que se a matéria está regulada em um convênio coletivo⁸⁴⁹ de maneira em que estejam claras a natureza e a finalidade da conta e as condições de sua utilização, restando indene de dúvida a vedação ao uso do correio eletrônico para fins extraempresariais, estando os trabalhadores devidamente informados de seu teor, tornar-se-ia legítima a fiscalização pelo empregador, salvo quando pautadas em critério discriminatório, vexatórios ou humilhantes. Eis a literalidade de suas considerações a respeito do tema:

a) Cuando en las normas de operativa interna de la empresa se establece que los medios informáticos de la misma se facilitan como herramienta de trabajo, y en cuanto tan sólo pueden ser utilizados para soportar los servicios y tratamientos previstos y autorizados por la dirección, la previsión de adopción con carácter sistemático de medidas de verificación de estos sistemas o su fiscalización puntual y excepcional cuando se haya detectado un uso irregular de los mismos, puede entenderse incluida, bajo ciertas condiciones, en el artículo

⁸⁴⁷ García Viña, Jordi, “Limitaciones en el uso del correo electrónico en las empresas por parte de las secciones sindicales. (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo del 28 de marzo de 2003)”. in *Revista Española de Derecho del Trabajo* n. 122, 2004.

⁸⁴⁸ Thibault Aranda, Javier. “El uso del e-mail por los trabajadores y las facultades de control del empleador”. In: *Seminario “Poder informático e intimidad: límites jurídico-laborales y penales al control empresarial”* (30 de marzo de 2001).

⁸⁴⁹ Thibault Aranda também se vale desse argumento para sustentar o mesmo em relação ao regulamento que adere ao contrato individual.

20.3 ET. Y ello porque lo que se pretende con esta monitorización es verificar única y exclusivamente el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, comprobando que los instrumentos telemáticos puestos a su disposición por la empresa no son utilizados para fines extraempresariales.

Admitido esto, el seguimiento de las comunicaciones de los trabajadores deberá reunir determinadas condiciones para respetar al máximo la intimidad y dignidad de los trabajadores:

Pieza central de estos controles será la obligación de informar al trabajador de la existencia de los mismos. El conocimiento por el trabajador de las condiciones de uso —exclusivamente profesionales— y de la posibilidad de acceder a los sistemas de comunicaciones por parte del empresario será garantía suficiente desde el momento en que no se crea una expectativa de secreto. Dicha obligación de información deberá versar sobre la finalidad de dichos controles, las razones en que se fundamentan, el alcance de los mismos y, en su caso, las condiciones de recogida, almacenamiento y uso de las informaciones registradas y de los mecanismos para garantizar su confidencialidad.

De otra parte, los criterios de selección de los trabajadores a controlar no deberán ser discriminatorios (por ejemplo, los trabajadores afiliados a un determinado sindicato), ni tampoco arbitrarios, sino que, cuando la instalación de estos programas de seguimiento y monitorización no sea sistemática para todas las comunicaciones o transacciones realizadas, habrán de incluirse criterios de aleatoriedad o fundamentarse en razones objetivas como el acceso a informaciones confidenciales por parte de determinados trabajadores. De igual modo, la apertura de la cuenta de correo electrónico de un concreto trabajador deberá fundarse en un motivo serio y legítimo, excluyente de cualquier trato discriminatorio, vejatorio o humillante.

Diversas decisões do TC, entre outras as SSTC 177/1988, de 10 de outubro, FFJJ 3 e 4, STC 171/1989, de 19 de outubro, FJ 2, ainda que não digam expressamente que o convenio coletivo seja instrumento próprio para concretização de direitos fundamentais nas relações de trabalho, ao efetuarem análise em amparo quando se alega vulneração de direitos fundamentais, dão a entender que a vedação não estaria na materialização dos direitos fundamentais através de convênios coletivos, mas na eventual vulneração desses direitos através da norma gerada a partir da negociação coletiva.

Na STC 177/1988 (FJ 4), quanto à possibilidade de restrição de direitos fundamentais através de normas coletivas, reconhece a Corte Constitucional que a própria norma coletiva já é uma restrição ao direito fundamental (no caso, a igualdade). Ademais, acrescenta que ela leva em conta as particularidades da atividade em um dado setor, daí que o fato dele apresentar uma diferenciação, por si só, não levaria a uma lesão ao princípio da igualdade, devendo ser analisada no caso concreto a

sua razoabilidade, levando-se em conta o conteúdo e alcance do princípio da igualdade. Veja-se expressamente o que restou consignado:

El principio de autonomía colectiva implica ya una primera limitación, global y genérica, del principio de igualdad, en la medida en que da paso al establecimiento de regulaciones diferenciadas en razón de la empresa, del sector o de cualquier otro ámbito territorial y funcional apropiado y legítimo para la negociación de condiciones de trabajo. El Convenio colectivo es por definición una norma «sectorial», por lo que la diferenciación por sectores productivos es prácticamente inseparable de la noción de negociación colectiva (ATC 643/1986, de 23 de julio). Pero, además, el derecho a la negociación colectiva lleva consigo que las partes puedan establecer, dentro del ámbito territorial y funcional correspondiente, y siempre dentro del marco legal y constitucional, las diferencias de regulación o de trato que consideren convenientes o adecuadas en razón de los respectivos intereses, pues sólo así se hará efectiva la capacidad reconocida por la ley a trabajadores y empresarios para regular las condiciones de trabajo y productividad», y sólo de esa forma podrá decirse que el Convenio es «expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva» (art. 82 del Estatuto de los Trabajadores). No puede decirse, por lo tanto, que la distinción dentro del Convenio colectivo sea per se contraria al principio de igualdad. Habrá que examinar si la diferencia es o no razonable y si es o no aceptable para el ordenamiento, todo ello a la luz de las consideraciones generales que este Tribunal ha hecho sobre el contenido y el alcance del principio de igualdad (STC 67/1988, de 18 de abril, entre otras) y de las consideraciones particulares que aquí se vienen haciendo. (o negrito não consta no original)

Nessa toada, o Tribunal Constitucional aponta linhas gerais sobre a possibilidade de restrição de direitos fundamentais através de convenio coletivo, sinalizando que a restrição admitida não é ilimitada quando aduz que estes devem observar e respeitar o conteúdo dos direitos fundamentais. É o que se colhe de fragmento da STC 177/1988, FJ 4, quando consigna que “... *el convenio colectivo, en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra constitución*”. Nessa linha, materializando este pensar, tem considerado inconstitucional a parte do convenio coletivo que atenta aos direitos fundamentais. Não admite o TC que se alegue o caráter unitário da norma para considerar-se um todo orgânico⁸⁵⁰. No mesmo sentido, o Tribunal Supremo na STS de 29.10.1990 – RJ 79377/1990 e STS 22.09.1998 – RJ 7576/1998 na qual registrou que

⁸⁵⁰ Por todas, a STC 189/1993.

“... es cierto que todo convenio constituye en todo unitario... ello no significa de ninguna forma, que por tal causa tenga que aplicarse y que considere valido y eficaz un precepto del convenio que infrinja claramente la Constitución Española”.

Todavia, nem mesmo o reconhecimento patente do Tribunal Constitucional a respeito da admissão do convenio coletivo como instrumento idôneo para concretizar os direitos fundamentais (desde que não os viole) em virtude de seu caráter volátil, teve o condão de obter quanto à matéria, ao menos no campo doutrinário, algo próximo do consenso. Nesse sentido, alega-se contra esta possibilidade que a própria origem das normas coletivas que surgem tendo o direito posto pelo Estado como piso, sempre esteve voltada para a concreção dos direitos existentes e a criação de novos direitos. Nesse passo e em relação aos direitos fundamentais, não se teria dúvida que sua função seria antes de tudo promovê-los, enfatizando sua implementação no meio ambiente de trabalho.

Não discrepa desta linha o escólio de Escribano Gutiérrez⁸⁵¹ que defende a *“necesidad de que el convenio colectivo se convierta también, desde un punto de vista activo en un “vehículo apropiado para la promoción de dichos derechos, adquiriendo así un importante papel en la interiorización de los derechos fundamentales en la empresa y en el contrato de trabajo”.*

Ademais, sustenta-se, ainda, a função dos responsáveis pela estipulação da norma coletiva, que exercem verdadeiro dever-poder. Eles não atuam com base em algum poder que os representados lhes tenham concedido, caso a caso, mas por força de um mandato amparado em previsão legal, daí que, com toda razão, deva seu poder ser monitorado pelas instancias controladoras, em especial o Judiciário para verificação da legalidade no cumprimento deste mister.

Em tempo, parte da doutrina⁸⁵² também justifica a resistência à concretização e restrição dos direitos fundamentais no convenio coletivo, destacando o quadro conjuntural onde se verifica a existência de um processo de maior individualização das relações laborais, no qual é substituído o sistema fordista de produção (e suas famosas reuniões de trabalhadores nos pátios das fábricas, a consciência e classe e o espírito de corpo), por um trabalho em que cada empregado da

⁸⁵¹ Escribano Gutiérrez, Juan. *Autonomía Individual y Colectiva en el Sistema de Fuentes de Derecho del Trabajo*, Madrid: CES, 2000, p. 124.

⁸⁵² Aqui merece destaque Del Rey Guanter, Salvador. et al., *El estado actual de la negociación colectiva en España...*, op. cit., p. 125.

empresa passa a constituir uma célula autônoma e independente, com poucos elementos em comum com os demais tutelados pela norma coletiva.

Daí que muitos vêem na atual cena laboral, em que os direitos fundamentais terminam por sofrer restrições a partir da norma coletiva, um verdadeiro desvio de finalidade, que estaria a serviço de uma clara intenção de caráter político ideológico, o que fez com que Lyon-Caen⁸⁵³, ao analisar o Direito do Trabalho resultante dessa potencialização da negociação coletiva em detrimento da lei, tenha qualificado esta disciplina como um “*Derecho neoliberal*”.

Ojeda Avilés⁸⁵⁴, analisando a norma coletiva, num contexto de debilidade sindical derivada da precariedade de empregos e descentralização produtiva, vislumbra um quadro atual de predomínio desta fonte de direito de caráter híbrido do elemento contratual sobre o ingrediente normativo. Assim, a fragilidade dos entes sindicais termina por fazer com que a norma coletiva, que deveria viabilizar e facilitar o exercício do direito fundamental, atue restringindo ou matizando-os “*a cambio, en ocasiones, de un día más de vacación*”⁸⁵⁵.

De fato, a regulação de direitos fundamentais por meio de norma coletiva está em cheque⁸⁵⁶. Seja em virtude da necessidade de respeito da norma coletiva às prescrições legais e constitucionais, seja pelo reconhecimento de uma realidade distinta em que o processo de pauperização do movimento sindical e consequente perda de força de sua representação para fazer valer os interesses dos trabalhadores, têm sido geradas normas pejorativas aos interesses dos trabalhadores, que mais precarizam que incrementam os direitos do trabalho, subvertendo a gênese pela qual a negociação coletiva foi criada.

O que se vê, concretamente, são dispositivos que, sendo frutos de norma coletiva, têm sido frequentemente questionados perante os órgãos de controle, aspecto que se torna mais relevante em relação ao uso das novas tecnologias, já que a negociação coletiva tem sido o veículo preferencialmente utilizado pelos atores sociais para regular os limites de uso e de fiscalização em torno do e-mail nas relações laborais.

⁸⁵³ Lyon-Caen, Gérard. “¿Derecho del Trabajo o Derecho del Empleo?, en Evolución del Pensamiento Juslaboralista”, *Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata*, Montevideo 1997.

⁸⁵⁴ Ojeda Avilés, Antonio, “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”. *Revista de Derecho Social*. Numero 35, julio/septiembre de 2006.

⁸⁵⁵ Idem, p. 28.

⁸⁵⁶ Esse questionamento sobre a efetividade do uso do instrumental para concretização dos direitos fundamentais ganha corpo diante de um quadro de incertezas motivadas pelo desemprego e fim da ultratividade das normas coletivas (art. 86.3 ET com nova redação dada pela Lei 3/2012) que, em conjunto, fragilizam a força negociadora dos sindicatos de trabalhadores.

4.2.2. Convenções coletivas e acordos coletivos do Brasil. Objeto e limites

Na forma do art. 611 da CLT, a convenção coletiva de trabalho é definida como o “*acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais do trabalho*”.

O acordo coletivo apenas se distingue desta pelo fato de poder ser celebrado por empresa ou grupos de empresas perante o sindicato da categoria profissional. Quanto à sua natureza jurídica, doutrinariamente se reconhece o hibridismo de ambos entre contrato e norma. Afigura-se norma por prazo determinado com duração máxima de dois anos, cujas disposições se aplicam a toda a categoria, sendo refutada hoje a tese de eventual incorporação de suas cláusulas em definitivo ao contrato individual de trabalho. Nesse sentido, fixou-se em sede de jurisprudência que as cláusulas das convenções coletivas aplicam-se aos contratos individuais apenas durante o período de vigência destas.

É recorrente o reconhecimento doutrinário e jurisprudencial de que as convenções e os acordos coletivos do trabalho no ordenamento jurídico brasileiro devem atender aos princípios constitucionais de sustentação ao primado do trabalho e à melhoria das condições sociais do trabalhador e, por isso, qualquer disposição normativa criada em sede de produção legislativa privada (acordos ou convenções) não poderá colocar-se em antagonismo aos referidos princípios.

O reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho inserido no art. 7º, XXVI, da Constituição Federal não permitiria, assim, absolutamente, a adoção indiscriminada de cláusulas normativas contrárias às garantias mínimas do trabalhador, estejam estas localizadas na própria Lei Maior ou sediadas na esfera infraconstitucional. O preceito constitucional aludido tem como condicionante o princípio de que o reconhecimento daqueles documentos coletivos não apenas é um direito do trabalhador, mas tem por fim a melhoria de sua condição social⁸⁵⁷. Nem

⁸⁵⁷ Antonio Ojeda Avilés em prólogo à edição espanhola de interessante obra do autor americano, William B. Gould IV, cujo título original é *A Primer on American Labor Law, (Nociones de Derecho Norteamericano del Trabajo*, Madrid: Tecnos, 1991) pontua que a utilização dos instrumentos de negociação coletiva só pode dar-se em benefício do trabalhador e para aquisição de conquistas na área do trabalho, uma vez que é esta a própria característica histórica deste ramo do Direito, de tal modo que não

poderia ser de forma diferente, pois não se consegue conceber, dentro de uma Constituição que proclama o primado dos valores sociais do trabalho (art. 1º, IV), a supremacia de regras de cunho convencional, geradas na órbita da negociação coletiva, nem sempre igualitária, sobre normas legais, mais benéficas, com conteúdo mínimo de garantia⁸⁵⁸.

A respeito dos limites constitucionais à negociação coletiva, oportunas as considerações de Brito Lopes, quando assevera:

O primeiro limite constitucional à negociação coletiva é o próprio art. 7º da Constituição Federal, que constitucionaliza praticamente todos os principais institutos do direito do trabalho e impõe, com regra, uma legislação protetiva (vide "caput" do art. 7º). A redução do terreno negocial é flagrante e inconteste. Um segundo aspecto a ser considerado, é que a negociação coletiva de trabalho só pode ter por objeto o ajuste de condições que incidam sobre os contratos de trabalho (cláusulas normativas), que disciplinem relações entre os sindicatos convenientes (cláusulas obrigacionais), ou que se refiram à própria convenção ou acordo coletivo de trabalho (duração, prorrogação, modificação, multa por descumprimento etc). Questões estranhas ao contrato de trabalho e às partes envolvidas na negociação não são pertinentes. Tal limitação está implícita na Constituição Federal, que cria a entidade sindical como uma espécie particular de associação com objetivos próprios relacionados a trabalhadores e empregadores, em suas relações de trabalho (art. 8º da CF), deixando questões de interesse político para os partidos políticos (art. 17 da CF) e outros interesses para as associações comuns e as cooperativas (art. 5º, incisos XVII, XVIII, XIX, XX e XXI da CF). Outra limitação decorre da existência de garantias, direitos e princípios constitucionais inderrogáveis, tanto pelo legislador infraconstitucional quanto pela autonomia privada coletiva. São vários os exemplos. A autonomia privada coletiva não possui densidade suficiente, por exemplo, para legitimar a discriminação de uma parcela de trabalhadores (art. 5º, "caput" e inciso I e art. 7º, incisos XXX, XXXI, XXXII e XXXIV, da CF); para permitir a

se poderá pensar, pelo menos em princípio, em normas criadas pela vontade coletiva privada que tenham por objeto a supressão de direitos ou a instauração de retrocessos.

⁸⁵⁸ Existiu no governo Fernando Henrique Cardoso, por iniciativa do então Ministro do Trabalho, Francisco Dornelles, a proposta de alteração do art. 618 da CLT que, conforme Projeto de Lei da Câmara nº 134, de 2001 (originalmente Projeto de Lei nº 5.483 aprovado pela Câmara em 04 de Dezembro), buscou-se conferir atuação prática à ênfase dada pela Constituição ao instituto da negociação coletiva, objetivando assim, a prevalência do negociado sobre o legislado, sendo, entretanto, ressalvadas normas de segurança e de saúde do trabalho e os direitos constitucionais mínimos. A proposta, presente na obra de Antônio Álvares da Silva, tinha a seguinte redação: "Art. 618. Na ausência de convenção ou acordo coletivo firmados por manifestação expressa da vontade das partes e observadas as demais disposições do Título VI desta Consolidação, a lei regulará as condições de trabalho. Parágrafo 1º. A convenção ou acordo coletivo, respeitadas os direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal, não podem contrariar lei complementar, as Leis nº 6.321, de 14 de abril de 1976, e nº 7.418, de 16 de dezembro de 1995, a legislação tributária, a previdenciária e a relativa ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, bem como as normas de segurança e saúde do trabalho" (2002, p. 86). O citado projeto foi retirado de pauta com o governo do Presidente Lula.

*contratação de trabalhadores menores de 16 anos como empregados (art. 7º, inciso XXXIII); para impor obrigações pecuniárias aos trabalhadores não associados da entidade sindical, como forma de interferir na liberdade de sindicalização (art. 8º, inciso V); para impor obrigações a terceiros alheios aos limites da negociação e à representação das entidades convenentes; para abolir as garantias de emprego das gestantes e membros da CIPA (art. 10, II, "a" e "b" do ADCT); para limitar o acesso de trabalhadores e empregadores ao judiciário (art. 5º, inciso XXXV); para atingir o piso constitucional dos direitos sociais, salvo na hipótese de flexibilização (art. 7º, "caput" e inciso VI); para restringir o direito à vida, à saúde, à liberdade, inclusive a sindical, à segurança, ao exercício profissional e a outras garantias e direitos fundamentais. Estão nesta mesma situação as normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador (meio ambiente do trabalho), pois tutelam, em última análise, a vida e a saúde do cidadão-trabalhador, logo, são inalienáveis e não podem ser objeto de flexibilização.*⁸⁵⁹

Na mesma linha, colhem-se ensinamentos similares, em especial na doutrina trabalhista clássica. É o que se vê, por exemplo, em Godinho Delgado⁸⁶⁰, segundo o qual *“se o entendimento doutrinário e jurisprudencial converge para os limites da superioridade da negociação coletiva a partir do respeito à dignidade da pessoa humana, pode-se concluir que, não prevalece, à luz do princípio da proporcionalidade, a validade jurídica de normas autônomas coletivas em face de normas heterônomas imperativas, em razão de estas serem oriundas da expressão do interesse público que visa assegurar um mínimo de direitos que não podem ser reduzidos sob pena de afrontarem a dignidade da pessoa humana”*.

Em igual sentido, Álvares da Silva⁸⁶¹, que afirma que os comandos de ordem pública ou imperativos não podem ser negociados ou, ainda, Plá Rodriguez⁸⁶², para quem as leis de ordem pública ou imperativas expressariam aquilo que o Estado julga imprescindível e essencial para a sobrevivência da própria sociedade caracterizando-se por um conjunto de condições fundamentais da vida social, as quais afetam a organização desta, não podendo ser alteradas pela vontade dos indivíduos.

Sobre normas de ordem pública, em especial em matéria trabalhista, Godinho Delgado considera que estas seriam o *“patamar civilizatório mínimo”*, isto é, normas que asseguram um mínimo de proteção ao empregado que não podem ser

⁸⁵⁹ Brito Lopes, Otávio. *Limites Constitucionais à Negociação Coletiva*. In: www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_09/neg_coletiva_Otavio.htm. Acesso em 23.08.2010. Os destaques em negrito não constam no original.

⁸⁶⁰ Godinho Delgado, Maurício. *Curso de direito do trabalho*, 6ª ed., São Paulo: LTr, 2007, p. 1323.

⁸⁶¹ Álvares da Silva, Antônio. *Flexibilização das Relações de Trabalho*, 1ª Ed., São Paulo: LTr, 2002, p. 93.

⁸⁶² Plá Rodriguez, Américo. *Princípios de direito do trabalho*, 3ª Ed., São Paulo: LTr, 2004, p. 152.

renunciadas por meio de processo negocial, a partir de três grupos de normas trabalhistas: *as normas constitucionais em geral*, sendo respeitadas as ressalvas feitas expressamente pela própria Constituição (art. 7º, VI, XIII e XIV), *as normas de tratados e convenções internacionais que vigoram no ordenamento pátrio* (art. 5º, §2º da CF) e *as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania e dignidade ao indivíduo*, como os preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, dispositivos antidiscriminatórios e as demais leis de natureza imperativa⁸⁶³.

Até mesmo doutrinadores como Sako⁸⁶⁴, que, à primeira vista, defendem que a regra da preponderância da lei de ordem pública sobre negociações menos favoráveis ao trabalhador seria considerada relativa, sob o argumento de que, ausente o prejuízo, a negociação poderia avançar em diferentes direções, acabam, ainda que por motivação conjuntural, por se render a este pensamento, ao afirmar que o grande responsável pelo avanço dos direitos trabalhistas, isto é, os sindicatos, como já antes mencionado, possuem no Brasil estrutura e representatividade que não correspondem com as expectativas de um sistema eficiente de reivindicação e proteção dos trabalhadores, em razão do que, prevalecer o negociado sobre essas condições seria, na verdade, precarizar o direito do trabalho, inobservando o princípio protetivo.

De fato, o problema do modelo brasileiro de flexibilização, centrado na negociação coletiva, que se dá através de sindicatos de categorias profissionais e empresas/grupos de empresas/sindicatos de categorias econômicas é dos fatores que mais contribuem para o receio de um uso pejorativo da norma coletiva em relação às condições de trabalho dos empregados. Nesse contexto, uma das mazelas sempre consistiu na falta de obrigação de negociar com ônus decorrentes da omissão. Ou seja, quem não estivesse disposto a negociar não sofreria qualquer sanção por isto, podendo até estrategicamente se locupletar futuramente de sua inércia, já que a legislação brasileira não adota a ultratividade das cláusulas. Esta questão, ainda que o ordenamento jurídico não tenha sido modificado, foi ao menos minimizada com a interpretação que o TST decidiu dar à matéria, a partir da modificação na redação da súmula 277, que agora

⁸⁶³ Godinho Delgado, Maurício. *Curso de direito do trabalho*, 6ª ed., São Paulo: LTr, 2007, p. 1323.

⁸⁶⁴ Sako, Albino & Simeão Albino, Emília. “A atuação dinâmica e eficiente dos sindicatos como garantia de realização dos direitos fundamentais e sociais dos trabalhadores”. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 33, n. 126, p. 70, abr./jun. 2007, p. 56-77. No mesmo diapasão, Máximo Teodoro, Maria Cecília e Miranda da Silva, Aarão *in* “A imprescindibilidade da negociação coletiva nas demissões em massa e a limitação de conteúdo constitucionalmente imposta”, *Revista Jus Vigilantibus*, 16 de abril de 2009. Acesso em 16.10.2009.

garante que as cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho. De qualquer sorte, a ausência de uma norma que garanta a ultratividade (o art. 614 da CLT dispõe em sentido diametralmente oposto), permite que este entendimento possa ser revisto a qualquer tempo⁸⁶⁵.

A esse problema se agrega um modelo de negociação cujo monopólio, ao menos em relação aos trabalhadores, está no sindicato de classe, como decorrência da não ratificação da convenção 87 da OIT pelo Brasil, que mantém uma estrutura baseada na unicidade sindical. Assim, não há nenhuma associação (que não a sindical) legitimada para negociar com as empresas. E esse monopólio se dá em um contexto de sindicatos pouco representativos (por algumas questões gerais já apresentadas, a exemplo da individualização excessiva do trabalho) e que são agraciados, por expressa previsão da CLT, com paradoxais contribuições sindicais compulsórias⁸⁶⁶, o que, na prática, não impulsiona alguns sindicatos a zelarem por sua categoria, já que uma receita significativa já está garantida, ainda que este permaneça em estado de inércia na tutela dos interesses de seus representados.

Assim, a síntese do pensamento doutrinário majoritário pode ser esquematizado da seguinte forma: a negociação coletiva não tem aptidão ou permissão para renunciar (coletivamente) aos direitos trabalhistas das categorias envolvidas. Pela negociação coletiva somente é possível que haja transação de direitos cuja indisponibilidade seja apenas relativa, ou seja, a Constituição Federal deve prever a sua “flexibilização” mediante convenção ou acordo coletivo, como o faz no art. 7º, VI, XIII, XIV da Constituição Federal. Nos demais casos, onde não há o permissivo constitucional, os direitos se revestem de indisponibilidade absoluta e não poderão ser transacionados de forma a piorar a situação dos trabalhadores por meio da norma coletiva.

⁸⁶⁵ Na data do depósito desta tese, a matéria se encontrava sub judice (Rcl. 15065/DF, proposta pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo), aguardando julgamento pelo STF.

⁸⁶⁶ A matéria está prevista nos artigos 548, “a”, c/c 578, ambos da CLT. “Art. 548. Constituem o patrimônio das associações sindicais: a) as contribuições devidas aos sindicatos pelos que participem das categorias econômicas ou profissionais ou profissões liberais representadas pelas referidas entidades, sob a denominação de contribuição sindical, pagas e arrecadadas na forma do Capítulo III deste Título. Art. 578. As contribuições devidas aos sindicatos pelos que participem das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob denominação de “contribuição sindical”, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo.”

Não se pode olvidar, entretanto, a despeito da expressa dicção do texto constitucional, que especialmente entre os estudiosos do direito constitucional ganha força uma corrente, ainda bastante minoritária na doutrina, que admite, ao menos no plano abstrato, a flexibilização de direitos em normas coletivas, além dos limites expressos na constituição federal.

Santiago e Molina⁸⁶⁷, em interessante estudo sobre a renúncia e transação no Direito do Trabalho, após criticar a carga ideológica da jurisprudência trabalhista que tenta emprestar ao princípio constitucional implícito da irrenunciabilidade caráter absoluto, conclui que “*em sede de Direito do Trabalho, poderá haver restrição proporcional de direitos, para conquista de outro benefício, por meio de negociação coletiva*”. E assim o faz por entender que uma cláusula coletiva poderia reduzir algum direito previsto em lei, desde que em outra parte concedesse outro benefício, guardando correlação e proporcionalidade.

Toneti de Oliveira, em estudo conjunto sobre os limites da negociação coletiva a partir do princípio da proporcionalidade⁸⁶⁸, também abraça, ainda que com ressalvas em relação às normas imperativas do direito do trabalho, solução similar, baseada no princípio da proporcionalidade. A esse respeito dispõem:

Essa possibilidade de conciliação entre tais princípios, segundo a doutrina, apenas encontra solução no princípio da proporcionalidade, em razão de que, a harmonização de princípios fundamentais aparentemente conflitantes somente se estabelecerá diante de uma ponderação dos interesses postos em causa, no sentido de que os valores a serem discutidos (proteção x autonomia), possam ser colocados em uma chamada “linha de interesse”, de modo a preponderar um ou outro de acordo com o interesse em questão, devendo, todavia, haver certo bom senso no sentido de evitar excessos nessa valoração, para que um princípio não seja afetado mais do que o necessário para a vigência do outro.

No mesmo sentido, Álvares da Silva⁸⁶⁹, segundo o qual “...*não há que se falar em incompatibilidade entre o princípio da proteção ao empregado e o da autonomia privada coletiva no que se refere a proposta de preponderância de normas negociadas sobre as estatais, desde que, as cláusulas resultantes desses instrumentos*

⁸⁶⁷ Araújo Molina, André; Guerra Filho, Willis Santiago. “Renúncia e transação no Direito do Trabalho. Uma nova visão constitucional à luz da teoria dos princípios”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2126, 27 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12715>>. Acesso em 14.03.2012.

⁸⁶⁸ Toneti de Oliveira, Pérola & de Oliveira, Lourival José. *Os limites da negociação coletiva a partir da negociação coletiva a partir do princípio da proporcionalidade*, in <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/10743>, visitado em 10 de março de 2012.

⁸⁶⁹ Álvares da Silva, Antônio, *op. cit.*, p. 38.

negociais estejam sujeitas aos critérios de análise de interesse, mediante proibição de normas excessivas ou irrazoáveis, assim consideradas, que atentam contra interesse público que emana das normas imperativas trabalhistas”.

Seja por força da inevitável influência do direito constitucional sobre os demais ramos do direito ou por força de situação conjuntural ou mero reflexo do pensamento neoliberal, verifica-se que posições similares às anteriormente mencionadas, até então sequer cogitadas entre os juslaboralistas, começam a ser adotadas também entre estes, como se ocorrer com Chaves Júnior⁸⁷⁰, que pontua que a Constituição Federal, ao contrário de, como afirmam alguns, ter apenas incorporado ao seu texto normas do Direito do Trabalho tradicional, positivo, transformou as conquistas trabalhistas obtidas através dos anos em princípios constitucionais, de um Direito Dúctil do Trabalho⁸⁷¹.

Constitui-se, na visão do autor, um novo direito do trabalho que deve se confundir e consolidar, através do que o sociólogo Boaventura Souza Santos, chamou de a modernidade, assentada em dois pilares: o da emancipação e o da regulação. Nas relações de trabalho, sob o novo enfoque da flexibilização, a lei se flexibiliza para atender, não ao mercado, ou à Constituição, mas aos fins culturais do trabalho humano, de modo que a autonomia privada coletiva só iria desconstruir direitos, para reconstruir soluções mais eficazes em termos de emancipação social do trabalhador. Na busca dessa

⁸⁷⁰ Chaves Júnior, José Eduardo de Resende. *Da flexibilização ou direito dúctil do trabalho*, artigo classificado em 2º lugar no 2º Concurso de Monografias promovido pelo TRT/2ª Região, in Revista da AMATRA II, Janeiro/2003.

⁸⁷¹ São evidentes no trabalho citado as influências do estudo de Zagrebelsky, Gustav (*El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia*, 7ª ed. Editorial Trotta, 2007) para a formulação da tese. No estudo referido, entre outros aspectos relevantes de sua construção doutrinária, o pluralismo das sociedades atuais configura fator importante que, em razão do relativismo, caracteriza as Constituições não como o centro de um projeto pré-determinado de vida comunitária, mas sim como o documento que busca realizar as condições de possibilidade da plural vida social moderna. Para Zagrebelsky, a Constituição é a plataforma de partida que representa a garantia de legitimidade para os diferentes grupos sociais: a internalização do pluralismo na Constituição é uma proposta de coexistência, um compromisso de possibilidades e não um projeto rígido de fixação de um a priori da política. Zagrebelsky entende que o Direito dos Estados Constitucionais pode ser definido por uma imagem: ductibilidade (maleabilidade). A coexistência de valores e princípios nem sempre pacificamente harmônicos, ou melhor, cada vez mais conflituosos, faz com que a estrutura desses valores e princípios não tenha caráter absoluto justamente para tornar possível a convivência. Para Zagrebelsky o caráter absoluto reside tão somente no meta-valor do pluralismo. A ductibilidade constitucional se assenta em dois termos, coexistência e compromisso. Assim, não há que se falar em uma política amigo-inimigo, mas sim na integração “*a través de la red de valores y procedimientos comunicativos que es además la única visión no catastrófica de la política posible en nuestro tiempo*” (Zagrebelsky, op. cit., p. 15)”. Escreve Zagrebelsky que a “condição espiritual do tempo em que vivemos” é a aspiração aos muitos princípios que conformam a convivência coletiva. Para tanto, cada valor e cada princípio não podem ser concebidos de forma absoluta e o tradicional imperativo da não contradição deve ser mitigado. Sendo assim, a adesão unilateral a um projeto político particular fechado deve ser evitado. Assim, Zagrebelsky leciona que os grandes temas de direito constitucional só podem coexistir se forem relativizados.

emancipação do trabalhador, na visão do autor, fundamental o papel do Direito (Dúctil) do Trabalho, já que este, em sua visão, é o ramo da ciência do direito que tem por objeto as normas jurídicas que disciplinam as *relações de trabalho* (e não mais, apenas, subordinado), determinam os seus sujeitos e as organizações destinadas à proteção desse trabalho, em sua estrutura e atividade.

Em linha ainda mais incisiva o ministro do TST, Ives Gandra Martins Filho, em artigo publicado em 2006, sustenta ser viável a flexibilização dos direitos dos trabalhadores sob o fundamento de que se os dois principais direitos trabalhistas são passíveis de flexibilização, todos aqueles que deles decorrem, ou seja, parcelas de natureza salarial ou decorrentes da conformação da jornada de trabalho, também podem ser flexibilizados por acordos e convenções coletivas.

Após criticar a posição do TST, restritiva às normas coletivas contrárias à constituição, aponta algumas razões para a valorização da norma coletiva:

a) valorizando o art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, que reconhece os acordos e convenções coletivas como fonte do direito trabalhista; b) prestigiando o princípio da boa-fé que norteia as relações negociais e a interpretação dos negócios jurídicos, sob pena de se desacreditar tal princípio com o acolhimento de ações anulatórias de cláusulas que, flexibilizadas em compensação de outras vantagens comparativas concedidas, acabam sendo anuladas e as vantagens já concedidas mantidas, com duplo ganho para o trabalhador; c) propiciando o fortalecimento dos sindicatos, pondo fim ao eterno paternalismo que, sob o argumento de que os sindicatos são fracos, mantém indefinidamente um regime de tutela estatal das relações trabalhistas; d) dando segurança jurídica aos jurisdicionados, que se conscientizarão de que o pactuado vale e é respeitado pela jurisprudência (ela própria não flutuando ao sabor de maiorias ocasionais); e) modernizando as relações trabalhistas, na medida em que é mais racional se admitir eventual flexibilização de norma legal trabalhista em caráter transitório (período de vigência da convenção ou acordo coletivo), voltando-se à regência legal caso a flexibilização não tenha contribuído para gerar empregos e melhorar as relações laborais, do que proceder a um "enxugamento" da CLT, revogando-se todos os dispositivos tidos por anacrônicos e comprometedores do mercado de trabalho, com a conclusão posterior de que a redução de normas não garantiu o nível de empregabilidade nem contribuiu para a formalização do emprego ou a geração de novos postos de trabalho, com a difícil tarefa de se restaurar, via processo legislativo (sempre lento e incerto), as garantias anteriormente existentes; f) dando vida ao princípio da subsidiariedade, básico no campo da filosofia política e social, segundo o qual o Estado apenas ajuda o indivíduo a atingir os seus fins existenciais, não o substituindo e não tendo competência para fazer o que o indivíduo ou comunidades menores podem fazer por sua

*iniciativa e recursos (reserva que entra em ação apenas quando o ente menor não tem forças para desempenhar sua missão)*⁸⁷².

De forma que se pode aduzir que os que defendem a possibilidade de restrição a direitos fundamentais através da negociação coletiva se alicerçam na autonomia privada coletiva que autorizaria o sindicato, no exercício de seu poder função, a realizar uma aferição de benefícios e prejuízos em concreto e não no plano abstrato. Seria, nessa visão, função dos sindicatos efetuar a adaptação da regra fria da lei à realidade da empresa, inclusive para questões de ordem circunstancial. Reforçam, ainda, que a apreciação das vantagens que justificariam a pactuação de novas condições de trabalho deve ser feita levando em conta a teoria do conglobamento. E aqui, entenda-se a teoria do conglobamento⁸⁷³ como um método de interpretação utilizado na existência de conflitos entre normas a serem aplicadas ao contrato individual de trabalho, no qual o princípio da norma mais favorável, que é o que solucionará a questão, é aplicado no conjunto, não permitindo o fracionamento, podendo o método abranger o instrumento como um todo ou por institutos, de acordo com a natureza jurídica do instrumento em que se situa a norma em conflito⁸⁷⁴. Assim, da mesma forma que se dá na renúncia individual, há de se aferir em concreto se houve verdadeira contrapartida à faculdade cedida pelos trabalhadores por ocasião da negociação coletiva.

⁸⁷² Martins Filho, Ives Gandra da Silva. “Valorização da negociação coletiva e flexibilização das normas legais trabalhistas”. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 8, n. 79, pp. 1/7, jun/jul 2006. Disponível em http://planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_79/index.htm. Acesso 12.01.2012.

⁸⁷³ No caso específico das normas coletivas, a teoria do conglobamento proclama, na expressa dicção da jurisprudência da mais alta Corte Trabalhista brasileira (Recurso de Revista nº 1001/2002-074-15-00 do TST), que “*cada instrumento normativo deve ser considerado no seu todo, e não cláusula a cláusula isoladamente*”. Neste julgado o TST enfatizou que o “*fundamento racional da teoria está no fato de que as condições de trabalho estatuídas em instrumento normativo são objeto de negociação global, na qual determinada vantagem é concedida pela empresa ou sindicato patronal como compensação pela não-inclusão de outra, de tal forma que o conjunto das condições de trabalho e remuneração passam a ser aceitáveis por ambas as partes*”. Assim, “*pinçar isoladamente, de instrumentos normativos diversos, as cláusulas mais benéficas para o empregado ou reputar inválidas cláusulas flexibilizadoras de direitos concernentes a remuneração ou jornada (passíveis de flexibilização, na esteira do art. 7º, VI, XIII e XIV, da CF), olvidando que a cláusula vantajosa ou desvantajosa para o empregado somente é instituída em face de compensação com outras vantagens ou desvantagens, seria quebrar o equilíbrio negocial, desestimulando a concessão de vantagens alternativas, desconsideradas em face do que se consubstanciaria em superlativo protecionismo por parte do Estado-Juiz. Exegese diversa dada ao art. 620 da CLT (como também ao art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI, da CF), com desconsideração da teoria do conglobamento, apenas contribuiria para o desestímulo à negociação coletiva, implicando a substituição das soluções autônomas pelas heterônomas para os conflitos coletivos do trabalho, pela multiplicação dos dissídios coletivos e retorno ao paternalismo estatal, incompatível com o atual estágio de evolução das relações capital-trabalho.*”

⁸⁷⁴ Sugere-se, nesta linha, que faculdades inerentes aos direitos fundamentais, desde que não se invada o conteúdo essencial do direito, podem ser objeto de transação com a finalidade de obtenção de outras vantagens.

No plano jurisprudencial, os Tribunais ainda apresentam alguma discrepância em suas decisões. Nem o TST, nem o STF apontam teses definitivas sobre a possibilidade de as normas coletivas restringirem direitos fundamentais.

Em relação ao exame mais restrito, seja o abstrato/concentrado, seja o difuso, pela via do recurso extraordinário pelo STF, este, nos últimos anos não vem ocorrendo. E tal se dá já que o Supremo Tribunal Federal tem entendido ser incabível nessa via o reexame de cláusula de acordo ou convenção coletiva. Isso porque a interpretação de tais instrumentos normativos, na dicção da Corte Constitucional, demandaria o revolvimento de matéria fática, atinente à realidade de trabalho própria de cada categoria, incluindo a ponderação, caso a caso, das vantagens e desvantagens oriundas da estipulação de determinadas condições de trabalho pelas partes acordantes.

Tem se posicionado o STF no sentido de que nesses casos, incidiria, para impedir a análise do recurso extraordinário, as súmulas 279 e 454⁸⁷⁵ do STF, que vedam o reexame de prova e a simples interpretação de cláusulas contratuais através do recurso extraordinário. Neste ponto, sendo os acordos/convenções coletivas norma e contrato, para o STF este último caráter predominaria para inviabilizar as eventuais inconstitucionalidades de suas cláusulas.

Todavia, escapando deste posicionamento que já vinha se tornando reiterado, recentemente, contrariando toda a jurisprudência anterior em torno do tema, o STF admitiu que no exame de constitucionalidade de cláusula de acordo coletivo que limitava direitos fundamentais haveria abstratamente a discussão sobre eventual violação direta a norma constitucional, bem como repercussão geral a justificar o exame do recurso extraordinário interposto pelo BESC – Banco do Estado de Santa Catarina (RE 590415/SC, de 07 de agosto de 2009.)⁸⁷⁶.

Neste caso, quando de sua apreciação meritória, os limites de ação do sindicato em relação aos direitos fundamentais dos trabalhadores que integram a categoria profissional serão finalmente explicitados, de forma que se delimite o alcance do poder de disposição dos sindicatos em relação aos direitos dos trabalhadores em sede de norma coletiva. *In concreto*, analisará a Corte Constitucional a seguinte matéria: poderá uma norma de acordo coletivo, cujo teor foi reconhecido inválido pelo TST,

⁸⁷⁵ Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário (súmula 279). Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário. De forma mais analítica, esta temática é vista no capítulo 2, em que se aborda a reduzida jurisprudência do STF a respeito do poder diretivo.

⁸⁷⁶ Neste processo o BESC foi sucedido pelo Banco do Brasil.

estabelecer a renúncia à estabilidade dos empregados e a transação de eventuais pendências do contrato em troca da indenização⁸⁷⁷?

Assim, ainda que já não parecesse crível diante de suas anteriores decisões, o STF responderá, ao julgar este feito, uma das mais tormentosas questões em torno do tema da utilização de normas coletivas para regulamentar direitos fundamentais, ao estabelecer se estas podem restringir estes direitos e, em caso afirmativo, qual a extensão desta restrição.

Se essa posição do STF, ainda que isolada, seguramente constituirá seu *leading case* em relação à matéria, diante da falta de outros pronunciamentos, no TST, a despeito de ainda não ser possível apresentar uma doutrina incontestável derredor do tema, a situação é diversa, sendo mais rica a casuística, já que este já cataloga alguns julgados que permitem ao intérprete, sistematizando e contextualizando o seu teor, chegar a algumas conclusões sobre qual o entendimento que vem sendo forjado na mais alta corte trabalhista brasileira.

Em recente julgado (RR 717541/2000.4), observa-se que o TST ponderou que a liberdade entre as partes para estabelecer acordos coletivos é limitada pelos direitos garantidos na Constituição, sobretudo aqueles considerados como fundamentais. Com essa tese, traduzida no voto do Ministro Renato de Lacerda Paiva (relator), a Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho considerou inconstitucional cláusula de convenção coletiva que condicionava o acesso do trabalhador à Justiça a uma tentativa de negociação prévia e direta com a empresa. O órgão do TST acolheu recurso de um ex-empregado da Pirelli Pneus S/A, fixando que *“o objetivo das normas coletivas é o de disciplinar condições de trabalho; não podem criar obstáculos ao acesso ao Judiciário e restringir os direitos, muito menos quando se trata de um direito fundamental, como a garantia de acesso ao Judiciário”*. O tema constou de acordo coletivo firmado entre a Pirelli Pneus S/A e Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Artefatos de Borracha de Campinas e Região. Segundo a cláusula 5ª do acordo, *“o ex-empregado e/ou o sindicato obriga-se a não propor ação judicial sem antes submeter a divergência à tentativa de solução pacífica e direta com a empresa”*. No processo, o Ministro relator ainda desenvolveu um argumento de ordem prática sobre o tema, a partir da recusa do trabalhador em submeter sua reivindicação à

⁸⁷⁷ De acordo com a norma coletiva referida, o sindicato homologaria as rescisões contratuais relacionadas com o Programa de Demissão Incentivada (PDI), comprometendo-se a informar aos empregados, no momento da rescisão, as consequências de adesão ao programa, deixando de homologá-la em caso de recusa do empregado.

negociação interna e optar pelo acesso direto ao Judiciário. Em tal situação, frisou o Ministro Renato Paiva que a conciliação – objetivo buscado pela própria cláusula coletiva – poderia ser alcançada na primeira audiência judicial. Ocorre que a empresa recusou a conciliação em juízo. Disse o Ministro: “*tem-se o absurdo de trazer o processo até o TST e extingui-lo pelo descumprimento da condição da cláusula, mandando o trabalhador para a conciliação prévia quando a própria empresa já disse, no processo, que não quer conciliar*”, concluindo por determinar o retorno dos autos ao Tribunal Regional do Trabalho de origem para o exame dos pedidos do trabalhador⁸⁷⁸.

Ainda mais explícito nessa linha, dentre vários outros pronunciamentos, é um julgado que data do final da década passada, e que teve como relator o Ministro Alberto Bresciani. Em um trecho do voto vencedor restou expressamente consignado que “*a negociação coletiva é instituto valorizado e protegido pela ordem constitucional (CF, art. 7º, incisos VI, XIII, XIV, XXVI, art. 8º, III). Constitui opção legitimadora do regramento trabalhista, sempre adquirindo prestígio nos ordenamentos mais modernos e evoluídos. Não está e não pode estar, no entanto, livre de quaisquer limites, atrelada, apenas, à vontade daqueles que contratam. A mesma Constituição que consagra acordos e convenções coletivas de trabalho, fixa direitos mínimos para a classe trabalhadora, exigindo a proteção da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Esta proteção não pode subsistir sem a reserva de direitos mínimos, infensos à redução ou supressão por particulares e categorias*” (RR nº 1745/2004-261-04-00, de 23 de março de 2007).

No mesmo sentido, são as orientações jurisprudenciais e os precedentes da seção de dissídios coletivos do TST:

OJ-SDC-17 CONTRIBUIÇÕES PARA ENTIDADES SINDICAIS. INCONSTITUCIONALIDADE DE SUA EXTENSÃO A NÃO ASSOCIADOS (INSERIDA EM 25.05.1998) *As cláusulas coletivas que estabeleçam contribuição em favor de entidade sindical, a qualquer título, obrigando trabalhadores não sindicalizados, são ofensivas ao direito de livre associação e sindicalização, constitucionalmente assegurado, e, portanto, nulas, sendo passíveis de devolução, por via própria, os respectivos valores eventualmente descontados.*

OJ-SDC-20 EMPREGADOS SINDICALIZADOS. ADMISSÃO PREFERENCIAL. CONDIÇÃO VIOLADORA DO ART. 8º, V, DA CF/88 (inserido dispositivo) - DEJT divulgado em 16, 17 e

⁸⁷⁸ Durante o julgamento, foi esclarecido que a negociação coletiva envolvendo a Pirelli e o Sindicato profissional remonta ao ano de 1995, antes da entrada em vigor da Lei 9.958/2000, que instituiu as Comissões de Conciliação Prévia.

18.11.2010. Viola o art. 8º, V, da CF/1988 cláusula de instrumento normativo que estabelece a preferência, na contratação de mão de obra, do trabalhador sindicalizado sobre os demais.

OJ-SDC-26 SALÁRIO NORMATIVO. MENOR EMPREGADO. ART. 7º, XXX, DA CF/88. VIOLAÇÃO (INSERIDA EM 25.05.1998). *Os empregados menores não podem ser discriminados em cláusula que fixa salário mínimo profissional para a categoria.*

OJ-SDC-30 ESTABILIDADE DA GESTANTE. RENÚNCIA OU TRANSAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE (INSERIDA EM 19.08.1998). *Nos termos do art. 10, II, "a", do ADCT, a proteção à maternidade foi erigida à hierarquia constitucional, pois retirou do âmbito do direito potestativo do empregador a possibilidade de despedir arbitrariamente a empregada em estado gravídico. Portanto, a teor do artigo 9º da CLT, torna-se nula de pleno direito a cláusula que estabelece a possibilidade de renúncia ou transação, pela gestante, das garantias referentes à manutenção do emprego e salário.*

PN-119 CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS - INOBSERVÂNCIA DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS – (nova redação dada pela SDC em sessão de 02.06.1998 - homologação Res. 82/1998, DJ 20.08.1998). *"A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoramento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados." (grifos não constam no original)*

Se a respeito de limites a restrição a direitos fundamentais não são raros os posicionamentos do TST e ainda que as normas coletivas tratando do uso do correio eletrônico existam em profusão, não se catalogou, ainda, exame sobre a constitucionalidade dessas normas no TST, exigindo-se que as conclusões a respeito da questão tenham como ponto de partida o tratamento dispensado aos demais direitos fundamentais⁸⁷⁹.

Dessa forma, ainda que se possa discutir se, na prática (por via indireta), o TST não estaria, em alguns casos, permitindo o uso da norma coletiva como instrumental de restrição ao exercício de direitos fundamentais, observa-se que sua jurisprudência é firme em não admitir, no plano teórico, a possibilidade de através de fixação de cláusula de convenção ou acordo coletivo que lesione o trabalhador no

⁸⁷⁹ Com a ressalva que em relação ao e-mail corporativo, o TST não entende haver direito fundamental do trabalhador em face do empregador.

tocante aos seus direitos fundamentais, em particular os que não possuem índole patrimonial, autorizando, quando muito, em alguns julgados, a derrogação de algumas garantias legais, desde que a negociação coletiva trate de direitos patrimoniais, que seriam então disponíveis. Ainda quanto a estes, é possível notar, contudo, que nos últimos anos essa posição, tem se modificado. A jurisprudência tenta agora passar a exigir que esteja presente no conteúdo nas negociações coletivas também uma contrapartida na transação e uma adequação à razoabilidade dos direitos transacionados⁸⁸⁰.

Aqui vale anotar, nesta linha de que não se pode gratuitamente ter o trabalhador o seu direito restrito, a orientação de Machado⁸⁸¹, para quem a valorização da negociação coletiva e a obrigatoriedade da participação do sindical não podem levar ao entendimento de que com a simples presença do sindicato estejamos autorizados a eliminar as garantias do cidadão trabalhador, em especial quando se leva em conta que os instrumentos coletivos estão sendo engendrados em um contexto de escassez do emprego.

Assim, há de se verificar se, *in concreto*, a ação do sindicato profissional, que viabiliza através da negociação coletiva a eventual restrição de um direito fundamental, revela força negociadora suficiente para pactuar condições de trabalho aos empregados da melhor maneira possível para o atendimento de seus interesses.

4.3. Uma questão prejudicial: quais os órgãos responsáveis pelo exame de constitucionalidade e sua extensão em relação às normas coletivas no Brasil e na Espanha?

De pouca serventia prática seria um exame teórico/material sobre a constitucionalidade da norma coletiva que impusesse restrição ao uso do correio eletrônico, permitindo a fiscalização, se o ordenamento jurídico do país não admitisse controle de constitucionalidade (pelo poder judicial ou pelo tribunal constitucional) sobre a norma gerada a partir da negociação coletiva. Sendo assim, uma questão que precisa ser deslindada consiste no exame sobre os meios que os ordenamentos jurídicos

⁸⁸⁰ Dentre outras, tem o TST anulado cláusulas convencionais que reduzem intervalo de almoço, que estabelecem salário inferior ao salário mínimo nacional para menores de 18 anos, que diferenciam salário por idade, reduzem a garantia da estabilidade da gestante.

⁸⁸¹ Machado, Sidnei. *Limites da negociação coletiva no contexto da crise financeira*, encontrado no sítio da internet <http://machadoadvogados.com.br/biblioteca/publicacoes/artigos/limites-da-negociao-coletiva-no-contexto-da-crise-financeira>. Acesso em 08.02.2011.

brasileiro e espanhol admitem para o controle de constitucionalidade dessas normas e qual a extensão deste controle.

Na Espanha, o convenio coletivo, norma que é, necessita ser apreciado dentro do ordenamento jurídico e observando-se que esta norma precisa passar por um juízo de conformidade com as demais que integram o ordenamento jurídico e lhe são hierarquicamente superiores. Lapidar, neste sentido, o escólio de Pérez Yáñez⁸⁸², a respeito do status da norma coletiva. A autora muito bem pontua ao estabelecer que a norma que é resultante de negociação coletiva não é sujeita a exame discricionário, sobre sua conveniência e oportunidade. Todavia, não está à margem de um controle de legalidade e também de constitucionalidade, posto que, enquanto norma, não possui autonomia em relação ao ordenamento jurídico, no qual se inclui submetida à lei e à constituição:

Se debe excluir todo control judicial basado en criterio de mera oportunidad. El convenio estatutario es asumido por el ordenamiento estatal como una norma jurídica más, no goza ni puede gozar de una total independencia y de una virtualidad ilimitada respecto al resto del ordenamiento jurídico al que se incorpora. El sometimiento a la ley del derecho a la negociación colectiva y de los convenios colectivos resulta ser así una consecuencia lógica del principio de jerarquía normativa enunciado como principio genérico en la constitución.

(...)

Desde la concepción del convenio estatutario como norma jurídica, no se puede desconocer su vinculación al Texto Constitucional en cuanto norma suprema de nuestro ordenamiento. En esta línea el convenio colectivo, como norma de rango inferior, debe necesariamente respetar la Constitución y, en especial, el catálogo de derechos fundamentales en ella consagrados⁸⁸³.

Vale dizer que o Tribunal Constitucional espanhol, considerando a origem privada dos convênios coletivos, valeu-se do *Drittwirkung* como alicerce para garantir também entre as normas coletivas o respeito aos direitos fundamentais (SSTC 177/1988 FFJJ 3 e 4, STC 171/1989 FJ 2), ainda que não se possa negar que, em argumentação parcialmente contraditória, o TC tenha realçado a natureza quase pública do convenio para corroborar a vinculação deste aos direitos fundamentais⁸⁸⁴. Por derradeiro, o TC enfatizou a concepção do convenio como norma jurídica submetida a hierarquia normativa e, por consequência, aos direitos fundamentais, argumento que, na

⁸⁸² Pérez Yáñez, Rosa María. *El Control Judicial de los Pactos Colectivos*, CES, Madrid, 1997, p. 194.

⁸⁸³ *Idem*, *op. cit.*, p. 195.

⁸⁸⁴ Esclarecedoras as lições de Rosa María Pérez Yáñez a respeito do tema, *El Control Judicial...*, *op. cit.*, p. 196.

visão de Pérez Yáñez, “*parece ser el adecuado en orden a la solución de la cuestión debatida, en la medida en que queda inalterada la naturaleza privada de los negociadores y la propia génesis contractual del convenio*”.⁸⁸⁵

Quanto ao órgão responsável pelo controle de constitucionalidade, diferente do que sucede com as normas com status de lei, cuja declaração de inconstitucionalidade, como se sabe, fica reservada exclusivamente à competência do Tribunal Constitucional (art. 161.1, a, CE e 2.1, a, LOTC), o controle de constitucionalidade dos convênios estatutários pertence ao âmbito de competência dos órgãos da jurisdição ordinária da ordem social. Assim, entre as infrações suscetíveis de gerar uma ação de impugnação da norma convencional ante os tribunais ordinários – com sua correspondente expulsão do ordenamento jurídico – se encontrará, em boa lógica, a vulneração do próprio Texto Constitucional⁸⁸⁶.

Assim, os juízes e Tribunais com jurisdição em matéria laboral, em qualquer processo em que se busque dar aplicação a norma fruto de convenio, devem efetuar o controle de constitucionalidade, como consequência lógica da submissão das normas jurídicas à Constituição e do dever funcional dos juízes de negar aplicação às normas que sejam contrárias à mesma (art. 6º da LOPJ). Vale dizer, entretanto, com apoio em Pérez Yáñez, que a resolução judicial “*deberá limitarse a una declaración de inaplicación del convenio inconstitucional, con un alcance restringido a las partes intervinientes en el proceso de que se trate, tal y como exige el cauce procesal en que la misma recae y la propia naturaleza de la pretensión que en el proceso se deduce*”⁸⁸⁷. Dessa forma, ainda que limitado o alcance aos litigantes e sem exames discricionários, não há dúvida de que há controle de constitucionalidade das normas coletivas.

Questiona-se, entretanto, se seria possível acudir ao Tribunal constitucional por vulnerações aos direitos fundamentais ocasionadas por um convenio coletivo. A essa questão, não há resposta legal expressa. Em princípio, fica excluída toda e qualquer possibilidade de utilizar tanto o recurso de amparo quanto a questão de inconstitucionalidade como via de reação a convênios supostamente inconstitucionais. E tal se dá por que ainda que não se possa desconhecer que o convenio coletivo (estatutário) seja norma no ordenamento jurídico espanhol, o certo é que este não é

⁸⁸⁵ Registre-se que, conforme enfatiza Pérez Yáñez, *El Control Judicial...*, op. cit., p. 196, citando Valdés Dal – Ré, deste último raciocínio estariam excluídos os pactos extraestatutários, por não terem sido integrados formalmente ao sistema de fontes do ordenamento estatal como normas jurídicas.

⁸⁸⁶ *Idem*, op. cit., pp. 197-198.

⁸⁸⁷ Neste sentido, STSJ da Catalunha, de 7 de julho de 1992 (FD 1º - Ar 4008), citada por Pérez Yáñez, *El Control Judicial...*, op. cit.

emanação dos órgãos legislativos do Estado, tendo sua eficácia limitada a sujeitos privados.

Curial rememorar que o recurso de amparo está previsto frente a violações de direitos fundamentais produzidas por “*disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho*” dos poderes públicos.

Todavia, esta violação pode ter sua origem em atos do poder judiciário, desde que a presumida vulneração dos direitos fundamentais tenha sua “*origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial*”. Nesta modalidade de violação é conhecida, como vimos no cap. 2, a interpretação flexível que faz o TC Espanhol da exigência contida no art. 44 da LOTC, ao entender que a lesão a direito fundamental deve entender-se formalmente produzida pela sentença judicial, ainda que originariamente tenha sido causada por sujeitos que não têm status de poder público. Através desta via indireta se consegue dar cumprimento à primeira e genérica exigência para que tal recurso resulte operativo: a existência de um prévio ato de um órgão público (a sentença) para que seja imputada a suposta lesão a um direito fundamental.

Assim, a partir desta construção do TC, é possível se valer da via do recurso de amparo nos casos em que a jurisdição ordinária mantém a validade ou a aplicação do convênio que presumidamente lesiona um direito fundamental. O recurso, neste caso, terá sua finalidade conectada com a proteção dos direitos fundamentais, sem que através dele possam ser exercitadas ações voltadas para o controle abstrato de normas coletivas. Assim, será necessária uma lesão efetiva e não meramente hipotética gerada a partir da simples existência do convenio coletivo.

Dessa forma, pode-se dizer que a doutrina da interiorização judicial da lesão de direitos fundamentais por convenio impõe certos limites. O primeiro deles consiste no reconhecimento da inadequação do recurso de amparo “*para pronunciarse sobre la licitud de convenio colectivo*”. Ou seja, uma absoluta exclusão da “*posibilidad de a través de esa vía procesal se inste un control abstracto y directo*” do convenio⁸⁸⁸.

Decorrência deste primeiro limite é o fato de que a necessária interiorização da lesão exclui, em princípio, da competência do TC toda e qualquer demanda que se volte para a análise abstrata da constitucionalidade dos convênios coletivos, não podendo igualmente valer-se do amparo para obter-se uma posição do TC

⁸⁸⁸ STC 177/1988, FJ 3, doutrina seguida na STC 171/1989, FJ 2.

quando a resolução judicial pretensamente violadora de direitos fundamentais não se tenha pronunciado em concreto sobre a questão de fundo (já que a violação precisa ocorrer na sentença). Ademais, ainda que a sentença recorrida em amparo resolva o mérito da questão, o objeto do recurso interposto perante o TC segue sendo a sentença do órgão da jurisdição ordinária que, no caso concreto, tenha interiorizado a lesão, de forma que é feliz a expressão da própria Corte Constitucional quando pontua que não é o recurso de amparo “*indudablemente, un remedio procesal contra el Convenio*” (STC 177/1988, FJ 4).

Em resumo, pode-se afirmar que o TC carece de competência para realizar o controle abstrato dos convênios coletivos supostamente inconstitucionais. A sentença deverá ficar limitada, conforme o caso, a anular a resolução judicial⁸⁸⁹, único objeto do recurso de amparo e ele, com independência de que a sentença recorrida haja recaído em um processo de impugnação do convenio ou em qualquer outro onde haja resolvido uma questão de aplicação da norma convencional⁸⁹⁰.

Já no Brasil, o controle de constitucionalidade das normas, além de concentrado pode ser difuso, e, como já vimos, o evidente caráter normativo das normas coletivas autoriza o seu controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário que, diferentemente da Espanha, em qualquer instância pode garantir a posição de proeminência hierárquica da constituição.

Todavia, esta matéria, conforme o atual posicionamento do STF não chega ao exame mais restrito pela Corte Constitucional, seja o abstrato/concentrado, por

⁸⁸⁹ Apresenta conclusão similar, ainda que partindo de premissas e argumentos distintos, Juan Escribano Gutierrez (*Autonomía Individual y colectiva en el sistema de fuentes de derecho del trabajo, op. cit.*), para quem, com as restrições inerentes à teoria da interiorização, o Tribunal constitucional reconhece aplicação de direitos fundamentais no seio de uma negociação coletiva (SSTC 120/1983, 47/1985, 120/1990, 88/1995), admitindo o uso de amparo para esse fim.

⁸⁹⁰ Há uma posição minoritária de algum setor doutrinal que se mostrou partidário de reconhecer a competência do TC para anulação não apenas da sentença recorrida, como também do próprio convenio coletivo (baseado no art. 55.1 da LOTC, que enumera como um dos possíveis conteúdos das sentenças que outorgam o amparo o “*restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación*”). Estes estudiosos se amparam na faculdade do TC adotar as medidas apropriadas para a conservação do direito vulnerado, sempre que, dentre outros requisitos, referida declaração houvesse sido solicitada na via prévia sob a condição de que todos os interessados tenham podido estar presentes no processo. Assim, só seria possível a declaração de nulidade do convenio quando o TC efetue um autêntico controle “abstrato” do mesmo mediante o recurso de amparo, porque tal controle haja sido precisamente aquilo que tenha sido levado a cabo no processo proposto perante a jurisdição ordinária. Penso, na esteira do pensamento de Pérez Yáñez e Escribano Gutierrez (*Autonomía Individual e colectiva en el sistema de fuentes de derecho del trabajo, op. cit.*), entretanto, que a solução mais adequada à própria funcionalidade do recurso de amparo e ao repartimento de competências entre a jurisdição ordinária e a constitucional seja limitar a decisão do TC a uma anulação da sentença, responsável pela interiorização da lesão a direitos fundamentais, não servindo o art. 55.1 da LOTC para dar guarida a uma atividade de anulação do convenio coletivo pela via do recurso de amparo.

falta de previsão normativa⁸⁹¹, seja o difuso, viável pelo ordenamento jurídico e que ocorreria pela via do recurso extraordinário, já que, em relação a este último, o Supremo Tribunal Federal, como já visto, tem entendido não ter cabimento nessa via o reexame de cláusula de acordo ou convenção coletiva, cuja interpretação, em sua visão, demandaria o revolvimento de matéria fática, atinente à realidade de trabalho própria de cada categoria, incluindo a ponderação, caso a caso, das vantagens e desvantagens oriundas da estipulação de determinadas condições de trabalho pelas partes acordantes⁸⁹².

Vale registrar, entretanto, que os demais órgãos jurisdicionais, com muita frequência, no exercício de sua atividade jurisdicional, analisam a constitucionalidade das normas coletivas em questão, inclusive o seu confronto com direitos fundamentais, por não se tratar este controle de prerrogativa da Corte Constitucional no ordenamento brasileiro, podendo ser exercido incidentalmente o controle de constitucionalidade, inclusive em relação a restrições a direitos fundamentais por qualquer órgão jurisdicional competente, hipótese em que o Poder Judiciário poderá deixar de aplicá-la ao caso concreto em virtude de vício formal ou material.

Ademais, a própria norma, ou suas cláusulas isoladamente, podem ser objeto principal de exame de constitucionalidade (e de legalidade) através das ações anulatórias propostas na Justiça do Trabalho e voltadas para exclusão daqueles dispositivos que se confrontem com as normas constitucionais (ou outras de hierarquia superior), a exemplo daquelas que fixam direitos indisponíveis dos trabalhadores, como soe ocorrer com as que se voltem para a proteção de sua vida e saúde⁸⁹³.

Dando expressão a esta prática, em recente acórdão (E-RR-58407/2002-900-24-00.9, de 09 de fevereiro de 2007), o TST considerou inválida

⁸⁹¹ Não se tratam os acordos coletivos e as Convenções Coletivas de lei e ou ato normativo federal ou estadual, o que desde logo a exclui da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Usualmente, podem ser impugnados pela via concentrada da ADIn genérica os seguintes atos: emenda constitucional, emenda de revisão constitucional, lei complementar, lei ordinária, lei delegada, medida provisória, decreto legislativo, resolução e regimento dos tribunais.

⁸⁹² Recentemente, a matéria sofreu reviravolta na jurisprudência do STF, já que este reconheceu repercussão geral em caso em que apreciará se um acordo coletivo pode prever renúncia de direitos fundamentais de trabalhadores da categoria profissional, caso já referido anteriormente neste capítulo.

⁸⁹³ De acordo com entendimento do TST, apenas o Ministério Público do Trabalho tem legitimidade para propor ação anulatória de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas de trabalhadores, conforme previsão contida no artigo 83, inciso IV, da Lei Complementar número 75, de 1993, e no artigo 127 da Constituição Brasileira.

cláusula de acordo coletivo⁸⁹⁴ que “importe patente renúncia a direitos indisponíveis dos empregados”.

Nesse julgado, de acordo com o voto vencedor, o “*sindicato da categoria profissional, ao encetar negociação coletiva visando à flexibilização de conquistas trabalhistas, não tem poder de disposição pleno sobre os direitos individuais dos empregados representados, pois a Constituição Federal somente autoriza em matéria de jornada de trabalho e de salário (CF/88, art. 7º, incisos VI e XIII). Ainda assim, a negociação coletiva supõe concessões mútuas e, portanto, uma contrapartida à categoria profissional que denote razoável comutatividade. Do contrário, cuida-se de renúncia de direitos, pura e simples.*”

Quanto à extensão da análise efetuada pela Justiça Trabalhista em relação às normas coletivas, este está restrito à verificação da legalidade/constitucionalidade da norma (em seus aspectos formais e materiais), não adentrando no exame discricionário sobre o equilíbrio de vantagens e desvantagens concretas na aplicação da norma. A esse respeito, consignou o TST em alguns feitos, manifestando-se no sentido de que “*cumpra ao judiciário apenas o exame de legalidade das cláusulas que o resguardam, não se podendo comedir as vantagens ou desvantagens que dele possa resultar para as partes.*”⁸⁹⁵.

Destarte, esclarecida a forma como se processa o controle de constitucionalidade sobre a norma coletiva e sua extensão em ambos os países, de modo que o eventual confronto com direitos fundamentais é passível de exame, ainda que de formas e por órgãos diferentes, tanto no Brasil quanto na Espanha, necessário apresentar, a partir dos pilares já vistos, a síntese de algumas questões importantes, diretamente relacionadas ao uso e controle dos correios eletrônicos no ambiente de trabalho e que apresentam solução similar em ambos os sistemas.

4.4. Normas coletivas brasileiras e espanholas que tratam do uso do correio eletrônico na relação de trabalho e as respostas a algumas questões difíceis

No Brasil, sem a necessidade de maior apuro na verificação, é possível dizer que já se multiplicam as categorias profissionais que se valem da

⁸⁹⁴ A cláusula estabelecia renúncia dos empregados ao pagamento da multa de 40% sobre o FGTS e da multa prevista no art. 477 da CLT, em caso de extinção contratual.

⁸⁹⁵ Por todas, cita-se o recurso de revista tombado sob n. 18497/2002-900-02-00.5, cuja Relatora foi a Desembargadora Convocada ao TST, Maria Doralice Novaes, e que teve o acórdão publicado no DJ de 24.11.2006.

negociação coletiva para fixação de regras para o uso do correio eletrônico⁸⁹⁶ e hipóteses e procedimento de fiscalização pelo empregador⁸⁹⁷. Como regra, constante em diversas normas coletivas, é usual que os empregadores informem a seus funcionários, quando de sua contratação, sobre as regras para uso da internet. De igual sorte, as normas estipulam que o mau uso do correio eletrônico ou internet, que são ferramentas destinadas às atividades de trabalho, caracteriza violação às relações internas da empresa, dando ensejo à falta grave, autorizadora da despedida por justa causa⁸⁹⁸.

Algumas normas descem a detalhes sobre a forma como se deve proceder à fiscalização do correio eletrônico, com o objetivo de instituir, por um lado, limites às medidas de controle empresariais e, de outro, obter maior legitimidade para fins de reconhecimento da licitude do meio de obtenção da prova da falta cometida pelo empregado, decorrente do mau uso do e-mail.

Por derradeiro, quanto a esse padrão de normas que têm permeado os diplomas coletivos, há, ainda, algumas que, na esteira da STC 281/2005 da Espanha, que também encontrou reflexo no Brasil, em ambos os países garantem o uso do correio eletrônico e da internet pelos seus empregados, para comunicações entre estes e a entidade sindical, bem como o acesso dos seus empregados aos sítios dos sindicatos na internet⁸⁹⁹.

⁸⁹⁶ A título de exemplo pode-se citar minuta de convenção coletiva de trabalho celebrada entre o sindicato dos operadores portuários do estado do Paraná e sindicato dos trabalhadores em transportes marítimos e fluviais, e empregados terrestres de empresas aquaviárias, agenciadoras marítimas e atividades afins no Estado do Paraná (encontrada no sítio <http://www.sindop.org.br/arquivos/circsindop/c004.08.pdf>, visitado em 21.09.2010), no qual consta na cláusula 30, tratando do uso do correio eletrônico ou internet, com a seguinte redação: *o empregador informará ao empregado, por escrito, quando de sua contratação, sobre as regras para uso da internet. Parágrafo único: o uso indevido do correio eletrônico ou internet, que são ferramentas destinadas às atividades de trabalho, caracteriza violação às relações internas da empresa, dando ensejo a falta grave autorizadora da despedida por justa causa.*

⁸⁹⁷ Nesse caso, tem-se, entre outras, a convenção coletiva de trabalho firmada entre sindicato dos empregados no comércio de Blumenau e os sindicatos do comércio varejista de Blumenau e o do comércio varejista do material óptico, fotográfico e cinematográfico do Estado de Santa Catarina, que em sua cláusula no. 43 expressamente consigna: *utilização de internet e correio eletrônico. fica ajustado que as “ferramentas” virtuais, tais como. internet e e-mail, disponibilizados pelas empresas aos seus empregados para a execução de suas atividades, somente deverão ser utilizadas para esta finalidade, ficando caracterizado incontinência de conduta o acesso a sites pornográficos, bem como o envio de material desta natureza através de equipamentos de propriedade da empresa.* Fonte: http://www.sindilojasblumenau.com.br/site/convencao/conv_sindilojas/sindilojas_2004-2005.doc

⁸⁹⁸ Em sentido, quase idêntico, a convenção coletiva 2010/2011 firmada pelo Sindicato dos Trabalhadores em Transporte Marítimo e Fluviais, Empregados Terrestres de Empresas Aquaviárias do Paraná e o Sindicato das Agências de Navegação Marítima do Mesmo Estado. Fonte: <http://www.settapar.com.br/arquivoseditor/ICRegistrado55156.pdf>

⁸⁹⁹ É o que se verifica em território brasileiro no acordo coletivo de trabalho 2008/2010, firmado entre sindicato dos trabalhadores empregados em tele cooperativas mesas telefônicas do Estado do Paraná e Tim Celular S.A., que em sua cláusula vigésima quinta consigna que *“a empresa permitirá o uso do correio eletrônico e da internet pelos seus empregados, para comunicações entre estes e a Entidade Sindical, bem como o acesso dos seus empregados aos sítios dos sindicatos na internet. Parágrafo*

A existência dessas normas em ambos os países e sua aplicação em alguns casos concretos são fatos inexoráveis. A aceitação dessas normas por grande parte dos estudiosos do tema e por parte da doutrina constitucional também constitui um dado a ser reconhecido. Todavia, há alguma inconsistência nos posicionamentos até então externados, seja porque as diversas faces da questão não são apreciadas em sua integralidade, seja em virtude de certos entendimentos propostos se mostrarem incoerentes quando cotejadas com algumas das premissas lançadas por seus autores, seja, ainda, porque a maior parte dos estudos fica centrado na análise da viabilidade de um determinado instrumental regular a matéria, não exaurindo o exame de outros meios que, ao menos na teoria, poderiam igualmente servir a este fim.

Assim, alicerçado nas bases anteriormente lançadas, passa-se agora, de forma articulada, a rascunhar algumas respostas para as questões que entendemos necessárias para verificação da idoneidade da negociação coletiva servir para restringir

*Único: A garantia prevista no caput da presente cláusula, para os setores que não possuem micro computadores com acesso a Internet, dar-se-á com a instalação de, no mínimo, um computador que acesse a Internet no local de trabalho. Fonte: <http://www.sinttel.com.br/acordos.pdf>. No mesmo sentido, na Espanha, o convenio 2006-2008 GETRONICS ESPAÑA SOLUTIONS, S.L, que em sua cláusula 9.2 dispõe: *Uso de medios electrónicos. 9.2.1 Locales y tablón de anuncios: La Empresa pondrá a disposición de los delegados de personal o del Comité de Empresa un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los Trabajadores, así como uno o varios tableros de anuncios, asimismo se les facilitará un lugar en la Intranet de la Empresa. La Empresa pondrá a disposición de cada Sección Sindical de la Empresa un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los Trabajadores, así como uno o varios tableros de anuncios. Además, se les facilitará un lugar en la Intranet de la Empresa. Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo. 9.2.2 Acceso al correo electrónico: Los Delegados de Personal, Comités de Empresa y Secciones Sindicales tienen el derecho a usar el sistema de correo electrónico corporativo para la actividad sindical, a enviar y recibir correos interna y externamente. Ello incluirá el derecho a enviar correos electrónicos a todos los Empleados, o colectivos de los mismos dentro de la Empresa, sin que el contenido pueda atentar contra la honestidad y buenas maneras. Para ello se usarán los medios y procedimientos disponibles en cada momento. Este derecho deberá ser ejercido de manera razonable y de acuerdo al siguiente procedimiento: Se establece un máximo por envío de 300 Kbytes, que será aumentado anualmente en un 10%. En el caso de confluencia de envíos, la Empresa garantizará al menos un envío diario a cada Sección Sindical o Comité que lo solicite. Cada Comité de Empresa/Sección Sindical tendrá una dirección propia de envío de la cuál será responsable la persona que designe el Comité de Empresa / Sección Sindical. En caso de utilizar las listas de distribución corporativas, será previa petición a la Empresa. Para ello, la persona responsable enviará a la Dirección de RR.HH. una nota indicando que se va a enviar un correo así como el ámbito de envío. La Dirección de RR.HH. solicitará la autorización del citado envío con carácter de urgencia, al departamento técnico mediante el procedimiento que éste tenga definido, otorgando autorización al envío a la citada dirección en un plazo no superior a 24 horas. Existirá adicionalmente el derecho a gestionar un tablón de anuncios electrónico o servicios de listas de discusión dentro del servicio de correo electrónico corporativo, siempre que estos medios sean técnicamente posibles. Los empleados tienen el derecho a usar el correo electrónico corporativo para comunicarse con su Sección Sindical o Comité de Empresa y con sus representantes. Este convenio colectivo é especialmente relevante, na medida em que, através dele, em território espanhol, numa iniciativa da Seção Sindical do CC.OO foi consagrada, na prática e pela primeira vez, o uso do correio eletrônico corporativo da companhia para uso sindical. O recentemente firmado Convenio 2006-2008 da “Getronics España Solutions” é o primeiro acordo coletivo que acolhe, tanto no espírito quanto na letra, a doutrina da 281/2005 sobre uso sindical do correio eletrônico.**

o exercício do direito dos trabalhadores ao segredo das comunicações eletrônicas no exercício da atividade laboral.

4.4.1. Primeira questão: poderia a norma coletiva estabelecer regras para o uso do correio eletrônico no ambiente de trabalho, seja ele corporativo ou pessoal?

Quanto a esse assunto, parece não haver dúvida que a resposta tende a ser favorável. Inicialmente, porque é inerente ao poder diretivo a estipulação de diretrizes que sejam voltadas para o controle da produtividade do empregado. De outro lado, dentro dessa mesma perspectiva, parece curial que a empresa adote meios de controle do seu aparelhamento eletrônico para evitar congestionamentos e prejuízos, seja pelo uso massivo, seja pela evasão de informações sigilosas ou emissão de comunicação de conteúdo incompatível com as atividades desempenhadas, muitas vezes capazes de gerar responsabilidade civil ao empregador. Ademais, há de se reconhecer que a estipulação de regras deste jaez parece absolutamente consentânea com a finalidade da norma coletiva, visto que esta, em suas cláusulas normativas, podem fixar regras voltadas para o *modus operandi* da atividade laboral.

No Brasil, a CLT expressamente consigna sobre o conteúdo das convenções e acordos coletivos:

Art. 613 - As Convenções e os Acordos deverão conter obrigatoriamente⁹⁰⁰:

IV - Condições ajustadas para reger as relações individuais de trabalho durante sua vigência;

VII - Direitos e deveres dos empregados e empresas;

Por seu turno, na Espanha, o apartado 2º do art. 82 do Estatuto dos Trabalhadores consigna que “*mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad*”.

Igualmente, na forma do art. 85.1 ET, que trata do conteúdo das normas coletivas o legislador estipulou que “*los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales...*”

⁹⁰⁰ A doutrina quase uníssona fixa entendimento no sentido de que estas cláusulas previstas no art. 613 além de taxativas, não seriam obrigatórias.

De modo que a expressa previsão normativa de ambos os países autoriza, sem qualquer margem de dúvida, a concluir que é legítimo o estabelecimento de regras sobre o uso do correio eletrônico no ambiente de trabalho.

A textual referência da legislação a respeito tem motivado diversos estudiosos do assunto a enfatizar esta possibilidade de estabelecimento de regras sobre o uso do e-mail no ambiente laboral através de normas coletivas⁹⁰¹. Entre várias vozes abalizadas que sustentam esta possibilidade, vale colacionar o ensinamento de Oliveira e Deganello⁹⁰², que defendem que *“frente à ausência de legislação específica que discipline a questão do monitoramento, faz-se importante e ao mesmo tempo necessário que o uso da internet e do correio eletrônico sejam disciplinados através de negociações coletivas para que sejam estabelecidos os critérios de autorização, tolerância ou vedação do uso de equipamentos de informática para fins particulares”* (...). Para, adiante, concluir, indo além da mera indicação de regras para o uso dos instrumentais internet e e-mail, *“as convenções ou acordos coletivos de trabalho (...) que tratem do uso do e-mail no ambiente laboral podem versar sobre : o uso racional do e-mail corporativo, os limites da vigilância patronal, os casos em que é possível ao empregador obter na esfera judicial a quebra de sigilo, a proteção à privacidade do funcionário, a possibilidade do sindicato ou representante dos empregados manterem uma comunicação de assuntos de interesse sindical através do e-mail corporativo, além de outras situações que abrangem o bom andamento do aparato eletrônico da empresa.”*

No mesmo sentido, na Espanha colhem-se alguns estudos que apontam para o uso preferencial do convenio coletivo para regular a matéria, dentre os quais destaco, por bem sintetizar esta corrente o posicionamento de Barba Ramos e Rodríguez-Piñero Royo que a esse respeito consignam:

una fuente de regulación alternativa a la legal que puede plantearse como instrumento para el reconocimiento de los derechos on-line es la negociación colectiva, mecanismo de ordenación por excelencia de las relaciones laborales, específica y exclusiva de este ámbito de la vida social. El papel de la negociación colectiva en la ordenación de estas cuestiones se explica por sí mismo, en tanto en cuanto, como

⁹⁰¹Entre os autores cujas obras já foram citadas neste capítulo, pode-se mencionar, por todos, Marín Alonso, Inmaculada (*El poder de control...*, *op. cit.*), na Espanha. No Brasil, cita-se Guerra Filho, Willis Santiago (*op. cit.*), entre outros.

⁹⁰² Oliveira, Lourival José de & Deganello, Lígia Maria. *O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho*, encontrado no site <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/10781>. Acesso em 14.03.2012.

antes se dijo, muchas de las cuestiones a tratar son en sí mismas condiciones de trabajo, materia de regulación convencional en los sistemas democráticos de relaciones laborales. Por otra parte, la negociación colectiva disfruta de unas características de adaptabilidad y evolución continua que la hacen un mecanismo regulador más eficiente, en algunos casos, que la propia intervención del legislador. A estas ventajas de la norma paccionada se une la actitud de las organizaciones sindicales ante las posibilidades de las TIC. Es del todo evidente que ante la Sociedad de la Información y el Conocimiento la respuesta de los trabajadores no podría ser como aquella actitud visceral de destrucción de las máquinas que se planteó en los primeros momentos de la industrialización y orígenes del movimiento obrero. La reivindicación del sindicalismo actual, en el tema que nos ocupa, pasa por la democratización de las nuevas tecnologías; que éstas no se enfoquen exclusivamente a cubrir con los fines de producción, comerciales y empresariales. El posicionamiento sindical parece comenzar a ser positivo e incluso valiente ante los cambios que propician las nuevas tecnologías, porque la red se puede convertir en un importante instrumento de acción sindical; en una magnífica plataforma para el intercambio de opiniones entre los empleados y sus representantes. De esta manera, de una lectura negativa o defensiva de las TIC se pasa a una activa y positiva, en la que éstas se perciben no sólo como una fuente de potenciales lesiones a los derechos de los trabajadores o de sus propias organizaciones, sino como instrumentos para mejorar y fortalecer la actuación de las organizaciones sindicales en la defensa de éstos. El convenio colectivo se convierte, así, en un vehículo para la puesta en práctica de estos nuevos usos de las tecnologías de última generación.⁹⁰³

Assim, é certo que ambos os ordenamentos jurídicos autorizam expressamente, tanto no Estatuto dos Trabalhadores da Espanha, quanto na CLT brasileira, a fixação, em normas coletivas, de regras para modular o uso do correio eletrônico na empresa, pouco importando se pessoal ou corporativo.

4.4.2. 2ª questão: As regras reguladoras do uso do correio eletrônico podem estabelecer sanções no caso de não cumprimento da norma coletiva pelo obreiro?

Aqui, necessário enfrentar se é possível a norma estabelecer punições para o mau uso do meio eletrônico, seu uso abusivo ou excessivo nos casos em que, ainda que não gere prejuízos imediatos à propriedade dos bens de produção da empresa, proporcione perda na produtividade do trabalhador.

A situação também encontra uma resposta que principia a se sedimentar tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a partir de indicativos colhidos

⁹⁰³ Barba Ramos, Francisco e Rodriguez-Piñero Royo, Miguel. *Alternativas de Regulación de los derechos online en el ordenamiento laboral español*, encontrado no sitio da internet <http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC01/A01.pdf>. Acesso em 13.09.2011.

na legislação trabalhista brasileira e espanhola.

Assim, como consequência das conclusões que são propostas para a questão anterior, é forçoso admitir ser possível e até recomendável que os atores sociais utilizem a norma coletiva para explicitar certas questões que aos olhares dos trabalhadores poderiam ter um significado nebuloso. Nesse diapasão, não faz sentido lógico que se viabilize a criação de normas que, uma vez descumpridas, não autorizem a aplicação de sanção, mormente quando estas não encontrem óbice na lei. Ademais, a admissão de que é lícita a estipulação de regras para o uso do e-mail no trabalho já implicaria para os descumpridores das regras, quando nada, a possibilidade de ser sancionado pelo descumprimento de um dos deveres contratuais, na medida em que as normas coletivas aderem ao contrato individual de trabalho durante seu período de vigência.

Pontue-se, por fim, que não há dúvida que tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no espanhol, o mau uso dos instrumentais fornecidos para o trabalho e até a queda na produtividade derivada deste mau uso constituem ilicitudes passíveis de aplicação de penalidades aos trabalhadores que os cometerem. Sendo assim, reitere-se que a norma coletiva teria o condão de tornar claro, independentemente dos tipos juridicamente previstos em cada um dos ordenamentos jurídicos⁹⁰⁴ (caracterizadora de descumprimento de alguns dos deveres do empregado) que o desrespeito à regra limitadora de uso do instrumental é passível de penalidade em desfavor do empregado.

Além disso, sem perder o referencial dos ordenamentos jurídicos, se o Estatuto do Trabalhador da Espanha inclui implicitamente a possibilidade de penalização pela inobservância das normas coletivas, o texto legal brasileiro nesta seara é expresso ao consignar, em seu art. 613, que as Convenções e os Acordos deverão conter obrigatoriamente penalidades em relação aos empregados e às empresas em caso de violação de seus dispositivos (inciso VIII).

De modo que, sem maiores esforços hermenêuticos, pode-se concluir que as normas coletivas que regulem a matéria podem impor sanções em caso de descumprimento.

Todavia, há que se chamar a atenção para o fato de que a possibilidade de o empregado ser sancionado por mau uso do instrumental, não autoriza o empregador

⁹⁰⁴ Geralmente, as penalidades possíveis são advertência, suspensão do contrato e, diante de faltas mais graves ou reiteradas faltas de pequeno grau, a extinção do contrato por justa causa.

a vigiar os correios eletrônicos. E aqui o enfatizamos porque a sanção não pode ser decorrência de uma prévia limitação de um direito fundamental. Já que, como vimos, a limitação necessita ter sua própria justificação baseada em critérios de estrita necessidade. Nesse ponto, um dos maiores erros da jurisprudência em torno da matéria tem sido entender que o uso não permitido do correio eletrônico pelos trabalhadores autoriza o controle de seu conteúdo pela empresa. Como dito anteriormente, a ilicitude do uso do correio eletrônico não conduz necessariamente à licitude do meio de controle empresarial utilizado para aferir a conduta do obreiro. E este entendimento equivocado vai mais além porque envolve direitos de terceiros, não integrantes da relação laboral, quando a comunicação tem lugar não entre trabalhadores de uma mesma empresa, mas entre este e pessoas estranhas à relação de trabalho.

4.4.3. 3ª questão: podem as normas coletivas, ao restringir direitos fundamentais, interferir na esfera jurídica de terceiros que não estão representados por aqueles que subscrevem o pacto?

Com esta questão, busca-se responder se seria possível a norma coletiva interferir no direito do terceiro, externo ao quadro de funcionários da empresa que mantivesse comunicação telemática com os empregados daquela. Aqui o que propõe é saber se as normas coletivas têm o condão de interferir na esfera jurídica de terceiro que não integre o pacto, nem esteja representado por algum dos entes firmantes, criando-lhe deveres e obrigações. Em outras palavras, busca-se responder se poderia o trabalhador, via sindicato, abrir mão daquilo que não pertence apenas a ele, já que, no caso da comunicação por e-mail, esta pertence, ao menos, a dois comunicantes, sendo apenas um deles empregado da empresa.

Este, ao contrário da questão antecedente, é um aspecto pouco enfrentado nos estudos e julgados que envolvem o tema e que não se tem dúvida apresenta um papel central. Aqui, vale destacar que a gênese desta questão está na peculiaridade do direito ao segredo das comunicações ou sigilo de correspondência, consistente no seu caráter formal, sustentado o segredo por uma garantia técnica, e no fato de ser titularizado por pelo menos duas pessoas, em virtude do caráter multilateral da comunicação.

E tal se dá por que é certo que a força vinculante dos convênios coletivos não se limita às partes (empresários e trabalhadores), transcendendo a estes e se impondo *erga omnes*, incluídos os poderes públicos e demais particulares. Daí que se

firmado em norma coletiva uma cláusula coletiva restritiva de imagem, com a devida contrapartida, com o objetivo de que os empregados de uma fábrica de material esportivo, não possam aparecer em público trajando roupas das concorrentes, esta cláusula valerá perante todos.

Todavia, em relação ao segredo das comunicações/sigilo de correspondência, sendo certo que esta não pertence apenas ao empregado, cujo órgão sindical ou representativo tem legitimidade para negociar, poderia o texto da norma coletiva interferir na esfera jurídica de terceiro estranho ao pacto coletivo, estabelecendo obrigações em relação àqueles que o sindicato não representa legitimamente?

Estamos seguros que se é viável, como resposta genérica, a restrição temporal ao exercício de direitos fundamentais (sempre analisado o caso concreto) por meio de negociação coletiva, não temos qualquer dúvida que o alcance das obrigações impostas pela norma não pode ir além das pessoas que integram a empresa ou a categoria respectiva.

Reconhecido o status da regra emanada da negociação coletiva como híbrida entre contrato e norma, não se pode olvidar que o seu viés contratual exige que lhe seja aplicado o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos. É este princípio que garante que o Poder Judiciário não pode alterar cláusulas contratuais, devendo ser preservada a equação econômica do contrato, sob pena de nulidade, bem como que a autonomia da vontade está limitada pelas disposições legais, garantindo, outrossim, nos contratos de trato sucessivo a aplicação da teoria da imprevisão. Mas seu principal efeito está no reconhecimento de que o pactuado não poderá afetar a terceiros.

Assim, de regra, a norma derivada de acordo/convenção/convenio coletivo, contrato que é (ainda que sua natureza jurídica seja híbrida por seu viés normativo), não poderá nem prejudicar e nem interferir nas relações entre terceiros. Para Rodrigues, o princípio da relatividade das convenções contém a ideia de que os efeitos (direitos e obrigações) do contrato só se manifestam entre as partes, não aproveitando e nem prejudicando terceiros, o que é perfeitamente lógico, visto que o vínculo contratual emana da vontade das partes, tornando-se natural que terceiros não possam ficar atados a uma relação jurídica que lhes não foi imposta pela lei e nem derivou de sua vontade⁹⁰⁵.

⁹⁰⁵ Rodrigues, Silvio. *Direito civil. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. V. 3, São Paulo: Saraiva, 2002, p 17.

No mesmo sentido, a civilista Diniz, também proclama que o contrato não prejudica e nem aproveita a terceiros, vinculando exclusivamente as partes que nele intervieram, pois o ato negocial deriva do acordo de vontade das partes, sendo lógico que apenas as vincule, não tendo eficácia em relação a terceiros⁹⁰⁶. Assim, se é indene de dúvida que, quanto a sua existência, o contrato é um fato que não pode ser indiferente a outras pessoas, as quais se torna oponível, este é limitado, quanto aos seus efeitos internos, que nada mais são do que os direitos e obrigações dos contratantes, que não podem se comunicar aos terceiros que não se beneficiam do pacto.

Este entendimento é pacífico tanto no Brasil quanto na Espanha. González Martín⁹⁰⁷ expressamente consigna que “*el convenio colectivo, por otra parte, no puede ser un pacto en perjuicio de terceros no incluidos en la unidad de contratación. Menos aún puede el convenio perjudicar derechos generales de terceros indeterminados.*”

No Brasil, ainda que as regras de alcance das normas coletivas sejam diferenciadas do modelo espanhol, observa-se igualmente a absoluta impossibilidade de as partes pactuantes estabelecerem qualquer obrigação ou prejuízo em desfavor de terceiro que, na forma da lei, seja estranho ao pacto normativo. Aqui, no caso, observadas as peculiaridades previstas na CLT, a doutrina se posiciona de forma pacífica no sentido de que a “*convenção coletiva alcançará todos os empregados e empregadores das categorias representadas pelos sindicatos pactuantes (art. 8º, II, da CF/88)*”. (...) e “*os acordos coletivos abrangem somente os empregados vinculados ao empregador ou empregadores que dele participaram*”⁹⁰⁸..., assim como a empresa ou grupo de empresas pactuantes.

Posição que não discrepa da esposada pelo c. STF, no multicitado caso UBC quando estabelece que “*a autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e*

⁹⁰⁶ Diniz, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. V 3, São Paulo: Saraiva, 2002, p 39. A autora também salienta algumas exceções ao princípio, mas que são inaplicáveis ao caso concreto e que são derivadas, entre outros, da função social do contrato.

⁹⁰⁷ González Martín, Nuria, *Contenido Normativo del Convenio Colectivo en España*. Fonte: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/88/art/art9.htm>. Acesso em 21.01.2012.

⁹⁰⁸ Lima dos Santos, Ronaldo. *Teoria das Normas Coletivas*, 2ª edição, São Paulo: LTr, 2009.

definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares”.

Como se vê, tal qual verificado anteriormente, a afetação do direito fundamental ao segredo das comunicações de terceiro, que não integra a relação de emprego, é um fator crucial para justificar a tendência restritiva, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, em relação à possibilidade de mitigação do direito, ainda que pela via da negociação coletiva.

Entretanto, há de se salientar que naqueles casos já mencionados, em que se entenda ter a empresa a titularidade compartilhada do e-mail corporativo, a regra que estabeleça o controle terá caráter meramente elucidativo ou declaratório ao empregado, já que, sendo o empresário cotitular do direito ao segredo das comunicações, seu acesso será livre, não sendo possível, de sua parte, a violação ao direito previsto nos arts. 18.3 da Constituição espanhola e 5º, XII, da Constituição brasileira.

Por fim, ainda que um pouco rara, há que se chamar a atenção para a situação particular da comunicação entre empregados de uma mesma empresa, em relação às quais, por força de cláusula normativa, esteja o empregador autorizado a realizar intervenções, inclusive acedendo a seu conteúdo. Neste caso, a norma convencional será válida, desde que, como já se registrou em relação à cláusula contratual individual, de acordo com as exigências de boa fé, se exija ou se possa exigir, implícita ou explicitamente, por ser estritamente necessária, este tipo de limitação no direito ao segredo das comunicações dos empregados/as da empresa para a satisfação do interesse que levou as partes a contratar.

No presente caso, da mesma forma que nos e-mails de titularidade compartilhada acima mencionados, a cláusula em questão poderia ter efeitos meramente elucidativos ou declaratórios e voltados para a segurança jurídica e para a transparência do ato restritivo, nos casos em que este venha exigido pela natureza da atividade laboral. Aqui, ainda que ausente previsão expressa neste sentido, a intervenção, nessas hipóteses, seria legítima. Ou poderia ter o efeito de concretizar uma restrição não exigida, mas exigível no marco de uma dada atividade.

Assim, sintetizando as principais conclusões do capítulo, pode-se dizer que não há óbice no Brasil e na Espanha para a fixação de regras, fruto de exercício da autonomia privada ou coletiva, para modular o uso do correio eletrônico na empresa, pouco importando se pessoal ou corporativo, ainda que estas imponham

sanções a seus empregados em caso de descumprimento. Todavia, por meio dessas regras não se poderá autorizar o empregador a estabelecer parâmetros para a fiscalização do conteúdo dos correios eletrônicos, nem tampouco afetar o direito ao segredo das comunicações de terceiro estranho ao vínculo de trabalho, ressalvados os casos em que a empresa tenha a titularidade compartilhada do e-mail corporativo, já que, na hipótese de ser o empresário cotitular do direito, não há que se falar em violação do direito por sua parte, por ser este integrante do processo comunicativo.

4.5. A STC 170/2013, de 07 de outubro, proferida pela Sala Primeira do Tribunal Constitucional

Confirmando a jurisprudência constitucional inaugurada pela STC 241/2012, que adota um viés bastante restritivo em torno dos direitos fundamentais dos trabalhadores no marco da relação de trabalho, a STC 170/2013, pela segunda vez, examina o uso do correio eletrônico pelo empregado nas relações de trabalho à luz do direito ao segredo das comunicações.

Neste feito se aprecia a licitude de uma despedida disciplinar por transgressão da boa fé realizada pela empresa Alcaliber S/A⁹⁰⁹, sob o fundamento de que o trabalhador recorrente teria proporcionado indevidamente informação confidencial da empresa a outra entidade mercantil, sem autorização do seu empregador e se valendo de aparelho de telefonia celular e correio eletrônico.

O peculiar deste caso, em conexão com o tema tratado neste capítulo, é que o empregador alega que a ação de fiscalização perpetrada pela empresa e que identificou a ilicitude cometida pelo empregado estava respaldada no art. 59.11 do Convenio Coletivo da indústria Química, que tipificava como falta leve a utilização das ferramentas informáticas de propriedade da empresa, a exemplo do correio eletrônico, para fins distintos daqueles relacionados com o conteúdo da relação laboral, salvo em relação aos representantes dos trabalhadores que poderiam fazer uso do mesmo para se comunicarem entre si e para entrar em contato com a direção da empresa.

Tendo sido reconhecida a licitude da ação do empregador pelo Poder Judicial, o empregado, após a inadmissão de seu recurso de cassação para unificação de doutrina perante o Tribunal Supremo, interpôs recurso de amparo, no qual questionou o

⁹⁰⁹ Este caso, sob outra perspectiva, já foi analisado nesta tese, quando da análise da jurisprudência social espanhola, especificamente sobre a necessidade de a presença de trabalhadores ou de seus representantes quando da realização dos atos de controle dos meios informáticos.

acesso da empresa às suas comunicações efetuadas através de correio eletrônico, por entender que esta teria violado o seu direito à intimidade e ao direito ao segredo das comunicações.

Especificamente em relação ao direito ao segredo das comunicações (FJ 4), a sentença, após repassar a doutrina constitucional em torno à garantia, e acolher a doutrina da STC 241/2012, reconheceu que, no caso concreto, a utilização do correio eletrônico pelo trabalhador recorrente não gozava da proteção constitucional do art. 18.3 CE ante a atuação fiscalizadora do empresário.

Para chegar a esta conclusão, o Tribunal Constitucional entendeu que não podia existir uma “expectativa fundada e razoável de confidencialidade” quanto ao conhecimento das comunicações mantidas pelo trabalhador através da conta de correio proporcionada pela empresa, diante da proibição existente na norma coletiva para uso pessoal do instrumental. Na interpretação do Tribunal Constitucional, esta vedação tornava implícita a faculdade da empresa de controlar sua utilização. Assim, reconheceu que a comunicação em questão se dava por canal “*abierto al ejercicio del poder de inspección reconocido al empresario*”, ficando, por via de consequência, fora da proteção constitucional do art. 18.3 CE, que só é estendida às comunicações efetuadas através de canais fechados. Assim, o Tribunal Constitucional descartou a existência de lesão ao direito ao segredo das comunicações.

4.5.1. Considerações críticas sobre uma sentença que confunde as restrições ao uso do correio eletrônico com o controle sobre os processos comunicativos por e-mail

Enumerados os principais aspectos da decisão, é indene de dúvida que o Tribunal Constitucional mais uma vez reitera a doutrina da STC 241/2012, reforçando a ideia de que no marco da relação de trabalho não existe um direito ao segredo das comunicações efetuadas por seus empregados por meio do correio eletrônico. Uma vez mais, ainda que a constitucionalidade das interceptações do correio eletrônico sejam analisadas tanto sob o prisma do direito ao segredo das comunicações quanto do direito à intimidade, em realidade, a doutrina que se aplica ao caso é a relativa à dogmática do segundo, ignorando-se, como na STC 241/2012, a do primeiro.

Na essência, a inovação em relação à sentença anterior está apenas no fato de que o fundamento para o amesquinamento do direito ao segredo das

comunicações, neste feito, deixa de ser o regulamento empresarial, que é substituído pela norma derivada de convenio coletivo.

E importante registrar, entretanto, que o Tribunal Constitucional extrai da norma efeitos nela não previstos. Analisando o teor do art. 59.11 do convenio coletivo, forçoso reconhecer que estamos diante de uma norma coletiva que estabelece uma restrição ao uso do correio eletrônico no ambiente de trabalho, impondo apenas e tão somente uma sanção para o caso de descumprimento da norma. Em concreto, ela tipifica como falta leve *“la utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa (correo electrónico, Intranet, Internet, etc.) para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral, con la salvedad de lo dispuesto en el artículo 79.2”*.

Nesse sentido, a partir do que já foi visto, não se pode apontar qualquer vício no texto da norma em questão, sendo este âmbito de concreção, com regulação do uso e imposição de sanção para seu descumprimento, compatível com a finalidade das normas resultantes de negociação coletiva.

Todavia, como já fizera anteriormente com o regulamento da empresa, o Tribunal Constitucional vai além, ao considerar, de forma equivocada, que esta previsão normativa tem o condão de retirar “a expectativa razoável de segredo”, para, em seguida, mais uma vez, utilizar o argumento artificioso de que a expressa proibição do uso não profissional do correio eletrônico traria implicitamente o reconhecimento da faculdade do empregador controlar sua utilização para verificar o cumprimento de suas obrigações laborais e verificação do uso adequado da ferramenta de trabalho, de modo que o canal de comunicação estaria aberto ao poder fiscalizatório do empregador.

Desse modo, o Tribunal Constitucional, a despeito de se tratar de um direito de titularidade compartilhada entre os comunicantes, aprecia a “expectativa de segredo” apenas a partir da perspectiva do empregado da empresa e, ainda assim, prefere se pautar em critérios totalmente subjetivos, e próximos à doutrina do direito á intimidade, olvidando-se que a “expectativa de segredo” que caracteriza um canal de comunicação como fechado, de acordo com sua própria doutrina, está alicerçada na existência de suporte técnico, cuja garantia só pode ser superada por uma ação consciente de terceiro no sentido de aceder às comunicações.

E assim, através deste artil novamente deixa de enfrentar o papel da prévia ordem judicial nas comunicações efetuadas no ambiente de trabalho, e perde a oportunidade de esclarecer de forma sistemática, considerando que o direito previsto no

art. 18.3 CE é titularizado por pelo menos duas pessoas, se a norma coletiva, contrato que é, poderia prejudicar ou interferir nas comunicações mantidas com pessoas externas à relação de trabalho. Em outras palavras, se estes ficariam, através da norma coletiva firmada por representantes dos empregados e das empresas, atados a uma relação jurídica que não lhes foi imposta pela lei e nem derivou de sua vontade.

Em resumo, o TC, ao confundir a restrição imposta ao uso do e-mail, legitimamente prevista na norma coletiva, com a possibilidade de intervir (desde fora) no processo comunicativo, e ao não interpretar a expectativa de segredo que define o direito ao segredo das comunicações em termos técnicos, mas, antes, subjetivos, confirma a sua doutrina inaugurada na STC 241/2012, rompendo, mais uma vez, as fronteiras entre o direito ao segredo das comunicações e o direito à intimidade, o que resulta em um verdadeiro amálgama entre aspectos da doutrina inerente a estes direitos, em evidente prejuízo ao trabalhador.

A consequência mais visível dessa indevida fusão pode ser sintetizada no reconhecimento de que o uso privado dos meios informáticos, em definitivo, não é tratado pelo Tribunal Constitucional como direito, mas como consequência de mera tolerância do empregador.

CAPÍTULO 7 - POSSIBILIDADES DE RESTRIÇÕES AO DIREITO AO SEGREDO DAS COMUNICAÇÕES ELETRÔNICAS ESTABELECIDAS PELA AÇÃO DO PODER LEGISLATIVO

1. A Liberdade de comunicação nas relações de trabalho e os limites impostos pela lei

Ainda que os Tribunais Trabalhistas do Brasil e as Salas do Social dos Tribunais da Espanha já possuam alguns parâmetros para pontuar os limites do exercício do direito ao segredo das comunicações e, por consequência, do poder diretivo do empregador, é certo que existe uma lacuna legislativa nestes países a respeito da matéria⁹¹⁰.

E, de fato, fatores das mais diversas ordens justificam a omissão até o presente momento do legislador⁹¹¹. Por certo, sem desconhecer que a existência de respostas legislativas normatizando a questão teria o condão de viabilizar a pacificação das relações jurídicas que se acumulam no ambiente laboral derredor do tema, por outro lado, não se pode olvidar os efeitos deletérios que uma legislação precipitada a respeito

⁹¹⁰ Buscando contextualizar a omissão legislativa espanhola no contexto europeu, nota-se de uma rápida visão deste panorama a respeito da legislação que trate da inviolabilidade do correio eletrônico dos trabalhadores, que a Europa está bastante dividida quanto ao rumo a ser dado na questão. Enquanto o Reino Unido legislou de maneira frontalmente contrária aos interesses dos obreiros, França e Alemanha externam manifestações favoráveis à proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores. No mais, ainda que haja amplos debates, de um modo geral, observa-se na maioria dos países um vazio normativo em torno da questão. Ademais, as poucas leis que trataram de regular a matéria têm sido contestadas. A lei finlandesa sobre a proteção da vida privada no trabalho, por exemplo, foi considerada insuficiente pelo Parlamento Finlandês, que instou o governo para que elaborasse uma legislação específica sobre o uso dos correios eletrônicos. Por outro lado, a lei inglesa (*Regulation of Investigatory Powers Act 2000*), antes referida, que concede aos empresários poderes de supervisão e interceptação das comunicações que realizem os obreiros na empresa, foi questionada no próprio Reino Unido, à luz do art. 8º do CEDH. Por seu turno, em relação ao Brasil, a situação dos demais países da América do Sul também não é muito melhor. Há um enorme vazio normativo quanto a esta questão específica. Além do Brasil, chama-se a atenção, em detrimento de outros existentes, para projetos de lei na Argentina e no Peru, neste último tendo como base a decisão do Tribunal Constitucional (Sentencia N° 1058-2004-AA/TC), da qual se desprende que a sanção imposta pelo empregador deve ser proporcional e racional em função dos fatos denunciados; do mesmo modo nos diz que os instrumentos de comunicação outorgados pela empresa ou entidade supõem o respeito às limitações e garantias aos direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição Política do Peru, como o é o segredo das comunicações e documentos privados que não podem ser abertos, interceptados ou objeto de intervenção sem decisão motivada do juiz ainda quando o suporte da comunicação seja de propriedade da empresa em que o trabalhador labora, pelo que se pode afirmar que, de acordo com o TC peruano, a faculdade fiscalizadora utilizada pelo empregador para aceder aos correios pessoais de seus trabalhadores não se encontraria constitucionalmente permitida, por afetar o segredo e inviolabilidade das comunicações (art. 10 da Constituição peruana).

⁹¹¹ Em linhas gerais, a Lei Orgânica 15/1999 (de proteção de dados de caráter pessoal), Lei Orgânica 1/1982 (de proteção civil do direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem) e a Directiva 95/46 (relativa à proteção das pessoas físicas no que respeita ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação destes dados), entre outras, para a Espanha e a Lei 9296/1996, no Brasil, ou não tratam das comunicações telemáticas ou não analisam a questão sobre a vertente da relação de trabalho, de modo que ainda se faz necessário o implemento de legislação estatal enfrentando a temática.

de realidades ainda não inteiramente formatadas pode proporcionar.

Assim, nessa zona brumosa já faz algum tempo que se iniciou a discussão a respeito do implemento de leis que regulem a matéria. Esses debates, entretanto, não são imunes a prefácios reforçados por ideologias preconcebidas, que ganham força em tempos em que políticas de emprego e direito do trabalho se aproximam como se fossem um todo amalgamado. Dessa forma, em viés frontalmente oposto à necessidade de regulamentação da matéria, algumas vozes hasteiam a bandeira da autonomia de vontade, e nessa linha defendem a flexibilização das relações laborais, a desregulamentação⁹¹² trabalhista e até o advento de um novel “direito civil do trabalho”⁹¹³. Para esta corrente ideologizada, a simples ideia de norma reguladora é vista como sinônimo de um retorno a uma intervenção excessiva e *Keynesiana* do Estado⁹¹⁴, incompatível com a sociedade de mercado e que seria prejudicial, entre outros, para a criação de novos postos de trabalho⁹¹⁵.

Sem que seja necessário, por enquanto, debater a matéria em seu viés

⁹¹² A flexibilização das normas do Direito do Trabalho visa assegurar um conjunto de regras mínimas ao trabalhador e, em contrapartida, a sobrevivência da empresa, por meio da modificação de comandos legais, procurando outorgar aos trabalhadores certos direitos mínimos e ao empregador a possibilidade de adaptação de seu negócio, mormente em épocas de crise econômica. A “desregulamentação”, por seu turno, conforme se colhe da dicção de Mario Antônio Lobato (*Direito do Trabalho Mínimo*, in <http://www.advogado.adv.br/artigos/2001/mlobatopaiva/direitotrabalhominimo.htm>, Acesso em 14.06.2011), é a progressiva supressão de regras imperativas, como o correspondente alargamento da liberdade de estipulação. Verifica-se um significativo recuo da força imperativa das leis do trabalho, admitindo-se que as convenções coletivas as adaptem com vista a setores ou empresas em crise.

⁹¹³ Francisco Montenegro Neto apresenta a expressão no artigo “A resolução do contrato de trabalho segundo a Lei n° 9.029/95 e a prevalência dos princípios na aferição da discriminação na dispensa”, *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 928, 17 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7837>>. Acesso em: 14 jun. 2011. Entretanto, a relação entre o direito do trabalho contemporâneo e o direito civil já era alçada por Otávio Augusto Reis de Sousa em seu “*Nova Teoria Geral do Direito do Trabalho*”, São Paulo: LTr, 2002. Textualmente, a respeito da aproximação entre direito civil e direito do trabalho consigna que “*os princípios que tanto extremaram o direito civil do direito do trabalho no passado não parecem hoje tão disparees. Repensa o Direito do Trabalho os excessos e arroubos na proteção como prova cabal de sua maturidade enquanto disciplina jurídica. Os pontos de contato aumentam, estando direito do trabalho e direito civil se reaproximando, mas em órbita elíptica, como o Sol e a Terra. Cada um permanece íntegro, um corpo exercendo influência sobre o outro: ao mesmo tempo que em determinadas matérias se aproximam, em outras se apartam*” (op. cit., pp. 97/98).

⁹¹⁴ Em 1936, o economista John Maynard Keynes publicou o livro *Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*. Ele teorizou como seria a intervenção do Estado na Economia. Segundo Keynes, o estado deveria interferir na economia para minorar crises capitalistas ou desequilíbrios do mercado (Keynes, John Maynard. *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda - General theory of employment, interest and Money* - Tradutor: Cruz, Mário Ribeiro da. São Paulo: Editora Atlas, 1992).

⁹¹⁵ Como afirma Tatiane Carneiro Coimbra (*O Reordenamento no Mundo do Trabalho e a Precarização do Trabalho do Professor de Educação Física: Mediações da Mercadorização da Cultura Corporal*) base nesse discurso a FIESP propôs a desregulamentação do mercado de trabalho argumentado, que o excesso de leis trabalhistas impedia a criação de vagas no mercado formal. Além disso, esse órgão disseminou a falsa ideia de que uma parcela da classe trabalhadora era privilegiada, pois as leis de proteção ao trabalhador não eram concebidas como direitos conquistados, mas como privilégio, destinado a um pequeno fragmento dessa classe, que, contudo, só “desfrutava” dessa regalia mediante ao sacrifício sofrido pelos demais trabalhadores.

econômico-social, é imperativo reconhecer que não existe esta autonomia privada hipertrofiada antes defendida. Nem ela, enquanto expressão da liberdade, é absoluta, pois se assim o fosse conduziria ao caos e à anarquia, sendo justificada a sua limitação, mormente quando estamos diante de uma relação de trabalho superposta e hierarquizada⁹¹⁶.

Ademais, levando em conta que o que se discute é o exercício de faculdades de um direito fundamental (art. 18.3 CE e art. 5º, XII CRFB), é correto aduzir, na esteira do pensamento de Sarmiento⁹¹⁷, que a autonomia individual tem de ser conciliada, em primeiro lugar, com o direito das outras pessoas a uma idêntica quota de liberdade, e, além disso, com outros valores igualmente caros ao Estado Democrático de Direito, como a autonomia pública (democracia), a igualdade, a solidariedade e a segurança.

Nessa linha, enfatiza Sarmiento que se a autonomia privada fosse absoluta, toda lei que determinasse ou proibisse qualquer ação humana seria inconstitucional. No feliz exemplo por ele citado, um mero sinal de trânsito, que quando fechado proibisse os motoristas de avançarem, seria concebido como manifestação inadmissível de arbítrio. A própria ideia de ordenamento jurídico evaporar-se-ia. Dessa forma, continua o autor, seríamos todos condenados a viver na anarquia num permanente "Estado da Natureza", em que acabaria prevalecendo sempre a vontade do mais forte.

Desse pensamento não discrepa Larenz quando destaca que "*... en aras de la vida conjunta en una comunidad, que satisfaga las condiciones de un Estado de Derecho, tienen todos que aceptar ciertas limitaciones de su libertad, sin las cuales ésta no sería posible. Todo derecho de libertad encuentra por esto su límite en el derecho de libertad de los demás y en los deberes que el Derecho impone a cada una en beneficio de la paz jurídica y a todos en beneficio de la existencia de una comunidad erigida sobre la idea del Derecho*".⁹¹⁸

Portanto, é inevitável e salutar que o Estado intervenha em certos

⁹¹⁶ Sobre as hipóteses em que a liberdade de escolha do mais fraco praticamente desaparece, célebre é a frase de Lacordaire, segundo o qual "*entre o forte e o fraco, é a lei que liberta e a liberdade que escraviza*". Ademais, vimos no capítulo anterior que a expressão do consentimento do trabalhador, nos casos em que a restrição aos direitos fundamentais, sem ser da própria natureza da atividade contratada, é possível, exige a observância de certos requisitos.

⁹¹⁷ Sarmiento, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª edição, 2ª tiragem, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.

⁹¹⁸ Larenz, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Madrid. Civitas. 1993, trad Luís Díez Picazo, p. 62.

casos restringindo a autonomia individual, seja para proteger a liberdade dos outros, de acordo com uma "lei geral de liberdade", como diria Kant, seja buscando favorecer o bem comum e proteger a paz jurídica de toda sociedade.

Porém, se é certo que a lei geralmente tem por função traçar parâmetros para a autonomia privada⁹¹⁹, no exercício deste mister não é incomum que o legislador termine, muitas vezes, por traçar limites ao exercício de certos direitos fundamentais. Nas relações de trabalho, isto pode ser visto como duas facetas de uma mesma moeda. A norma (a começar pela Constituição) que impede que se viva uma ditadura dos contratos, muitas vezes de adesão e restritivos em relação aos direitos dos trabalhadores, é o mesmo instrumental que pode limitar as faculdades e garantias referentes a um direito fundamental do trabalhador no exercício da atividade laboral, tomando em consideração que o vínculo empregatício exigiria matização do direito.

Em regimes democráticos, estas intervenções do Estado no campo da autonomia privada são viabilizadas sobretudo através da lei, que, editada pelos representantes do povo, traduz manifestação da autonomia pública do cidadão⁹²⁰. Com isto, tais intervenções se reconciliam com a ideia de liberdade num sentido mais amplo. Nesse ponto, há de se reconhecer a importância fundamental do papel desempenhado pelo legislador, na medida em que este é um agente cooperador necessário ao desfrute dos direitos fundamentais, já que, como vimos no capítulo 4, viabiliza a concretização desses direitos, materializando-os.

Mas, ainda que não se possa olvidar a importância das leis em matéria de direitos fundamentais, em especial em tempos em que a falta deste instrumento normativo gera tanta insegurança jurídica, como se vê em matéria de utilização de e-mails nas relações de trabalho, não há como fugir que também a ação do legislador precisa ser limitada, já que há limites para a própria lei que se derivam da Constituição e, em concreto, dos próprios direitos fundamentais. E tal condição se justifica em virtude de a relação do legislador com os direitos fundamentais ser das mais complexas, já que este é com frequência cooperador necessário para o desfrute dos direitos, mas pode se converter igualmente de agente facilitador no desfrute dos direitos fundamentais em verdadeiro 'inimigo' desses direitos.

Na verdade, em grande medida os direitos fundamentais constituem espécie de garantia contra uma eventual "ditadura das maiorias". É uma salvaguarda das

⁹¹⁹ Nesse sentido, Laporta, Francisco. *El imperio de la ley: una visión actual*. Madrid: Trotta, 2007.

⁹²⁰ Laporta, Francisco. *El imperio ...*, *op. cit.*.

minorias em regimes democráticos⁹²¹. E este, como destaca Sarmento⁹²², é um dos aspectos centrais do constitucionalismo: a imposição de limites ao próprio legislador, em proveito da proteção dos direitos da pessoa, aspecto que já tratamos no capítulo 2.

Isto não quer dizer, como já visto, que mesmo estas liberdades fundamentais se revistam de valor absoluto. É possível que a proteção de uma delas, no caso concreto, importe em lesão a outro direito fundamental ou princípio constitucional igualmente relevante. Nesta hipótese, poderá ser necessário, diante dos contornos do caso, restringir a liberdade em questão visando à otimização dos bens jurídicos em confronto, através de uma ponderação de interesses. É exatamente isto que ocorre quando se discute a aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada, em que se torna necessário ponderar esta autonomia com o direito que estaria sendo violado pela conduta do particular.

No caso concreto, e em relação ao objeto deste estudo, à míngua de uma legislação que enfrente o tema no Brasil ou na Espanha⁹²³, imperativo efetuar uma análise cuidadosa das tentativas até então formuladas, algumas ainda em fase de gestação, de regulação a respeito da utilização e da fiscalização do e-mail nas relações

⁹²¹Esta ideia, que não era aceita por democratas puros, como Rousseau, tornou-se amplamente dominante no mundo ocidental moderno, em que vicejam as constituições contendo cartas de direitos, que podem ser opostas ao próprio legislador, através dos mecanismos competentes de jurisdição constitucional.

⁹²² Sarmento, Daniel. *Direitos Fundamentais...*, op. cit., p. 156.

⁹²³ Sobre o direito espanhol, Agustina Sanllehi (*El delito de descubrimiento...*, op. cit., pp. 42/43), em estudo muito elogiado, apresenta algumas justificativas para a ausência de uma lei específica que enfrente o tema na Espanha e sinaliza para as principais consequências para a relação do trabalho desta omissão do legislador. Diz o autor textualmente: “*Sin embargo, no existe en el ordenamiento jurídico español una regulación laboral específica que aborde el ejercicio del control empresarial respecto del uso de las nuevas tecnologías por parte de los trabajadores. El silencio del legislador en esta materia puede tener una interpretación positiva o negativa, o simplemente puede deberse a la necesaria evolución y consolidación del fenómeno con anterioridad a su tratamiento legislativo y su plasmación concreta en la norma. Ante tales nuevos conflictos sobre los que viene tratando de forma creciente la jurisprudencia laboral, no se puede acelerar el ritmo natural de las cosas: los cambios operados en la realidad social siempre han ido por adelante de su regulación jurídica, y no deben precipitar una respuesta poco reflexiva ante nuevos problemas sin resolver, cuando se carece de revisiones normativas específicas en la materia. De hecho, el proceso de cambio como consecuencia de la implementación de la revolución tecnológica en la estructura empresarial está conllevando un cambio de modelo, una mutación en aquella lógica interna que vertebraba el modelo productivo propio del fordismo. Así, los nuevos avances tecnológicos vienen a introducir importantes criterios flexibilizadores en la articulación del trabajo en equipo y en los mecanismos de control de la prestación laboral en detrimento de los vetustos criterios verticales jerarquizados que imperaban en el sistema tradicional. Es cierto, sin embargo, que la carencia de una regulación jurídica suficientemente explícita por parte del legislador laboral junto a la inexplicable ausencia – hasta hace bien poco como veremos – de criterios aclaratorios por parte del Tribunal Supremo mediante sentencias para la unificación de doctrina – como de pronunciamiento alguno por parte del Tribunal Constitucional – han generado inseguridad jurídica en la materia. De este modo se ha dejado en manos de los Tribunales ordinarios la resolución de los numerosos casos concretos con la única pauta de una jurisprudencia contradictoria entre Tribunales Superiores de Justicia de las respectivas Comunidades Autónomas. La ausencia de referente ha conducido por tanto a una proliferación de doctrinas erráticas y vacilantes.*”

de trabalho, respeitando-se, como antecedentes lógicas a esta apreciação, as considerações sobre o papel do legislador no desenvolvimento de direitos fundamentais, formuladas no capítulo 4 deste estudo, de modo que seja possível aferir qual o âmbito de interferência constitucionalmente tolerada para o legislador em matéria deste direito fundamental.

2. Os projetos de lei no Brasil a respeito da comunicação eletrônica no ambiente de trabalho

De posse dos instrumentais que balizam a atuação do legislador no desenvolvimento e concretização dos direitos fundamentais, passa-se a analisar os projetos de lei até então propostos que têm por objetivo regular o uso do correio eletrônico no ambiente de trabalho, elaborados no Brasil e na Espanha, dando ênfase quanto à observância dos limites que precisam ser observados pelo legislador quando do trato de matéria deste jaez. Neste tópico, considerando a falta de correlação entre os projetos de lei brasileiros e sua jurisprudência constitucional, inverter-se-á a ordem mais comumente utilizada neste trabalho, de modo que inicialmente serão analisados os projetos de lei brasileiros para depois efetuar-se uma análise comparativa com a proposição de lei espanhola à luz das questões até então enfrentadas, em especial a observância do conteúdo essencial dos direitos em conflito.

2.1. O projeto de Lei 3893/2008 e a influência dos pilares traçados pelo TST

No Brasil, como mencionado em outras oportunidades, não há lei que regule o uso de e-mail nas relações de trabalho. Todavia, algumas tentativas de regulamentação da matéria já ocorreram.

Tratando do e-mail nas relações de trabalho privadas, tramitou até setembro de 2009 o projeto de lei 3893/2008, de autoria do Deputado Carlos Bezerra, do PMDB do Mato Grosso, quando foi retirado a pedido do próprio autor do projeto⁹²⁴. O projeto buscava alterar a Lei 6.538, de 22 de junho de 1978 – Lei dos Serviços Postais – para dispor sobre os serviços correspondências internas das organizações privadas. Seu texto constava com a seguinte redação:

⁹²⁴ O projeto de lei foi retirado, em face do deferimento do requerimento n. 5528/2009, nos termos do artigo 104, c/c o inciso VII, do art. 114, ambos do RICD. DCD de 23.09.2009, p. 51740 Col 02.

Art. 1º Esta Lei altera a Lei n.º 6.538, de 1978 – Lei dos Serviços Postais – para dispor sobre os serviços de correspondências internas das organizações privadas.

Art. 2º O art. 5º da Lei n.º 6.583, de 1978, passa a vigorar acrescido do seguinte §2º, alterando-se o Parágrafo Único para §1º:

“Art.5º.....

§1º.....

§2º Excluem-se das disposições previstas no caput e no §1º deste artigo as correspondências eletrônicas encaminhadas ou recebidas por sistemas de correio eletrônico corporativo mantidos por organizações privadas e fornecidos para seus empregados, funcionários, terceirizados, estagiários, bolsistas e assemelhados para o uso exclusivamente no interesse do serviço.”

Em sua justificativa para a alteração da Lei dos Serviços Postais, o autor do projeto se fundamenta nos parâmetros gizados no caso HSBC e nos demais precedentes do TST, como se colhe do fragmento abaixo (destaques não constam no original):

O caso do correio eletrônico é emblemático. A Lei n.º 6.538, de 1978 – Lei dos Serviços Postais – refletindo disposições constitucionais, estabelece a garantia do sigilo das correspondências.

Entretanto, surgiram questionamentos acerca da aplicação ou não desse dispositivo legal e constitucional para as correspondências eletrônicas trocadas por meio de serviços de correio eletrônico corporativo mantidos por organizações privadas e fornecidas para seus funcionários para o uso exclusivamente no interesse da empresa.

O entendimento jurisprudencial que vem se materializando acerca do assunto é o de as mensagens eletrônicas trocadas por meio de correio eletrônico corporativo não gozam do sigilo absoluto da correspondência, tendo em vista se tratar de um instrumento de trabalho oferecido aos colaboradores das empresas para o uso no interesse exclusivo do serviço.

(...)

O Projeto de Lei que apresento, portanto, introduz na Lei dos Serviços Postais uma disposição que se alinha com as principais decisões que vêm sendo tomadas pelo Poder Judiciário no tratamento da questão: o de que o sigilo da correspondência não se aplica para os casos de correspondências trocadas por sistemas de correio eletrônico corporativo quando fornecido por organizações privadas para seus funcionários o usarem no interesse exclusivo do serviço.

Assim, pretendemos que a nova norma introduza segurança jurídica e estabeleça diretrizes claras e objetivas sobre a matéria, de forma a evitar o acúmulo de processos judiciais, os quais terminam por prejudicar não só os empregados, mas também as empresas e a economia do País como um todo.

Ainda que esse projeto de lei tenha sido retirado da Plenária pelo próprio autor, seu teor reflete, a toda evidência, o posicionamento adotado pelo Tribunal

Superior do Trabalho em seu posicionamento a respeito do uso do e-mail nas relações de trabalho.

Como se nota da leitura do projeto de lei acima referido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal derredor do direito ao sigilo de correspondência eletrônica é rotundamente ignorada na proposta de alteração legislativa, razão pela qual não foram poucas as vozes na doutrina pátria que expressamente consignaram que o projeto não seria aprovado na Comissão de Constituição e Justiça do Congresso Nacional, em virtude de inconstitucionalidade em relação ao art. 5º, XII da Constituição Federal. Alguns estudiosos⁹²⁵ chegaram a afirmar que o projeto n. 3893/2008 violaria a garantia constitucional (art. 5º, XII) a pretexto de vigiar seus interesses econômicos ou disciplinares e que tal violação se chocaria com o tipo penal previsto no art. 10 da Lei 9.296/96⁹²⁶. De acordo com os defensores dessa linha de pensamento, a utilização em juízo de prova obtida através de acesso à correspondência virtual decorrente do e-mail corporativo seria ilícita e não poderia ser usada no processo trabalhista. A única exceção seria aquela produzida com ordem prévia de violação pelo juiz e se estivesse em jogo delito penal (não mero interesse comercial ou disciplinar do empregador).

2.1.1. Os principais problemas do PL 3893/2008

O cerne do PL 3893/2008 consiste no fato de que o sigilo da correspondência não se aplicaria para os casos de correspondências trocadas por sistemas de correio eletrônico corporativo quando fornecido por organizações privadas para seus funcionários o usarem no interesse exclusivo do serviço. O relator afirma se pautar no primado da segurança jurídica, bem como alega que a medida seria capaz de evitar o acúmulo de processos judiciais.

Os parâmetros utilizados no projeto manifestamente se apoiam naquilo que a doutrina costuma denominar suporte fático restrito⁹²⁷, cujo reflexo

⁹²⁵ É o que se colhe dos ensinamentos de José Eduardo de Resende Chaves Júnior, em seu artigo *Vigiar e Punir*, colhido no sítio http://www.mg.trt.gov.br/download/artigos/pdf/152_vigiar_punir.pdf.

⁹²⁶ “Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.”

⁹²⁷ Suporte fático é um conceito quase desconhecido no direito constitucional brasileiro. No âmbito jurídico, seu uso é limitado quase que apenas ao direito penal, no âmbito do qual é também chamado de *tipo*, e no direito tributário, em que costumam ser preferidos os termos *fato gerador* e *hipótese de incidência*. Conforme expõe Virgílio Afonso da Silva (*op. cit.*), é no âmbito dos direitos fundamentais que o conceito de suporte fático tem a sua aplicação por excelência no direito constitucional. Em resumo,

imediatamente para as normas de direito fundamental é a não garantia a algumas ações, estados ou posições jurídicas que poderiam ser, em abstrato, subsumidas no âmbito de proteção dessas normas.

Como se sabe, o projeto vai de encontro ao entendimento do STF de que a Constituição não estabelece distinção alguma entre comunicação de caráter pessoal e comunicação de caráter profissional, resguardando o sigilo em ambos os casos. Todavia, o maior pecado dessa tentativa de regulação do direito, algo reducionista, reside no fato de que, como se vê no projeto de lei, para a exclusão do âmbito de proteção do direito previsto no art. 5º, XII da comunicação feita por e-mail corporativo não se fez necessária nenhuma fundamentação constitucional. Bastaram, à luz dos argumentos colhidos na exposição de motivos, de juízos de conveniência e oportunidade.

Como se vê, ainda que se trate de direito fundamental, com natureza de princípio, verdadeiro mandado de otimização, a construção do raciocínio que levou ao desenvolvimento do projeto de lei não reflete nenhuma colisão entre o sigilo de correspondência e os poderes do empregador, alicerçados na livre iniciativa, mas a pura e simples não proteção de algumas ações pelas normas que, aparentemente, deveriam protegê-las. E tal se dá, repito, sem qualquer fundamentação, mas apenas para garantir segurança jurídica e redução do número de processos em tramitação na Justiça do Trabalho brasileira.

2.2. O projeto de Lei 7352/2010⁹²⁸. Uma nova proposta de alteração legislativa baseada em velhas premissas

Com a retirada do PL 3893/2008, o uso do e-mail nas relações de trabalho retorna à evidência em um novo projeto de lei que dispõe sobre o uso de correio eletrônico pelos órgãos e repartições da Administração Pública Federal.

Neste novo projeto, os pilares apontados pelo Tribunal Superior do Trabalho (que, na esteira de recente entendimento do STF⁹²⁹ não teria competência para

em sua teoria, o autor consigna que somente o suporte fático amplo seria compatível com a natureza dos direitos fundamentais.

⁹²⁸ Este projeto de Lei, foi arquivado em 31.01.2011, tendo sido, entretanto, desarquivado em 09.06.2011, após o que não teve qualquer andamento, conforme se colhe das informações contidas no sítio <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao>, visitado em 26/06/2011.

⁹²⁹ Causa assombro a utilização dos parâmetros traçados pelo TST no projeto, diante da evidente incompetência absoluta daquele órgão para julgar futuras demandas deste jaez. Naturalmente os precedentes deveriam advir do STJ ou do STF, cujo entendimento sobre a matéria foi ignorado na

julgar a controvérsia que decorresse da aplicação deste projeto de norma nos casos concretos) demonstram que constituem fonte de inspiração no Congresso Nacional, visto que o PL 7352/2010, de autoria do Deputado Federal Roberto Britto, do Partido Progressista da Bahia, leva mais além este entendimento, visto que sequer ressalva, pelo menos não o faz expressamente, a proteção ao correio eletrônico particular. É o que se pode inferir de seu teor e de sua justificativa, ainda que esta seja bastante sucinta.

Art. 1º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União, deverão, na gestão do sistema de correio eletrônico sob sua responsabilidade, adotar os procedimentos previstos nesta lei.

Art. 2º O sistema de que trata esta lei deverá seguir, expressamente, um único ordenamento no que se refere, respectivamente, ao processamento e distribuição de mensagens, apenas, de serviço.

Art. 3º As mensagens de serviço terão caráter público e poderão ser lidas por qualquer servidor ou por terceiros, desde que autorizada a sua divulgação pelo titular do órgão ou entidade gestora do sistema.

Art. 4º O recebimento e envio de mensagens pessoais serão determinadamente proibidos, uma vez que todas as mensagens passarão por um filtro e estarão disponíveis para qualquer servidor que queira acessá-la.

Art. 5º O Poder Executivo regulamentará esta lei no prazo de cento e oitenta dias, contados da sua publicação.

Art. 6º Esta lei entra em vigor no prazo de cento e oitenta dias, contados da data da sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Com a disseminação da Internet e dos computadores pessoais no ambiente de trabalho, tornou-se complexa a tarefa de delimitar as situações em que esses recursos são usados para o trabalho ou para fins pessoais.

Mensagens expedidas do ambiente de trabalho carregam o endereço eletrônico da instituição. Conteúdo impróprio ou alheio ao trabalho compromete, portanto, a imagem do órgão público junto à população.

Com vista a definir uma regra simples e prática para o tratamento do problema, oferecemos esta proposição que cria uma distinção entre ambiente de trabalho e ambiente pessoal...

De acordo com esta proposição legislativa mais recente, o uso particular do e-mail no ambiente de trabalho não é tolerado, contrariando, quanto a este aspecto, os parâmetros traçados pelo STF, bem como a posição mais restritiva do TST,

proposição legislativa. Vale reforçar que a incompetência da Justiça do Trabalho (e conseqüentemente do TST) para apreciação de feitos que envolvam servidores públicos decorre do fato de ter sido concedida liminar, com efeito ex tunc, na ação direta de inconstitucionalidade n. 3395-6, em 27.01.2005, e dada interpretação conforme a este inciso, suspendendo toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da CF, na redação dada pela emenda constitucional n. 45/2004 que inclua na competência da Justiça do Trabalho a “apreciação ... de causas que... sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo”.

que admite a tolerância pelo empregador de um uso social do e-mail, ainda que bastante matizado.

2.2.1. Novo projeto, velhos problemas

No que tange também a este projeto, sob a justificativa de sobrecarga do sistema e desvio de finalidade na utilização de e-mail para fins alheios aos originariamente destinados, não se assegura qualquer sorte de sigilo em relação à correspondência eletrônica.

Alguns dos maiores problemas de seu texto, entretanto, constam na sua fundamentação. Em sua justificativa consta expressamente, como argumento para a vedação ao uso do correio eletrônico, que “*esta proposição (...) cria uma distinção entre ambiente de trabalho e ambiente pessoal*”.

Observe-se que o texto consagra uma distinção artificiosa entre ambiente de trabalho e ambiente pessoal. Já seria criticável pelo simples fato de esta absoluta separação já ter sido objeto de enfrentamento pelo TST, cuja jurisprudência bastante restritiva ao trabalhador garante, ainda que relativizado, o uso moderado e não abusivo do correio eletrônico (ao menos o particular).

Ademais, em tempos em que se consagra o trabalho a domicílio, regimes especiais de contagem da jornada de trabalho, entre outras modalidades que refletem a dificuldade de aferição de quando termina a atividade laboral e onde começa a vida privada, soa ultrapassada a premissa da proposição de lei.

Igualmente, aqui se aplicam as mesmas críticas levantadas em relação ao projeto de lei anterior. Mais uma vez, excluem-se do âmbito de proteção do direito diversas faculdades, baseando-se o autor do projeto apenas em meros critérios de conveniência e oportunidade, sem qualquer análise do evidente conflito dos direitos fundamentais dos obreiros com o poder de direção do empregador.

O legislador, que limita e ao mesmo tempo é limitado pelos direitos fundamentais, e a quem caberia salvar, na medida do possível, a eficácia dos bens jurídicos contrapostos, preferiu se valer de ponderações apressadas que terminaram por conduzir, no caso desta proposição legislativa, ao total sacrifício de um direito fundamental em benefício do outro.

Neste caso, o principal argumento do texto é “*a complexidade da tarefa de delimitar as situações em que os recursos de comunicação telemática e*

*internet são usados para o trabalho ou para fins pessoais” e, a partir deste pano de fundo*⁹³⁰, sem se apoiar em uma base constitucional sólida, o legislador brasileiro busca promulgar uma lei francamente contrária ao direito ao sigilo de correspondência eletrônica.

Como se vê, ainda que se reconheça certa margem de discricionariedade na atuação do legislador, a quem cabe optar entre as distintas decisões legislativas possíveis, adequadas e compatíveis com o objeto de proteção do direito fundamental, os projetos que já tramitaram perante o Congresso Nacional brasileiro, além de discreparem da leitura que o STF oferta a respeito do direito ao sigilo de correspondência, resvalam em um caráter que se aproxima do arbitrário, diante da falta de balizas constitucionais que pudessem convalidar suas prescrições.

2.3. A PL 1.429/2011 e uma mudança de enfoque. Uma discreta mirada em favor dos direitos da personalidade do trabalhador

Mais recentemente⁹³¹, tramitando concomitantemente com a proposição legislativa n. 7352/2010, foi apresentada a Proposta de Lei (PL) n. 1429/2011, que dispõe sobre restrições ao monitoramento de correspondência eletrônica por parte do empregador.

Nesta proposição legislativa, especialmente em seu texto original, a grande distinção em relação às demais está no fato de que se inverte a ótica da jurisprudência do TST, tantas vezes referida nos projetos que o sucederam. Aqui não se tem como ponto de partida a liberdade quase absoluta do empregador no exercício de seu poder diretivo (ressalvados os casos de abuso), nem tampouco se vale o autor da proposta de prejudiciais que não encontrem apoio na doutrina constitucional. Ao revés, a proposta parte da ideia contraposta de que os direitos fundamentais, ainda que possam ser matizados no contrato de trabalho, não deixam de existir pelo mero ingresso do

⁹³⁰ De acordo com variados dicionários de língua portuguesa (aqui nos valem os www.lexico.pt), complexidade é qualidade do que é complicado. Quando nada, no caso de uma proposta legislativa, constitui um terrível lugar comum utilizar a complexidade de um problema como justificativa para uma solução pouco refletida. Se é certo que o próprio senso comum aponta para a existência de dificuldades na análise sobre a utilização dos meios de comunicação telemáticas no ambiente laboral, em especial diante do relativo pouco tempo de utilização, não deve o legislador, sob o argumento de buscar a segurança jurídica diante de uma questão tormentosa, cristalizar, por meio de lei, um pensamento que viole os pilares básicos da constituição, pois neste caso estará reforçando a tese de H. L. Mencken, segundo o qual *“para todo problema complexo existe sempre uma solução simples, elegante e (...) completamente errada”*.

⁹³¹ Esta Proposição Legislativa foi apresentada em 24.05.2011 pelo Deputado Antônio Roberto do PV/MG, e está atualmente na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP), tendo se encerrado o prazo para emendas ao projeto, sem que estas tenham sido apresentadas.

trabalhador nos quadros funcionais da empresa. Daí que a norma proposta originariamente já inicia proibindo o monitoramento eletrônico para, em seguida, estabelecer exceções à vedação. Veja-se o seu teor integral:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre restrições ao monitoramento de correspondência eletrônica por parte do empregador.

Art. 2º É proibido o monitoramento de correspondência eletrônica dos empregados, por parte do empregador, seja do setor público como da iniciativa privada, salvo no caso de endereço eletrônico corporativo mantido pelo empregador e quando houver prévia e expressa manifestação quanto à possibilidade de seu monitoramento.

Art. 3º A infração ao disposto no artigo anterior implica dano moral por parte do empregador, sem prejuízo de eventuais danos materiais decorrentes da ação de monitoramento.

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Este texto, entretanto, ao tramitar na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público da Câmara dos Deputados terminou sendo modificado por um substitutivo⁹³², cujo autor foi o Deputado Chico Lopes (PC do B/CE), em relação ao qual não se notam mudanças substanciais⁹³³:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 486 - A:

Art. 486-A. É proibido o monitoramento da correspondência eletrônica do empregado.

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica quando:

I – o endereço eletrônico for corporativo;

II – houver prévio e expresso consentimento do empregado.

§ 2º A infração ao disposto neste artigo sujeita o empregador ao pagamento em favor do empregado:

I – de multa no valor de duas vezes seu salário;

II – de indenização por dano moral, decorrente da ação de monitoramento.

Art. 2º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

⁹³² Este substitutivo, no mês de junho de 2013, recebeu três emendas, ainda pendentes de apreciação. De antemão se pode adiantar que estas emendas configuram verdadeiro retrocesso em relação ao texto original ou ao texto do substitutivo, amesquinhando ainda mais os direitos fundamentais dos trabalhadores. Em uma delas, de autoria do Deputado Leonardo Quintão (PMDB/MG), sob o fundamento de que as relações de trabalho necessitariam ser desburocratizadas, sequer a expressa concordância do empregado (ou até mesmo o seu conhecimento expresso) em relação à restrição seria exigida.

⁹³³ As alterações trazidas pelo autor do substitutivo podem ser assim sintetizadas: primeiramente, argumenta que a matéria não deve ser tratada em diploma esparsos, mas inserida na Consolidação das Leis do Trabalho, visto que o sigilo de correspondência protegido está atrelado a uma relação de trabalho. Ademais, entendeu necessária a inserção de uma multa além da manutenção da hipótese de indenização por danos morais que dependerá da análise do poder judiciário em cada caso. No mais, o texto original é mantido quase sem alterações.

Assim, malgrado seja dispensado um tratamento diferenciado entre o e-mail pessoal e corporativo, não se exclui de toda proteção este, ainda que se reconheça a possibilidade de certas mitigações em seu uso, desde que haja prévia e expressa manifestação quanto à possibilidade de seu monitoramento.

O escopo do legislador, conforme explicitado na justificativa à proposição de lei, é, sem desprezar a garantia constitucional da inviolabilidade da correspondência, obter maior estabilidade das relações de trabalho a partir de regras claras. Dessa forma, só seria permitido controle de *e-mails* corporativos, em organizações que obtenham prévia e expressamente o consentimento dos empregados quanto à possibilidade do monitoramento.

Esse projeto, mesmo após a aprovação do substitutivo, que não alterou sua essência, sob o enfoque constitucional, significa um avanço em relação aos seus antecessores. De fato, reconhece-se que a explosão do uso de correspondência eletrônica, embora em escala infinitamente maior e com mais facilidade de acesso, tornou-se tão comum como o foi a utilização de telex e de telefones em outros tempos.

Admite-se também, conforme expressamente se registra na justificativa do projeto, o uso pessoal do meio de comunicação telemático, ainda que no exercício das relações laborais, já que mesmo durante a jornada de trabalho é justificável que o trabalhador continue a se relacionar com outras pessoas, tanto no nível profissional, como no pessoal, afetivo e em tantos outros, no que implica um correto retorno à noção trazida à baila na PL 3893/2008.

Relevante também o reconhecimento de que a invasão indiscriminada dos *e-mails* dos empregados termina por configurar situações que caracterizam assédio moral aos empregados, donde se pode criar a partir dos riscos econômicos (indenizatórios) uma cultura de maior respeito aos direitos fundamentais do empregado.

Todavia, alguns excessos e pecados também são detectados neste projeto de lei. Inicialmente, observa-se que o legislador comete o equívoco inverso se comparado às tentativas de regulação anteriores. Aqui, o correio eletrônico pessoal não admite nenhuma restrição, pelo que parece ganhar um status de direito absoluto na relação de trabalho, olvidando-se inclusive da ressalva prevista na própria constituição,

que permite seja o teor da correspondência passível de violação, desde que o ato de restrição seja precedido de ordem judicial⁹³⁴.

Outra inconveniência é que, por mais que pareça que este projeto se distancia da jurisprudência do TST, ele também se apega aos parâmetros que o alto tribunal laboral traçou (e-mail corporativo e e-mail pessoal), perdendo-se a oportunidade, através desta excessiva simplificação, de traçar os parâmetros de ação nos vários casos em que o trabalhador transita em uma zona cinzenta, porém de situações fáticas e soluções muito distintas, como se dá no e-mail corporativo em nome da pessoa do trabalhador, em nome do cargo que exerce ou em nome da empresa, nos quais apesar de se tratar de correio eletrônico corporativo, a titularidade do direito e até a garantia técnica do sigilo é percebida entre os comunicantes de forma bem diferenciada, conforme o instrumental escolhido para envio e recebimento de mensagem.

Acrescente-se que também a situação do terceiro integrante do processo comunicativo não foi levada em consideração nas justificativas do projeto, de modo que a compreensão que o STF e grande maioria das Cortes Constitucionais têm sobre o direito termina por não ser levada em conta também desta feita.

Por fim, por mais generosos que tenham sido os objetivos do legislador, não se pode perder de vista que, em relação ao correio corporativo (*que em alguns casos ou momentos durante a relação laboral pode ser o único meio de comunicação com o meio externo, já que o texto não obriga a empresa a criar mecanismos operacionais para que o trabalhador faça uso do correio eletrônico pessoal*) a mera negociação contratual é suficiente para lhe excluir a proteção do sigilo contra a intromissão de terceiros. Curial trazer a lume que mais uma vez o direito voltaria a não ter em relação ao empregador nenhuma proteção (*a volta do tudo ou nada*), sendo desnecessária na forma do texto proposto que o empregador fundamente a restrição ao direito. Nessa senda, a possibilidade de a regulamentação prévia e expressa inibir toda e qualquer expectativa de segredo em relação ao e-mail corporativo, faz com que seu uso não seja reconhecido como um direito, configurando-se como uma mera concessão do empregador⁹³⁵.

⁹³⁴ A ordem judicial, no âmbito trabalhista, é admitida apenas de forma abstrata, posto que as hipóteses atualmente catalogadas na Lei 9296/1996, como já visto, apresentam evidente viés penal, não se adequando a simples ilicitudes trabalhistas, quando estas não se revelem concomitantemente tipos penais.

⁹³⁵ Neste aspecto, ainda que apenas em relação ao e-mail corporativo, o Projeto de Lei adota entendimento semelhante ao da STC 241/2012 (que, entretanto, também estende esta compreensão ao e-mail particular), ao lhe garanti-lo apenas mediante concessão do empregador que, quanto a esta modalidade, pode retirar toda e qualquer expectativa de segredo.

Assim, como se vê, sob alguns aspectos, e com um olhar mais atento, a evolução no que diz respeito à eficácia dos direitos fundamentais na relação obreira verificada neste projeto é pouco mais que perfumaria⁹³⁶.

3. Sobre a “proposición de ley sobre el uso del correo electrónico en la empresa” na Espanha

Considerando que na Espanha, até a presente data, o Parlamento apenas apresentou uma única proposta de lei que envolve o tema dos correios eletrônicos na relação de trabalho, cujo teor se dissocia frontalmente daqueles sugeridos em território brasileiro, a despeito da similitude de tratamento dispensado ao segredo das comunicações por ambas as Cortes constitucionais, passo a tratar do teor “*proposición de ley sobre el uso del correo electrónico en la empresa*” de forma um pouco mais analítica, traçando um paralelo entre suas prescrições e a doutrina constitucional a respeito do tema.

⁹³⁶ Alguns pruridos que o legislador brasileiro teve no trato do tema nos projetos de lei até então formulados, não se verificam na proposição legislativa da Argentina, em torno do tema. De fato, o Projeto argentino de alteração da Lei de Contrato Laboral n. 20.744, contempla a matéria, ainda que insistindo na visão de e-mail corporativo e pessoal como marco relevante, de forma tecnicamente mais elaborada que os projetos brasileiros e que as próprias decisões do TST. Vejamos o seu texto: “*Artículo 86 bis.- Correo electrónico laboral.- Cuando el correo electrónico sea provisto por el empleador al trabajador en función o con motivo de una relación laboral, se entenderá que la titularidad del mismo corresponde al empleador siempre y en todos los casos, independientemente del nombre y clave de acceso que sean necesarias para su uso. El empleador se encuentra facultado para acceder y controlar toda la información que circule por dicho correo electrónico laboral, como asimismo a prohibir su uso para fines personales. El empleador no podrá prohibir el uso de las direcciones de correo electrónico que pudiera tener el trabajador que sean de carácter personal o privado, aunque los mismos sean abiertos desde el lugar de trabajo. El empleador deberá asimismo, notificar fehacientemente al empleado su política respecto del acceso y uso de correo electrónico personal en el lugar de trabajo, así como las condiciones de uso y acceso al correo electrónico laboral al momento de poner a su disposición el mismo. En caso de que la dirección de correo electrónico laboral se conforme con el nombre o parte del nombre del trabajador, una vez finalizada por cualquier causa la relación laboral, el empleador deberá, en un plazo no mayor de 24 horas, eliminar esa dirección de correo electrónico*”. Como se vê, analisando brevemente o projeto argentino, nota-se que ele avança em alguns temas não riscados nos projetos de lei brasileiros e fica devendo em outros pontos. Inicialmente, ainda que tal assertiva seja discutível para todos os casos de e-mail corporativo, o projeto reconhece o empregador como um dos sujeitos do processo comunicativo (algo que os projetos de lei brasileiros e nossa jurisprudência nunca ousou reconhecer), justificando, no plano técnico a sua intromissão na comunicação. Por seu turno, em linha similar aos projetos brasileiros, não poderá o empregador vedar a comunicação telemática pelo e-mail pessoal, inclusive para fins particulares e no local de trabalho, devendo o empregador notificar o trabalhador a respeito de sua política de uso do correio eletrônico (pessoal e corporativo) no local de trabalho. Ademais, outro avanço é que para evitar que o empregador se valha de um e-mail corporativo que indica o nome do empregado para gerar falsa expectativa nos outros comunicantes externos, com a extinção do contrato, o empregador deverá, em um prazo de até 24 horas, eliminar essa direção de correio eletrônico. O grande defeito desse projeto de lei, a nosso juízo, é que não fica esclarecido se há possibilidade de controle dos e-mails pessoais e como se daria tal controle. Ademais, fica implícito que tal fiscalização se daria na forma do regulamento da empresa (ou eventualmente norma coletiva, ainda que não referida), pelo que o objetivo de emprestar segurança jurídica aos casos de intervenção nas comunicações telemáticas deixa de ser, em grande parte, atendido.

3.1. Linhas gerais sobre o projeto de lei espanhol

No âmbito europeu, apenas a Grã-Bretanha aprovou norma sobre o monitoramento de e-mail no ambiente de trabalho, denominada RIP - *Regulation of Investigatory Powers Act*, norma que foi referida inclusive no julgamento (caso HSBC) que serviu de leading case para o TST brasileiro, e que, em apertada síntese, autoriza os empregadores a promover o monitoramento de e-mails e telefonemas de seus empregados, nos seguintes termos textuais⁹³⁷:

*(3) Conduct consisting in the interception of a communication is authorised by this section if - (a) it is conduct by or on behalf of a person who provides a postal service or a telecommunications service; and (b) it takes place for purposes connected with the provision or operation of that service or with the enforcement, in relation to that service, of any enactment relating to the use of postal services or telecommunications services.- (Part I, Chapter 1, Section 3)*⁹³⁸

(...)

*(3) Nothing in any regulations under subsection (2) shall authorize the interception of any communication except in the course of its transmission using apparatus or services provided by or to the person carrying on the business for use wholly or partly in connection with that business.- (Part I, Chapter 1, Section 4)*⁹³⁹

Na Espanha ainda não há, como já visto, lei que trate do uso do correio eletrônico nas relações de trabalho. Todavia, a partir de algumas sentenças publicadas no final da década de 90 e início dos anos 2000⁹⁴⁰, foram apresentadas iniciativas parlamentares pela oposição, que terminaram por ser rechaçadas pelo Partido Popular.

⁹³⁷ Demonstrando a força desta regulamentação inglesa e sua influência além de seu território, estes trechos do RIT foram, inclusive, citados pelo relator Ministro João Oreste Dalazen no “caso HSBC”, julgado pelo TST e que configura, como visto anteriormente, o leading case da jurisprudência trabalhista a respeito do tema.

⁹³⁸ Traduzido para o português o texto pode obter a seguinte redação: 3) *Comportamento que consiste na interceptação de comunicação é autorizado pela presente secção se - (a) é comportamento feito por ou em nome de uma pessoa que preste um serviço postal ou um serviço de telecomunicações; e (b) que tenha lugar para fins relacionados com a prestação ou exploração de serviço ou com a aplicação, em relação a esse serviço, qualquer encenação relativas à utilização dos serviços postais ou serviços de telecomunicações-* (Parte I, Capítulo 1, secção 3).

⁹³⁹ A versão para língua portuguesa pode ser assim traduzida: (3) *Nada em quaisquer regulamentos ao abrigo da subsecção (2) deverá autorizar a interceptação das comunicações exceto no decurso de sua transmissão utilizando aparelhos ou serviços prestados pela ou para a pessoa que exerça a atividade de utilização total ou parcialmente em ligação com este negócio.-* (Parte I, Capítulo 1, secção 4).

⁹⁴⁰ Por todos, o mais influente, sem dúvida, foi o julgado da Audiência Nacional 17/2001.

Concretamente, o Grupo Parlamentar Mixto apresentou uma proposição de lei sobre o uso do correio eletrônico na empresa (maio de 2001). Através do projeto se pretendia a garantia do direito de cada trabalhador a uma caixa de correio pessoal na empresa, o direito dos sindicatos a comunicar-se com os trabalhadores através de uma caixa de correio sindical e o livre acesso dos representantes sindicais ao correio eletrônico e Internet na empresa.

A proposição dava uma nova redação aos arts. 81 do ET, 8.1.”c” e 8.2. “a” da LOLS (Ley Orgánica de Libertad Sindical), prevendo que se facilitasse aos “delegados de pessoal ou do Comitê de Empresa” um lugar na Intranet da empresa e os meios técnicos necessários para garantir a comunicação eletrônica entre os trabalhadores e a representação legal. Aos trabalhadores afiliados que não tivessem caixa de correio pessoal deveriam ser viabilizados os meios técnicos necessários em lugares comuns para ter acesso à informação sindical e aos sindicatos e seção sindical seria permitido dirigir-se a seus afiliados por meio do correio eletrônico, sendo-lhes facilitado um lugar na intranet da empresa, uma caixa de correio sindical de livre acesso e os meios eletrônicos necessários para garantir a livre comunicação eletrônica.

Eis os fundamentos jurídicos e a proposta de lei em questão:

III. Fundamentos jurídicos relativos al secreto de las comunicaciones
El correo electrónico es un medio de comunicación protegido por el derecho al secreto en las comunicaciones (Art. 18.3 C.E.).

Primeramente el derecho fundamental que protege el correo electrónico no es la intimidad, sino el derecho al secreto en las comunicaciones. El derecho al secreto en las comunicaciones es un derecho subjetivo que es inmediatamente exigible frente a los poderes públicos y privados. Se trata de un derecho de defensa frente a terceros, que se concreta en la imposibilidad de interceptar una comunicación si no es a través del cauce previsto en la Constitución. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, ser. Castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. Art. 197 del Código Penal.

El derecho al secreto de las comunicaciones se refiere a cualquier procedimiento de comunicación privada. La Constitución menciona las más habituales: las postales, telegráficas y telefónicas, pero no ha restringido este derecho a ninguna de las formas posibles. El propio Tribunal Constitucional ha establecido que el secreto a las comunicaciones garantiza la impenetrabilidad de las comunicaciones con eficacia erga omnes (para todos) sin distinguir el cauce tecnológico de las comunicaciones (STC 34/1996, de 11 de marzo

[RTC19961996,34]). El Tribunal Constitucional ha relativizado el concepto de comunicación al establecer que sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de comunicación la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados, el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma (STC 114/1984, de 29 de noviembre).

El secreto a las comunicaciones se garantiza independientemente de la titularidad del medio a través del cual se realiza la comunicación. (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de agosto de 1998 (TEDH 1998, 40) núm. 872/1997, caso Lambert c. Francia. La sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 17/1998, de 3 de febrero (AC 1998,933), inadmite como prueba la grabación de una conversación entre dos personas gracias a un dispositivo colocado en el teléfono para este fin a su dueña. La Audiencia establece que se trata de una prueba ilícita, al tratarse de la grabación de una conversación por un tercero, aun cuando el tercero es la dueña del teléfono a través del cual se realiza la comunicación.

El estudio de la consideración de comunicaciones por la Jurisprudencia permite concluir que es objeto de la más amplia interpretación. La garantía del derecho fundamental no depende de la titularidad del medio a través del cual se produce la comunicación, sino que es independiente de la titularidad del soporte.

La expectativa de secreto puede ser muy útil para dilucidar cuando nos encontramos ante una comunicación tutelada por el derecho fundamental del art. 18.3 de la Constitución y cuando ante una comunicación que no cumple los requisitos necesarios para garantizar esa protección.

El secreto ampara el mensaje, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado.

La celebración de un contrato de trabajo no implica la privación de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano al trabajador (STC 88/1985, de 19 de julio [rtc 1985,88]).

De la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional puede deducirse que, ante el conflicto entre los derechos fundamentales de los trabajadores y los poderes del empresario, el Tribunal Constitucional fija una regla de preferencia condicionada a favor de los primeros, que se imponen a los segundos siempre que se ejerciten de buena fe, y en tanto en cuanto, del propio objeto del contrato no se derive necesariamente la restricción del derecho fundamental. (STC 92/1992, de 11 de junio [RTC 1992,92] y STC 208/1993, de 28 de junio [RTC 1993,208]).

Los tribunales no aceptan el argumento de que la titularidad de las líneas por parte de la empresa permita interceptar la comunicación que se realiza a través de ellas. Es decir, no aceptan que el empresario sea un tercero cualificado, que al poseer los medios a través de los cuales se realizan las comunicaciones, pueda acceder legítimamente a estas sin cortapisas. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de julio de 1998, establece que la titularidad del aparato telefónico no autoriza la intromisión en las conversaciones que con él se realicen, pues lo protegido es el secreto de las comunicaciones, no solamente las del titular del aparato.

El acto consciente de intromisión es lo contrario a derecho, independientemente de la facilidad técnica para realizarlo.

Finalmente, los tribunales entienden que las leyes han de interpretarse dentro de la realidad social del tiempo en que vivimos y entienden que determinados artículos han de verse bajo un prisma más amplio que el que en su día le dieron los legisladores. As. en la Sentencia de la Audiencia Nacional 17/2001, de fecha 2-2-2001, en el caso de CCOO frente al BBVA específica sobre el uso de los trabajadores y del sindicato del correo electrónico en esa empresa, interpreta los artículos 18, 20 y 28 de la Norma Básica del Estado y el artículo 8 de la LOLS, declarando el derecho del Sindicato y de sus Secciones Sindicales en las empresas del Grupo BBVA a transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados y a los trabajadores en general a través del correo electrónico, al mismo tiempo que desestima la pretensión empresarial de prohibir su uso alegando la propiedad del medio.

PROPOSICIÓN DE LEY

Artículo Único

Uno. Se hace una nueva redacción del artículo 81 del Texto Refundido de la Ley Estatuto de los Trabajadores aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, que quedar redactado de la siguiente manera:

Artículo 81

En las empresas o centros de trabajo, siempre que sus características lo permitan, se pondrá a disposición de los delegados de personal o del Comité de Empresa un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores, así como uno o varios tablones de anuncios, asimismo cuando en las empresas están suficientemente implantadas las Nuevas Tecnología de la Información, se les facilitará un lugar en la Intranet de la empresa y los medios técnicos necesarios para garantizar la comunicación electrónica entre trabajadores y representación legal. Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo.

Dos. Se hace una nueva redacción del artículo 8.1.c) de la Ley Orgánica 11/85 de 2 de agosto, de Libertad Sindical, que quedar redactado de la siguiente manera:

Artículo 8.1 c)

Recibir la información que le remita su sindicato a través de todos los medios de comunicación existentes en cada momento. En aquellas empresas cuyo desarrollo tecnológico lo permita, para garantizar que los trabajadores que no dispongan de buzón personal de correo electrónico tengan acceso a la información sindical a través de la red, se habilitarán en los lugares comunes los medios técnicos necesarios para posibilitar su acceso.

Tres. Se da una nueva redacción al Art. 8.2. de la Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/85 de 2 de agosto, que quedar redactado de la siguiente manera:

Artículo 8.2

Con la finalidad de facilitar la difusión de aquellos avisos que puedan interesar a los afiliados al sindicato y a los trabajadores en general, el sindicato y sus secciones sindicales tendrán derecho a dirigirse a los mismos, en sus respectivos puestos de trabajo, por medio del correo electrónico (e-mail), la empresa pondrá igualmente a su

disposición un tablón de anuncios que deberá situarse en el centro de trabajo y en lugar donde se garantice un adecuado acceso al mismo de los trabajadores, en aquellas empresas cuya actividad lo permita se facilitar. un lugar en la Intranet de la empresa, un buzón sindical de libre acceso en la empresa y los medios electrónicos necesarios para garantizar la libre comunicación electrónica.

Como se vê, esta proposição legal não enfrentava a questão nodal objeto deste estudo. Não se discutia no projeto de lei rejeitado pelo Senado espanhol a possibilidade de fiscalização pelo empregador do e-mail do empregado, mas a utilização deste instrumental e dos demais meios informáticos para fins correlacionados com a liberdade sindical, respeitado o direito ao segredo das comunicações (art. 18.3 CE). Todavia, o seu teor permite fazer alguns aportes que elucidam as linhas que ilustraram o Senado espanhol na elaboração desta proposta e que serão analisados no tópico seguinte.

3.2. A jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol e a proposição legislativa. Um caso de reciprocidade de influências.

Diversamente do que ocorrem com os projetos de lei que já tramitaram e aquele que atualmente tramita no Congresso Nacional brasileiro, na Espanha a tentativa de criação de lei que regulamentasse o uso dos meios eletrônicos da empresa pelos sindicatos, com ênfase especial no e-mail, tem como fonte inspiradora, a respeito de haver no projeto de lei referência a decisões do TEDH⁹⁴¹ e de outros julgados do social⁹⁴² derredor do tema, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol.

Imperioso reconhecer que a doutrina da Corte Constitucional a respeito do direito ao segredo das comunicações foi indiretamente homenageada nas justificativas da proposta enviada ao Senado. Nela, alguns dos principais parâmetros da jurisprudência do TC a respeito do direito fundamental tutelado pelo art. 18.3 CE foram absorvidos e estendidos ao direito ao segredo da comunicação intentada através de e-mail nas relações de trabalho:

Inicialmente, reconhece o legislador expressamente que o correio eletrônico, concedido para uso do empregado nas relações laborais, estaria protegido

⁹⁴¹ Caso Lambert vs. França, sentença do TEDH de 24/08/1998.

⁹⁴² Sentença da Audiência Provincial de Baleares 17/1998 (03.02.1998), Audiência Nacional 17/2001, Audiência provincial de Barcelona de 31.07.1998.

pelo direito ao segredo das comunicações, como se vê textualmente, quando diz que “*el correo electrónico es un medio de comunicación protegido por el derecho al secreto en las comunicaciones (Art. 18.3 C.E.)*.”

Em seguida, é reforçado que a condição do empregador de titular da ferramenta de trabalho não lhe transforma em partícipe da comunicação. Dessa forma, o direito ao segredo das comunicações também se operaria em relação à empresa, sempre que esta não integrar o processo comunicativo. Assim, o empregador sequer seria um terceiro qualificado só por ser o titular do meio pelo qual a comunicação é efetuada. É o que se extrai de alguns fragmentos:

Se trata de un derecho de defensa frente a terceros, que se concreta en la imposibilidad de interceptar una comunicación si no es a través del cauce previsto en la Constitución.

La garantía del derecho fundamental no depende de la titularidad del medio a través del cual se produce la comunicación, sino que es independiente de la titularidad del soporte.

No aceptan que el empresario sea un tercero cualificado, que al poseer los medios a través de los cuales se realizan las comunicaciones, pueda acceder legítimamente a estas sin cortapisas.

Por derradeiro, a proposta legal, após enfatizar que a contratação de um empregado não implica perda da sua condição de cidadão, e por consequência dos seus direitos enquanto tal, reconhece o caráter formal do direito ao segredo das comunicações (eletrônicas), enfatizando que a proteção se volta para a comunicação em si mesma, pouco importando o conteúdo da mensagem efetuada, seja íntima ou não. É o que se vê do fragmento abaixo, que consta na justificativa da proposição legal espanhola:

“El secreto ampara el mensaje, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado.

La celebración de un contrato de trabajo no implica la privación de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano al trabajador”.

Ademais, há uma verdadeira simbiose entre a proposição legislativa e a doutrina do Tribunal Constitucional, neste caso servindo aquela de fonte de inspiração (ainda que indireta), para a STC 281/2005, que tratava exatamente de um dos julgados (Audiência Nacional 17/2001) que serviu de base para a proposição de lei. Ou seja, não se trata de uma via de mão única, como se deu no Brasil.

Nesta sentença do Tribunal Constitucional, ficou provado que o grupo BBVA havia estabelecido uma série de instruções internas desde 1995 no sentido de que o uso do correio eletrônico não era apropriado para uso extra produtivo, o que foi reiterado por regulamentação interna de janeiro de 1999. Apesar desta orientação, o sindicato CONFIA – CCOO remetia aos trabalhadores da empresa por mensagens eletrônicas de informação de ações sindicais sem que houvesse qualquer oposição pelo empregador, até que em fevereiro de 2000, determinados correios eletrônicos enviados foram rechaçados pelo servidor da empresa, assim como outros enviados no mesmo ano em momento ulterior.

Posteriormente, frente a um significativo número de mensagens sindicais que haviam circulado dentro da rede do banco, este decidiu estabelecer um filtro, que discriminava os e-mails laborais dos enviados pelo sindicato.

Diante desta situação, o sindicato demandou judicialmente o empregador alegando a vulneração dos direitos à intimidade, segredo das comunicações, liberdade de expressão e liberdade sindical.

O Tribunal Constitucional Espanhol (STC 281/2005), ainda que não tenha admitido a demanda quanto à violação do art. 18.3 CE⁹⁴³), considerou vulnerado o art. 28.1 CE⁹⁴⁴, e resolveu a demanda em favor do sindicato e, em uma atuação quase legislativa, prolatou sentença em que expressamente consignou condições para que o uso pretendido pelo sindicato fosse garantido pela empresa:

- a) *La comunicación no podrá perturbar la actividad normal de la empresa...*
- b) *Tratándose del empleo de un medio de comunicación electrónico, creado como herramienta de la producción, no podrá perjudicarse el uso específico empresarial preordenado para el mismo, ni pretenderse que deba prevalecer el interés de uso sindical, debiendo emplearse el instrumento de comunicación, por el contrario, de manera que permita armonizar su manejo por el sindicato y la*

⁹⁴³ Para não admitir o amparo quanto a esta matéria, na STC textualmente constou que “*la queja referida a la lesión del art. 18.3 CE tampoco habría satisfecho todas las exigencias del art. 44 LOTC. En efecto, como quiera que no hubo respuesta judicial sobre la eventual vulneración de ese derecho en ninguna de las instancias, el recurrente tendría que haber denunciado la existencia de incongruencia omisiva a través de los cauces previstos para ello en el ordenamiento procesal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 44.1 a) LOTC sobre el agotamiento de los recursos utilizables dentro de la vía judicial*”. Por esta razão, este julgado não foi apreciado no capítulo 4.

⁹⁴⁴ Art. 28.1. *Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.*

consecución del objetivo empresarial que dio lugar a su puesta en funcionamiento, prevaleciendo esta última función en caso de conflicto...

c) La utilización del instrumento empresarial no podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empleador, significativamente la asunción de mayores costes.

Respetados todos esos límites, reglas y condiciones de uso, el empleo de instrumentos preexistentes y eficientes para la comunicación sindical resulta amparada por el art. 28.1 CE.

FJ9.

A los efectos de ponderar si la pretensión del recurrente se desenvuelve dentro de los márgenes que delimitan el legítimo ejercicio del derecho a la libertad sindical (en concreto, de los derechos de contenido informativo) se hace necesario traer a colación el específico contexto en el que la reclamación se deduce. Cabe enunciar, en ese sentido, dos premisas: a) que no está en cuestión, porque no constituyó el objeto del proceso, la actuación de la federación sindical recurrente en la fecha en la que remitió correos masivos colapsando el sistema, sino su derecho a emplear el medio telemático existente en el grupo BBVA y, en su caso, con qué límites; b) que el derecho reclamado en el proceso de conflicto colectivo se refiere a la transmisión de informaciones de carácter sindical, revistiendo por ello un estricto interés laboral al afectar a una materia directamente relacionada con los intereses de los trabajadores.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional afirma en su Sentencia que el sindicato empleó el sistema de correo electrónico respondiendo a la voluntad de la empresa, por razones económicas de ahorro y de rapidez, de estimular su uso en sustitución de otros medios o soportes de comunicación tradicionales. Pero indica, sobre todo, que la utilización del correo electrónico como medio de comunicación sindical para transmitir información desde un servidor externo al servidor interno de la empresa no originó ninguna alteración en la actividad productiva hasta que se produjo la remisión masiva de correos que colapsaron el servidor. En esos términos estimaba parcialmente la demanda y declaraba el derecho del sindicato accionante y de sus secciones sindicales en las empresas del grupo BBVA a transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados, y a los trabajadores en general, a través del correo electrónico con la mesura y normalidad inocua con que lo venía realizando desde el 2 de febrero de 1999 hasta el momento en que se emitió una cantidad masiva de mensajes que colapsó el servidor interno de la empresa.

Con esos límites, en efecto, queda asegurado el derecho fundamental, respetándose al mismo tiempo las reglas y condiciones de uso enunciadas. Ciertamente la empresa no está obligada en virtud de su consentimiento previo (visto que hubo excesos que justificaron su reversión) ni tampoco en virtud de norma legal o pacto colectivo a suministrar los medios electrónicos precisos para la comunicación sindical. Sin embargo, estando en cuestión el derecho de uso del medio telemático y no las vicisitudes que ocasionó en un momento dado su empleo, resulta coherente con el contenido del derecho fundamental supeditar esa facultad sindical a que no se cause perjuicio al grupo bancario, a su actividad productiva y al regular

funcionamiento de la herramienta empresarial objeto de controversia, lo que queda asegurado en el fallo de la Sentencia de la Audiencia Nacional en los términos en los que se emite, a saber: el reconocimiento del derecho solicitado por el sindicato "con la mesura y normalidad inocua con que lo venía realizando desde el 2 de febrero de 1999 hasta el momento en que se emitió una cantidad masiva de mensajes [el] 13-2-2000, que colapsó el servidor interno de la empresa". Frente a ello la Sentencia recurrida en amparo realiza una aproximación limitada a las obligaciones positivas de promoción del empresario, prescindiendo de la consideración de que el hecho de que aquéllas no existan en relación con la creación de un sistema de correo electrónico para uso sindical, no supone una genérica habilitación al empresario para llevar a cabo un acto de resistencia meramente entorpecedor del derecho, incluso en su ejercicio normal e inocuo, a falta de una justificación objetiva y razonable de su decisión.

Em outras palavras, o TC entendeu que se a utilização de um elemento de comunicação já existente na empresa não causa problema algum para o desenvolvimento normal da vida laboral e da atividade empresarial, não se pode admitir a limitação de seu uso aos sindicatos (interlocutores dos trabalhadores, ao final das contas) pelo simples fato de pertencer ao empresário. Garante a Corte Constitucional, nesse diapasão, um exercício normal e não intrusivo (inócuo) por parte de um sindicato.

Se é verdade que a proposição legislativa não faz qualquer referência expressa ao direito à liberdade de empresa (art. 38 CE), não se pode dizer que o legislador ignorou por completo as faculdades que lhe são inerentes, na medida em que reconheceu que as empresas não passariam, por seu turno, a ter uma obrigação legal de facilitar a transmissão de informação sindical os trabalhadores, através de um sistema de correio eletrônico ao encargo do empregador, que, em última instância, não estaria obrigado a se dotar de infraestrutura informática para um uso sindical. Ressalvou, entretanto, que a negativa do empresário deveria sempre estar alicerçada em razões produtivas ou em legítima oposição em assumir obrigações específicas e gravosas não previstas na norma coletiva, sob pena de ser entendida como tentativa de obstaculizar o exercício do direito à liberdade sindical, atentando contra seu conteúdo essencial.

No que se vê, e como evidência dessa aproximação mútua e respeito institucional entre o Legislativo e o Tribunal Constitucional espanhóis, ainda que se valendo de outras expressões, e de forma talvez mais didática, o Tribunal Constitucional não discrepou do norte apontado 04 anos antes pela proposição de lei sobre correios eletrônicos, que terminou rejeitada no Senado. Essa reverência mútua, que também se verifica em diversos outros pontos do projeto, será detalhada a seguir.

4. Aproximações e distanciamentos entre as proposições de lei do Brasil e da Espanha

Em busca de um paralelo entre as iniciativas legislativas do Brasil e a proposição de lei até então formulada na Espanha, a despeito de tantas semelhanças nos seus ordenamentos jurídicos em torno do direito ao segredo das comunicações e na interpretação que as Cortes Constitucionais lhe emprestam, é possível concluir, entretanto, que as proposições legislativas caminham em sentidos muito díspares, muitas vezes antagônicos, sendo a visão espanhola (rejeitada pelo Senado), de um modo geral, muito mais generosa em relação às faculdades do direito ao segredo das comunicações.

Em relação a todos os projetos de lei até então apresentados, algumas questões a serem lançadas evidenciam o abismo que os separam. E elas podem ser sintetizadas a partir da resposta a duas perguntas:

i) Todas as proposições de lei observam o conteúdo essencial do direito ao segredo das comunicações?

ii) Elas respeitam em seu teor o postulado da proporcionalidade?

A resposta a estas questões, que sinaliza o distanciamento das tentativas de regulação do tema no Brasil e na Espanha, exigirá um desenvolvimento em três blocos, nos quais se analisa separadamente os dois primeiros projetos de lei brasileiros (PL 3893/2008 e PL 7352/2010), a PL 1429/2011, que discrepa, em alguns aspectos, da índole de suas antecessoras e a proposição de lei espanhola. A adoção desta metodologia se justifica na medida em que estas tentativas de regulação representaram, na prática, realidades muito distintas no enfrentamento da matéria.

Começando pelos dois primeiros projetos de lei brasileiros sobre a matéria (PLs 3893/2008 e 7352/2010), temos que, se adotado o critério absoluto na definição do conteúdo essencial, poder-se-ia afirmar, ainda que nem a doutrina e muito menos o STF tenha desafiado enunciar o seu teor, que este teria sido vulnerado, já que em relação às comunicações telemáticas corporativas, na primeira proposta de lei, e no que tange a todas aquelas em que a gestão estivesse sob responsabilidade da Administração Pública, no 2ª proposição de lei, não restaria nenhuma faculdade do direito ao segredo das comunicações. Aqui, parte-se, ao contrário da ideia geral que cataloga os direitos fundamentais como princípio, de uma restrição (total em alguns casos) *prima facie*. Não se trata, vale dizer, de um limite imanente derivado do texto

constitucional, não se cogitando falar em delimitação constitucional, mas de um recorte realizado pelo legislador de todas as faculdades do direito quando o titular se valer de um e-mail corporativo, no qual se revela uma evidente preponderância do viés econômico sobre o direito fundamental do empregado. E nem se diga que o legislador tentou reconhecer na figura do empregador (ou dos entes públicos no segundo projeto) o titular do direito ao sigilo de correspondência, já que os projetos, quanto ao tema, ficam a meio caminho, como já o tinha feito o TST em sua jurisprudência.

Não considera, ademais, a exposição de motivos de ambas as proposições o direito fundamental previsto no art. 5º, XII da Constituição Brasileira como um mandado de otimização, ao revés, automaticamente se usa, no que tange ao e-mail corporativo, a solução do tudo ou nada, típica das regras, na qual, em ambos os textos, “nada” resta de suas faculdades, daí a expressão que já se tornou comum no sentido de que o direito ao sigilo de correspondência “*não compreende as comunicações por e-mail corporativo*”.

Se, todavia, admitir-se, na linha do que o faz o STF, que o conteúdo essencial do direito fundamental é relativo, ainda assim forçoso será reconhecer a existência de lesão ao núcleo essencial do direito, uma vez que os projetos de lei não se apoiam na noção de proporcionalidade. Não se reconhece sequer a existência de um conflito entre direitos fundamentais, não havendo referência expressa seja ao direito fundamental do empregado ao sigilo de correspondência, seja ao direito fundamental do empregador à propriedade e livre iniciativa.

O sigilo de correspondência não conseguiu ser um valor caro aos dois primeiros projetos brasileiros que, apegados à noção de flexibilização das relações de trabalho e sua consequente mitigação de direitos do trabalhador e à ideia fixa de segurança jurídica e com o escopo de reduzir as centenas de milhares de processos que são julgados apenas pelo TST no intervalo de um ano⁹⁴⁵, ignoraram solenemente a doutrina do STF sobre o direito em questão, e adotaram visão economicamente unilateral, desprovida de fundamentação jurídica e que melhor se coadunou com o pensamento vigorosamente restritivo do TST a respeito do tema, limitando o direito, na dicção do PL 3893/2008, em virtude pura e simplesmente da matéria ser “complexa”.

⁹⁴⁵ Apenas para dar uma noção do absurdo número de feitos julgados pelo TST, no encerramento do primeiro semestre de 2009, 124.687 processos haviam sido julgados pelo TST, o que representou um aumento de 46% em relação ao mesmo período de 2008. Informação emitida pela Assessoria de Comunicação Social do TST, vista no sítio <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1824286/meta-2-do-cnj-processometro-atualiza-processos-a-serem-julgados-pelo-tst>.

Assim, reitera-se que os projetos de lei 3893/2008 e 7352/2010 não observam o conteúdo essencial do direito fundamental ao sigilo de correspondência.

No que se reporta à proposta de lei mais recente (PL 1429/2011), diversamente do que foi feito nas tentativas de legislação anterior, o legislador parte de uma premissa diferente, que é a necessidade de salvaguardar as faculdades inerentes ao direito fundamental do trabalhador, aspecto que figura nos seus objetivos. Esta proposição de lei, vista sob um viés positivo, além de minimizar os efeitos deletérios de um controle às espreitas realizado pelo empregador, já que este somente pode existir se expressamente pactuado, observa, ainda que de modo tímido, o fato de que sendo também os empregadores titulares de faculdades diretivas inspiradas na livre iniciativa, estaria justificada, em certos casos, a pactuação do controle, como o faz em relação aos e-mails corporativos.

Entretanto, na construção da resposta à questão que se propõe (observância do conteúdo essencial), após reiterar-se o quanto já restou consignado no tocante à ausência de parâmetro absoluto pelo STF (pelo que quanto a este aspecto a resposta não pode se alterar), algumas críticas se tornam inevitáveis e conduzem a uma resposta que não se afasta muito daquela ofertada em relação aos projetos anteriores. A primeira delas repousa no fato de o autor do projeto partir da simplificada dicotomia entre e-mail corporativo e e-mail pessoal, em referência clara aos precedentes do TST, bem como ter se omitido, por completo, em fazer referências aos parâmetros traçados pela jurisprudência constitucional a respeito do direito fundamental ao sigilo de correspondência.

Ademais, nesta proposta de lei, ainda que se ressalve da intromissão do empregador os correios eletrônicos pessoais, resguardando quanto a estes integralmente suas faculdades e se registre, ademais, que os corporativos apenas poderiam ser violados através de expressa previsão contratual (ou por meio de regulamento ou norma coletiva que adira ao seu teor), não se pode dizer que o direito em questão seja tratado como um mandado de otimização.

É o que se depreende do fato de o legislador considerar necessário apenas o pacto contratual como requisito para que o correio concedido pela empresa para fins operacionais possa ser controlado. Observe-se que não se torna necessário neste caso qualquer fundamentação para a violação ao direito, pelo que se pode concluir que se neste projeto não se diz expressamente, como nos outros, que o correio corporativo não está protegido pelo sigilo de correspondência, o legislador chegou

bastante próximo, já que a mera contratação do empregado em negócio jurídico em que a restrição figure expressamente, independentemente do propósito almejado pela empresa (o que transformaria esta cláusula em verdadeiro standard de todos os contratos de trabalho), retira da comunicação efetuada pela via do e-mail corporativo qualquer expectativa de sigilo. E tal entendimento leva à conclusão de que, ao menos quanto ao e-mail corporativo, não estaria reconhecida a existência de um direito, mas de mera concessão do empregador.

Assim, ainda que a perspectiva tenha mudado, talvez como um reflexo social dos abusos que vem sendo cometidos pelas empresas no Brasil, não se distancia a PL 1429/2011 das suas antecessoras naquilo que há de mais essencial, que é o fato de não tratar o direito ao sigilo de correspondência como direito fundamental, cuja restrição necessita ser fundamentada, já que seu status exige a sua máxima extensão diante de cada caso concreto.

Nesse passo, com a ressalva da garantia explícita ao exercício do direito no tocante ao e-mail pessoal, ainda que no ambiente laboral, o que lhe empresta um viés mais humanitário, as demais distinções são apenas cosméticas, já que no tocante ao e-mail corporativo o direito não é visto como mandado de otimização, não permitindo ao intérprete aferir em seu texto um respeito ao conteúdo essencial ao direito ao sigilo de correspondência, ainda que visto sob um prisma relativo, aferido *in concreto*, a partir de uma análise alicerçada no princípio da proporcionalidade.

Em sentido diametralmente oposto, como prova de que uma mesma rota pode levar a caminhos muito diversos, a proposição de lei espanhola (ainda que não enfrente a questão central) se distancia frontalmente dos paradigmas brasileiros em virtude da maior sintonia entre o Poder Legislativo e a doutrina do Tribunal Constitucional de Espanha.

De uma leitura, ainda que perfunctória das justificativas espanholas para a proposta de lei fica evidenciada a afinidade que estas guardam com a interpretação que o TC deu às faculdades do direito ao segredo das comunicações e até ao direito à liberdade sindical. É verdade que a proposição legislativa tem seus defeitos. Todavia, muitos deles são reflexos de algumas imprecisões do próprio Tribunal Constitucional em sua doutrina. Assim, por conta desta ambiguidade do TC em relação a sua teoria a respeito do conteúdo essencial, bastante difícil será responder sobre a existência ou não de violação ao conteúdo essencial do direito ao segredo das comunicações. E esta dificuldade decorre do fato de o TC dar a entender que adota a

teoria absoluta no tocante ao conteúdo essencial, ainda que na prática, o confunda com o princípio de proporcionalidade, tornando relativa, em realidade, a sua doutrina sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Dessa forma, se o objetivo é responder às mesmas questões antes formuladas, inviável dar uma resposta conclusiva que se alicerce na teoria absoluta, diante da falta de definição estanque de qual seria esse conteúdo essencial do direito tutelado no art. 18.3 CE, reforçado pelo fato de que a proposta de lei garantia o exercício de diversas faculdades do direito ao segredo das comunicações. Todavia, um posicionamento diverso deve ser adotado quando se toma a teoria relativa como parâmetro⁹⁴⁶.

Sem embargo, não resta dúvida que, na visão espanhola, o direito fundamental é visto como princípio, verdadeiro mandado de otimização, de forma que, por sua propensão a gerar a maior quantidade de faculdades admitidas através do direito, toda e qualquer restrição a este necessita vir fundamentada.

Nessa toada, compatível com o seu *status*, o direito, ressalvada a delimitação que lhe trace a própria Constituição (os chamados limites imanentes), nasce pleno e com todas as suas possibilidades de exercício, que apenas poderão ser restritos diante do confronto com outro direito constitucionalmente garantido (fator externo) em um caso concreto.

O projeto, nesse sentido, aponta para parâmetros típicos de um juízo de proporcionalidade (ainda que não o faça de forma exaustiva ou se valendo dos testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁹⁴⁷), em especial quando reconhece o conflito de direitos fundamentais com os poderes da empresa e adota solução garantidora dos direitos ao segredo das comunicações e à liberdade sindical, sem gerar ônus excessivo ao empregador (*a faculdade só se materializaria quando viável diante das características da empresa*).

Assim, se pode ser reconhecido como mácula da proposição legislativa a falta de referência à liberdade de empresa (art. 38 CE) ou de um caráter mais didático a respeito do exame de proporcionalidade, reconhece-se que o relator analisa as nuances da situação fática que se busca regulamentar e viabiliza que os

⁹⁴⁶ A esse respeito já nos posicionamos no sentido de ser esta teoria a única compatível como o status de direito fundamental, mandado de otimização.

⁹⁴⁷ Em relação ao exame de necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito já vimos que opera certa mitigação quando da aplicação ao exercício da função legislativa, sob pena do Judiciário terminar por ocupar a posição do Poder Legislativo, ao exercitar controles de mera oportunidade e conveniência, ressalvados os casos de evidente arbitrariedade e afronta à Constituição.

direitos em conflito atinjam a maior extensão possível diante da política legiferante que se propõe.

Pelo que se pode concluir, com base em todos esses argumentos que, à luz da teoria relativa, a proposição de lei espanhola, rejeitada pelo Senado, respeitou o conteúdo essencial do direito ao segredo das comunicações.

5. Uma proposta de legislação sobre o uso do correio eletrônico no ambiente de trabalho

A análise sobre as proposições legais que já enfrentaram a matéria evidencia que o direito ao segredo na comunicação efetuada por e-mail nas relações de trabalho continua a não ser garantido e não o será pela via dos projetos de lei atualmente em vigor. E este quadro de insuficiência legislativa se agrava já que o Poder Judiciário foi incapaz de garantir o direito independentemente à mingua de norma que aclarasse o real alcance do direito.

Nesse sentido, sendo papel do Estado garantir a efetividade do direito fundamental ao segredo das comunicações telemáticas, viabilizando mecanismos que lhe proporcionem a efetividade, crucial que, através do Poder Legislativo, cumpra o papel de regular o direito fundamental, esclarecendo o âmbito de cobertura nas relações de trabalho e harmonizando os bens jurídicos que colisionam, de forma a lhe garantir um âmbito de proteção.

Nessa senda, tendo em conta a preponderância dos diversos aspectos que unem os mencionados ordenamentos jurídicos em relação às diferenças pontuais que os apartam, a título de arremate deste capítulo, a seguir será apresentada uma proposta de legislação, que consideramos passível de adoção em ambos os ordenamentos jurídicos e que, a nosso juízo, preserva o conteúdo essencial do direito ao segredo das comunicações, respeita o princípio de proporcionalidade e dispensa à matéria um tratamento que leva em conta o *status* dos interesses em conflito.

Para a elaboração desta minuta de proposição legislativa tomou-se como pilar as principais conclusões parciais ofertadas neste estudo, ao longo dos capítulos antecedentes, bem como as críticas apresentadas à jurisprudência social e constitucional e às proposições legislativas que já tramitaram e que estão em tramitação em ambos os países. Nesse sentido, seu texto busca apresentar soluções para as principais questões práticas que envolvem os limites dos controles sobre o correio eletrônico usado pelo empregado no ambiente de trabalho.

*“PROPOSIÇÃO DE LEI SOBRE O USO DO CORREIO ELETRÔNICO NO
AMBIENTE DE TRABALHO*

Art. 1º. É garantido o segredo das comunicações nos processos comunicativos efetuados por e-mail em que o empregado seja titular, ainda que realizadas no ambiente de trabalho.

Parágrafo primeiro. Consideram-se processos comunicativos titularizados pelo empregado:

I – Aqueles em que no endereço eletrônico que recebe ou envia a mensagem figure nome que o identifique e o individualize em relação às demais pessoas;

II – Aqueles em que o endereço eletrônico seja de cargo do qual seja o único titular na empresa.

Parágrafo segundo. No caso de o endereço eletrônico corporativo ser em nome que identifique o empregado, uma vez finalizada a relação de trabalho, o empregador deverá, em prazo máximo de 24 horas, eliminar este endereço eletrônico.

Parágrafo terceiro. Em relação ao endereço eletrônico que esteja em nome de cargo exercido exclusivamente por um determinado empregado na empresa, cessará o segredo da comunicação em relação a este com a extinção do contrato de trabalho.

Parágrafo quarto. O fato de o trabalhador ser titular de uma conta privada de correio eletrônico não anula a proteção em relação ao e-mail corporativo que se enquadre nas hipóteses dos incisos acima.

Art. 2º. A empresa será titular do processo comunicativo:

I – quando o serviço contratado for prestado diretamente através da via telemática;

II – quando o endereço eletrônico esteja em nome exclusivo da própria empresa ou de um setor desta, sem qualquer identificação em nome de cargo ou empregado da empresa.

Art. 3º. Os processos comunicativos dos quais os empregados sejam titulares poderão sofrer restrições mediante prévia ordem judicial, que observará os requisitos definidos em lei específica.

Art. 4º. Poderá o empregador controlar as mensagens enviadas e recebidas através dos e-mails titularizados pelos empregados nas relações de trabalho, Independentemente de ordem judicial precedente, quando esteja a ação restritiva vinculada a uma finalidade prévia, legítima, que guarde relação direta com a atividade objeto da relação laboral, devendo, em qualquer caso, ser imprescindível para a consecução da finalidade empresarial.

Parágrafo primeiro. Sempre que suficientes para o alcance dos objetivos buscados pela empresa, o controle deverá ser o menos invasivo possível, de preferência meramente formal, a respeito dos dados de tráfego, número de mensagens, existência de anexos, formatos e tempo das comunicações.

Parágrafo segundo. Ainda quando o objeto da restrição esteja vinculado à finalidade desta, não poderão ser utilizados os dados obtidos com a medida de controle para nenhum fim distinto daquele que justificou a medida restritiva.

Parágrafo terceiro. É vedada a adoção de controles gerais das mensagens, que façam vigilância automática e contínua, salvo se imprescindível para a segurança do sistema.

Parágrafo quarto. A medida restritiva adotada pela empresa será sempre passível de controle ulterior pelo Poder Judiciário.

Art. 5º. Mesmo quando seja legítimo o controle efetuado pela empresa, na forma do artigo 4º desta norma, esta ficará obrigada a informar claramente aos seus empregados e àqueles que com eles se comuniquem a adoção de política de controle restritivo do uso dos e-mails.

Parágrafo primeiro. Para os fins de cumprimento deste artigo a empresa deverá adotar ao menos uma dentre as seguintes medidas:

I – criar janelas que informem em tempo real e durante o processo comunicativo quando o uso da comunicação telemática estiver sendo ilícita;

II – divulgação de políticas de proibição de certas formas de uso das comunicações por e-mail, indicando as situações que poderão ensejar controle sobre o uso do instrumental;

III – envio de mensagens ou criação de janelas aos comunicantes externos ao quadro da empresa, dando-lhes ciência, em tempo real, durante o processo comunicativo, nos casos em que este estiver sendo controlado, havendo restrição ao sigilo da comunicação;

Parágrafo segundo. Os controles secretos apenas serão admitidos quando haja atividade delitiva cometida pelo trabalhador, mediante prévia ordem judicial.

Art. 6º. É lícita a regulação contratual ou por via de negociação coletiva, disciplinando regras para o uso dos meios telemáticos de comunicação que o empregador coloque à disposição do empregado para fins de trabalho.

Parágrafo primeiro. A inobservância das regras facultará ao empregador a imposição das penalidades previstas no contrato ou na norma coletiva, observada a proporcionalidade entre a sanção aplicada e a conduta adotada pelo empregado.

Parágrafo segundo. Fora das situações previstas nesta norma, não poderá a empresa restringir o direito ao segredo das comunicações do trabalhador.”

CONCLUSÕES

1- A importância crescente do e-mail como ferramenta de trabalho obriga a afrontar os problemas jurídicos derivados de seu uso. Entre estes, destaca-se a fixação de limites tanto para seu desfrute quanto para a ação fiscalizadora realizada pelo empregador. Em um contexto em que o trabalhador fica à disposição da empresa cada vez mais tempo, executando tarefas laborais nos horários e em condições que anteriormente se dedicava a sua vida pessoal, torna-se um imperativo a utilização do correio eletrônico para o desempenho de seus afazeres pessoais cotidianos. Sua utilização massiva, todavia, proporciona uma série de efeitos deletérios derivados do uso abusivo do instrumental, tendo como decorrência riscos na segurança dos sistemas empresariais, perda de produtividade, entre outras consequências negativas à empresa. Tudo isso tem motivado a adoção de diversos mecanismos para fiscalização do uso do correio eletrônico posto à disposição dos obreiros, exercida em diferentes graus e com distintos alcance e objetivos, capazes de atentar contra a esfera da personalidade do trabalhador.

2 - A superposição de uns em detrimento de outros, que abre espaço para situações de abuso em relação aos direitos fundamentais, não configura um elemento identificador apenas das relações entre indivíduos e o Estado, também se verificando em certas relações privadas, entre as quais a de trabalho. Nesse contexto, a autonomia individual do trabalhador passa a também carecer de proteção contra os detentores de poder social e econômico, estando a relação de trabalho, enquanto relação jurídica, também submetida aos direitos fundamentais.

Aos direitos fundamentais, então, é reconhecido uma dupla dimensão: subjetiva, que gera direitos subjetivos aos seus titulares; e objetiva, na medida em que também configuram uma diretriz para a atuação Estatal, justificando uma proteção global em todas as esferas das relações humanas. O Estado, assim, passa a ter também a função de garantidor da realização e tutela dos direitos fundamentais, conduzindo a uma necessidade de aplicá-los a toda a ordem jurídica, o que deverá orientar, inclusive, a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário. Esta obrigação se conecta com a chamada eficácia pluridirecional dos direitos fundamentais, afirmada na doutrina da *Drittwirkung der Grundrechte*. No Brasil e na Espanha, a *Drittwirkung* direta é admitida pela jurisprudência constitucional de ambos os países, todavia a forma e a intensidade da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não se dá da

mesma maneira que se dá em relação ao Estado, já que os atores privados, entre eles as empresas, também são titulares de direitos fundamentais, fazendo-se necessária uma ponderação de interesses.

3 - Outro ponto de aproximação entre a jurisprudência constitucional do Brasil e da Espanha é quanto ao tratamento formal que emprestam ao poder diretivo do empregador quando em confronto com o direito fundamental dos trabalhadores. Nesse sentido, ligado na Espanha ao direito à liberdade de empresa, e no Brasil, ao direito à livre iniciativa, embora reconhecidamente se trate de direitos fundamentais para ambos os sistemas jurídicos, não são assim tratados pela jurisprudência constitucional de seus países.

Todavia, em virtude dos impedimentos que o sistema processual brasileiro propicia para o controle de constitucionalidade das querelas trabalhistas, a jurisprudência constitucional espanhola – anterior à STC 241/2012-, é mais analítica e sistematizada que a do STF brasileiro. Reconhece-se naquela uma posição proeminente dos direitos fundamentais em relação ao poder empresarial, da qual decorre uma jurisprudência assentada na modulação dos direitos fundamentais inespecíficos dos trabalhadores apenas naquilo que seja estritamente necessário. Por sua vez, nas raras vezes em que o STF enfrentou o tema, e embora presente, de entrada, um reconhecimento de que os direitos fundamentais são limites ao quanto pactuado em contrato, o Supremo Tribunal Federal tendeu a reconhecer ao poder empresarial um caráter central quando em conflito com as liberdades fundamentais dos trabalhadores. Este caráter central se traduz na prevalência das restrições impostas pela empresa quando são, tácita ou expressamente, objeto de negócio jurídico, salvo quando atentem contra os direitos à igualdade ou à dignidade humana dos empregados, sendo este último interpretado de maneira bastante restritiva.

4- O uso do correio eletrônico no ambiente de trabalho esta tutelado pelo direito ao segredo das comunicações na Espanha (art. 18.3 CE) e pelo direito ao sigilo de comunicações no Brasil (art. 5º, XII CRFB). Inicialmente, e em caráter prejudicial, cumpre dizer que, em relação a estes direitos, a despeito de algumas raras dissensões na doutrina constitucional, prevalecem as múltiplas zonas de aproximação entre a jurisprudência constitucional do Brasil e da Espanha. Assim, considerado como uma manifestação mais concreta do direito à intimidade, a autonomia do direito se justifica em ambos países na existência de garantias técnicas de que terceiros não

acederão ao processo comunicativo, tratando-se de direito com caráter formal, cuja extensão objetiva da tutela é independente do conteúdo material incluído na mensagem.

Quanto ao âmbito de cobertura, observa-se que estão tuteladas pelas constituições de ambos os países as comunicações efetuadas por canal fechado à distância (telecomunicações), inclusive aquelas que ainda venham a ser criadas. E a base do sigilo está na existência de garantia técnica contra a intromissão de terceiros. Esta se caracteriza, não pela impossibilidade absoluta de acesso por terceiros, mas pela existência de uma garantia objetiva de que o segredo somente será quebrado por uma ação consciente de terceiro, voltado para o acesso ao processo comunicativo.

Ademais, a garantia ao segredo das comunicações, no que difere da intimidade, pode ser titularizada tanto por pessoa física quanto por pessoa jurídica. Entretanto, só serão seus titulares os agentes emissores e receptores do processo comunicativo, sendo irrelevante, para este fim, o fato de ser proprietário ou legítimo possuidor do objeto por meio do qual a comunicação é efetuada.

Dessa doutrina, se depreende a proteção da comunicação por correio eletrônico pelo direito ao segredo das comunicações.

5- Ademais, admite-se que, embora o empregador, mesmo que seja pessoa jurídica, possa ser titular de seus processos comunicativos, a titularidade do bem através do qual é feita comunicação por outras pessoas (mesmo que seus empregados) e o caráter pessoal ou profissional (corporativo) desta não tem qualquer relevância para a cobertura da comunicação pelo direito.

6- Há, entretanto, entre a doutrina constitucional brasileira e espanhola duas discrepâncias que não comprometem a conclusão antes exposta. A primeira reside no fato de que, a despeito da garantia do sigilo se dar por força da existência da garantia técnica, o Tribunal Constitucional Espanhol entende que o segredo a que se refere o art. 18.3 CE pode se estender a certas circunstâncias, além da comunicação em sentido estrito, sendo possível que a apropriação da correspondência alheia já recebida, aberta, lida e arquivada por seu destinatário atente também contra a impenetrabilidade de um processo comunicativo (o TC espanhol nas recentes STC 241/2012 e na STC 170/2013 já não parece tão convicto desta extensão). Neste ponto, parece bem mais coerente, por respeitar a nota que empresta autonomia ao direito ao sigilo de correspondência, que é a garantia técnica do sigilo, a leitura mais restritiva do STF brasileiro ao reconhecer que neste caso a comunicação não estaria protegida pelo direito ao segredo das comunicações.

7- Já o segundo ponto de cizânia reside no reconhecimento pelo STF de que haveria interferência no exercício do direito quando um dos interlocutores permite a escuta/controla por um terceiro, mesmo que ressalve que dita interferência poderia estar justificada quando aquele que facilitasse o acesso corresse risco de ter um direito seu violado. Neste sentido, precisa a definição do TC espanhol de que segredo não cobre o conteúdo das comunicações à distância frente à outra parte integrante do processo, nem tampouco frente a um terceiro a quem uma parte dê acesso ao teor da comunicação sem que este tenha tido necessidade de interceptá-la. Por outro lado, uma interceptação do processo comunicativo por aqueles que lhe sejam alheios, mesmo que um dos integrantes da comunicação autorize a intervenção, constitui uma restrição do âmbito de cobertura do segredo das comunicações que deverá, em todo caso, ser justificada, não estando à disposição dos comunicantes tal faculdade.

8- Quanto ao âmbito de proteção, observa-se no plano abstrato que Espanha (em geral) e Brasil (no caso específico do sigilo de correspondência) reservam à lei a regulação, e não a limitação, do exercício de todos os direitos fundamentais, esta admitida apenas de forma implícita, na medida em que toda regulação de um direito traça os limites de seu exercício, sendo possível apenas ao legislador impor aos direitos fundamentais os chamados limites imanentes.

9- No que se refere à restrição concreta, e a exigência de prévia ordem judicial, cumpre dizer que em ambos os ordenamentos a ordem judicial não integra o conteúdo do direito, mas, antes, apenas excepciona o seu exercício em determinadas circunstâncias, pelo que cabem restrições do direito sem ordem judicial. Especificamente no contexto do correio eletrônico no ambiente laboral, seriam, em concreto, apenas as situações em que as limitações estejam implícitas na relação laboral, ou bem sejam imprescindíveis para a satisfação de interesses empresariais legítimos, que continuam passíveis de análise pelo órgão jurisdicional que, neste caso, exerceria seu controle *a posteriori*. Em todos os demais casos, não havendo fundamento para a matização do direito dos trabalhadores, permanece a exigência de resolução judicial prévia.

10- Todavia, essa sólida doutrina constitucional em torno do direito ao segredo das comunicações não tem encontrado eco na jurisprudência social em torno da questão, não sendo reconhecido ao trabalhador um direito ao uso do correio eletrônico facilitado pela empresa para fins profissionais.

Diante desse quadro, questionam-se quais os reais motivos que têm levado à interpretação distinta emprestada ao tema pelos órgãos de justiça social do Brasil e da Espanha? Por que a jurisprudência social desses países, ainda que tão distinta em alguns pontos, apresenta como denominador comum o fato de não levar em conta a jurisprudência constitucional em torno ao direito ao segredo das comunicações?

No Brasil, esta questão se responde pela absoluta ausência de referência às construções do STF, em virtude dos impedimentos gerados pela própria jurisprudência constitucional para examinar a matéria trabalhista. Dessa forma, a jurisprudência trabalhista no Brasil ficou imune à doutrina constitucional do STF, não servindo como ponto de chegada ou de partida sequer na fundamentação de seus acórdãos, o que equivale, na prática, a uma desconstitucionalização do direito fundamental do trabalhador.

Nesse contexto, acrescenta-se que o caráter irreversível de suas decisões fez com que o TST não levasse em conta a distinção entre intimidade e sigilo de correspondência, ignorasse as novas nuances surgidas, os diversos tipos de e-mails corporativos, os excessos no papel fiscalizatório do empregador. Antes, ao revés, o TST permaneceu estagnado no estágio inicial do problema, em visão dualista que distingue, desde sua primeira decisão, apenas o tratamento entre o e-mail corporativo e o pessoal, repetindo uma fórmula incapaz de resolver as novas demandas, mais complexas. É o caso da admissão de uso social do e-mail corporativo, do estabelecimento de limites ao uso do e-mail pessoal, da apreciação sobre a necessidade e eficácia das normas internas estabelecidas pelas empresas para uso do correio eletrônico, assim como a análise das cláusulas do regulamento de uso dos meios telemáticos na empresa, os casos em que o trabalho é prestado através do e-mail, não sendo ele um meio, mas um fim em si mesmo, a titularidade compartilhada de alguns e-mails, entre outras questões. Diante desses supostos, o TST se limita em quase todos os processos que julga a fazer referência ao caso HSBC, cuja origem já remonta há quase duas décadas.

Desde então, para o TST está protegido constitucionalmente apenas o e-mail pessoal, já que não haveria razoável “expectativa de privacidade” do empregado em relação ao e-mail corporativo, sendo legítimo, quanto a este, o controle formal e material do e-mail corporativo, desde que este se dê de forma “moderada, generalizada e impessoal”, sedimentando um verdadeiro amálgama entre intimidade/privacidade e sigilo de correspondência, negando a este o status de direito autônomo.

Já na Espanha, onde não existem os entraves processuais brasileiros, o descompasso de sua jurisprudência social com a jurisprudência constitucional se ampara em fundamentos diversos. É fato que a ausência de uma posição firme do Tribunal Supremo em torno do tema, sempre foi vista como fator desencadeador da heterogeneidade histórica da jurisprudência social em torno da matéria. Contudo, os posicionamentos uniformizadores, que se iniciaram com o caso Coruñesa de Etiquetas e se sedimentaram em recentes decisões prolatadas em 2011, todas sobre o uso das ferramentas informáticas concedidas pelo empregador no ambiente de trabalho, iniciaram um processo de homogeneização da jurisprudência social espanhola. Esta se pauta na valorização da titularidade das ferramentas informáticas como justificativa para a adoção de medidas de fiscalização e no reconhecimento de que o uso privado dos meios informáticos configura mera consequência da tolerância do empregador que, sob essa visão, teria unilateralmente a condição de adotar proibições totais ao seu uso privado.

Estes processos, ainda que não enfrentassem diretamente a questão central, fincaram raízes que nos estertores do ano de 2012, foram traduzidos na STC 241/2012. Nesta sentença, diferentemente dos precedentes do Tribunal Supremo, o Tribunal Constitucional é forçado a apreciar a matéria à luz do direito ao segredo das comunicações. Nele, contudo, discrepa da doutrina até então consolidada e, sem sequer dispensar um tratamento menos restritivo ao e-mail de uso pessoal do empregado, como faz o TST no Brasil, reconhece que o uso privado dos meios informáticos não é um direito, mas consequência de mera tolerância do empregador. A questão é por quê?

Neste caso, a resposta está essencialmente no não reconhecimento da autonomia do direito ao segredo das comunicações. A doutrina que provem dessas decisões, e em especial da STC 241/2012 (posteriormente ratificada na STC 170/2013), aniquila as fronteiras entre o direito ao segredo das comunicações e o direito à intimidade, apresentando ambos em um único invólucro (no que se assemelha ao TST no erro), não deixando claro qual está em jogo. Assim, termina por fundir aspectos da doutrina inerente ao direito à intimidade no direito ao segredo das comunicações, e este proceder facilita, sobremaneira, na STC 241/2012, a que se trate a comunicação por canal aberto como se fosse uma espécie de renúncia ao exercício do direito à intimidade, como decorrência de ter sido o processo comunicativo produzido em um computador de uso comum.

E aqui vale dizer que esta reviravolta na jurisprudência espanhola, ainda que esteja longe de enfrentar todas as vertentes que envolvem a questão que é objeto de estudo desta tese, a aproxima e a torna ainda mais severa com a cidadania dos empregados no ambiente de trabalho que aquela acolhida no Brasil sobre a possibilidade de controle do uso dos meios telemáticos no ambiente de trabalho, cuja interpretação está restrita ao e-mail corporativo.

11 - Uma via deixada aberta pela jurisprudência em torno do tema construída por ambos os países é a da autonomia privada (individual ou coletiva). Nesse sentido, há uma união no entendimento jurisprudencial adotado no Brasil e na Espanha. Nesse diapasão, há que se questionar se os contratantes ou a norma coletiva podem fixar limites ao uso do correio eletrônico através de contratos e da negociação coletiva. Ademais, qual seria a eficácia dessa norma?

Prefacialmente, admite-se que a liberdade do titular do direito fundamental envolve o poder de exercer o seu direito conforme as suas preferências, o que legitima o consentimento do particular ao negócio jurídico que implique restrição ao exercício de certas faculdades dos direitos fundamentais. Sob essa ótica, o consentimento à restrição ao exercício de uma liberdade é também um modo de o titular do direito fundamental exercê-la, principalmente no que diz respeito à decisão sobre “se”, “quando” e “como” se dará o exercício fático do direito. Desse modo, este agir não se confunde com a renúncia, que ocorre quando o titular do direito se vincula juridicamente a não invocar o direito fundamental perante outros.

Todavia, mesmo em se tratando apenas de consentimento para a restrição ao exercício de um direito fundamental, é necessário que sejam observados alguns pressupostos para sua validade. Assim, a declaração de vontade dirigida a produzir o enfraquecimento de uma posição jurídica deverá ser dada pelo próprio titular do direito fundamental ou por seu sindicato (quando coletiva), devendo ser perquirida, no caso concreto, a autonomia real das partes.

Ademais, para admitir a legalidade de qualquer cláusula deste jaez há de se reconhecer a livre revogabilidade da limitação voluntariamente assumida em relação aos direitos fundamentais, sob pena de configurar a renúncia à própria titularidade do direito e não apenas a possibilidade de se externar o consentimento para restrição ao seu exercício durante a relação de trabalho. Por fim, sempre será inadmitido na relação de trabalho o consentimento às limitações impostas aos direitos fundamentais que não tenham relação direta com a atividade objeto da relação laboral. Assim, há que

se verificar o próprio objeto do contrato e a medida em que este, de acordo com as exigências de boa fé, exige ou pode exigir, implícita ou explicitamente, a limitação de determinado direito fundamental para a satisfação do interesse que levou as partes a contratar.

Quanto à efetividade da cláusula que autorize a intervenção do empregador na comunicação efetuada por seus empregados, resta aduzir que, sendo um direito cuja titularidade é de pelo menos duas pessoas, a declaração de vontade dirigida a produzir o enfraquecimento de uma posição jurídica necessita ser dada pelos próprios titulares do direito fundamental (ou, na pior das hipóteses, por quem os represente). Assim, exceção feita às comunicações efetuadas entre empregados de uma mesma empresa, para quem a cláusula produziria efeitos quando a restrição venha exigida ou seja exigível para a satisfação do interesse que levou as partes a contratar, garantindo ademais segurança jurídica e transparência ao ato restritivo, seria irrelevante a cláusula que fixasse o consentimento do obreiro para este fim, diante do número indeterminado de sujeitos com os quais este pode manter seus processos comunicativos. Isso inviabiliza a eficácia da mencionada estipulação contratual individual ou coletiva que, não lesando o direito fundamental do seu empregado contraente (observados os requisitos e circunstâncias já mencionados), configuraria ilícito, uma vez materializada em ações de controle, em relação ao outro ou aos outros participantes do processo comunicativo (externos à empresa).

Esse entendimento, entretanto, não foi seguido pelo Tribunal Constitucional que, na STC 170/2013, entendeu que a previsão de cláusula normativa que tipificava como falta leve a utilização das ferramentas informáticas de propriedade da empresa teria o condão de retirar “a expectativa razoável de segredo”, trazendo implicitamente o reconhecimento da faculdade do empregador controlar sua utilização para verificar o cumprimento de suas obrigações laborais, bem como o uso adequado da ferramenta de trabalho, de modo que o canal de comunicação estaria aberto ao poder fiscalizatório do empregador.

12 – Reconhecida a insuficiência dos mecanismos de solução baseada na autonomia individual e coletiva, e os evidentes problemas da jurisprudência em torno do tema, que ademais é descompassada com a doutrina constitucional em torno do direito ao segredo das comunicações/sigilo de correspondência, necessário que o Estado intervenha neste campo, regulando a matéria.

Todavia, todas as proposições legislativas brasileiras sobre o tema que estão em vigor, bem como aquelas que já foram rechaçadas, não reconheceram o uso do correio eletrônico pelo empregado nas relações de trabalho como exercício de um direito fundamental e não se apoiaram na noção de proporcionalidade, recortando o direito de forma arbitrária, esvaziando injustificadamente o seu conteúdo.

Na Espanha, por seu turno, a uma única proposição legislativa que tratou do tema, ainda que indiretamente, utilizou-se de parâmetros típicos de um juízo de proporcionalidade e reconheceu o conflito de direitos fundamentais com os poderes da empresa, adotando solução garantidora dos direitos ao segredo das comunicações e à liberdade sindical, sem gerar ônus excessivo ao empregador. Todavia, esta não afrontava o gozo do direito pelos empregados da empresa em todas as suas nuances, já que pretendia a garantia do direito dos sindicatos a comunicar-se com os trabalhadores através de uma caixa de correio sindical e o livre acesso dos representantes sindicais ao correio eletrônico e Internet na empresa. Ademais, esta proposta terminou sendo malogrado por ampla maioria.

13 – Destarte, a modo de conclusão, cumpre reconhecer que, do cotejo de ambos os sistemas jurídicos, não se tem dúvida que tanto no Brasil quanto na Espanha o direito à comunicação por e-mail nas relações de trabalho, coberto constitucionalmente pelo direito ao segredo das comunicações (art. 18.3 CE) e pelo sigilo de correspondência (art. 5º, XII CRFB), não vem sendo garantido.

Diante desse quadro de ausência de lei específica e incapacidade do Poder Judiciário para viabilizar o direito, e recordando que o reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas não importa necessariamente o amesquinamento do papel do legislador, torna-se um imperativo que o Estado crie mecanismos para a proteção ativa deste direito fundamental contra agressões e ameaças provenientes de terceiros, especialmente o empregador. E para este mister, caberá ao Poder Legislativo, ator social a quem cabe a regulação dos direitos fundamentais, com base nos parâmetros já reconhecidos e apresentados nesta tese, exercer o papel de protagonista na sua concretização, devendo, para tanto, aclarar o seu âmbito de cobertura e empreender uma ponderação dos interesses em conflito, compatibilizando-o com os legítimos interesses do empresário no exercício da liberdade de empresa/livre iniciativa, de forma a viabilizar o âmbito de proteção que constitucionalmente corresponde ao exercício do direito ao segredo nas comunicações efetuadas por e-mail nas relações de trabalho.

BIBLIOGRAFIA:

I - LIVROS E ARTIGOS CONSULTADOS

ACHCAR, Inês & PIERONI RODRIGUES, José Luiz. “Reconversão profissional: conceitos e propostas”. *Em Aberto*, Brasília, ano 15, n. 65, jan/mar 1995, in <http://emaberto.inep.gov.br/index.php/emaberto/article/viewFile/983/887>. Acesso em 30 de abril de 2012.

AGRA VIFORCOS, Beatriz. “El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo”. *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n. 275, 2006, pp. 3-54.

AGUIAR DE LUQUE, Luis. “Derecho a la intimidad, su proyección en la esfera económica.” in SAUCA, J.M. (Coord.). *In Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Boletín Oficial del Estado, Instituto de Derecho Bartolomé de las Casas. 1ª Edición, Madrid, 1994, pp. 339-351.

AGUSTINA SANLLEHÍ, José R. *Delito de descubrimiento y revelación de secreto*. Editora La Ley, Madrid, 2009.

ALEXY, Robert. “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, jul/set, 1999, pp. 67-79.

_____. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. XLVI, núm. 1, 1993, pp. 57-122.

ALGAR JIMÉNEZ, Carmen. “Control empresarial del correo electrónico”. In: *Economist & Jurist*. Noviembre, pp. 60-66.

ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José María. *La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio. “El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional más reciente”. Foro. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva Época; n. 14, 2011, pp. 259-262.

AMORIM, Leticia Balsamão. “A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboços e críticas”. *Revista de Informação Legislativa*, ano 42, n. 165, janeiro/março, Brasília, 2005, pp. 123-134.

ARAGON REYES, Manuel, “El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa”. In *25 años de economía de mercado III Libertad de empresa y relaciones laborales en España*. *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, año 4, n. 4, 2004, pp. 1-34.

_____. *Libertades económicas y estado social*. Madrid: McGraw-Hill, 1995.

ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel & RUBIO SANCHEZ, Francisco. *El derecho de los trabajadores a la intimidad*. Pamplona: Thomson Aranzadi, 2006.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios Constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo*. Marcial Pons, Madrid, 1995.

ASIS ROIG, Rafael de. “Sobre los límites de los derechos”. In: *Derechos y libertades*. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Año III, n. 3, Universidad Carlos III de Madrid, BOE, mayo/diciembre, 1994, pp. 111-130.

ATHENIENSE, Alexandre. “O monitoramento eletrônico e as relações trabalhistas”. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 46, out 2007. <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2382>. Acesso em 01.07.2013.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Sobre principios y reglas*, in Seminario de filosofía del derecho de la Universidad de Alicante, Centro de Estudios Constitucionales, Alicante, 1991.

AZNAR LÓPEZ, Manuel. “Libertad de empresa y otros fundamentos constitucionales de la acción voluntaria”, in *Cuadernos de Derecho Público*, n. 09. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000, pp. 109-129.

BÁGUENA DAYAS, Lorena. “El correo electrónico en la empresa: tres hipótesis de utilización por el trabajador”. *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, n. 04, noviembre de 2003. In http://www.iustel.com/revistas/detalle_revista.asp?id_revistas=12&id_noticia=1803&id_categoria=63&popup. Acesso em 12.02.2012.

BALLARÍN IRIBARREN, Javier. “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La ‘*drittwirkung*’ en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1988, n. 24, pp. 283-318.

BAÑULS GÓMEZ, Francisco Alexis. “Las intervenciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia más reciente”. Fecha: Febrero 2007, *Noticias Jurídicas*, visitado no sítio da internet <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200702-981932563274752514.html>. Acesso em 01.03.2012.

BARBA RAMOS, Francisco & RODRÍGUEZ-PIÑERO-ROYO, Miguel. “Alternativas de Regulación de los derechos online en el ordenamiento laboral español”. Em <http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC01/A01.pdf>. Acesso em 13.09.2011.

BARNÉS VAZQUEZ, Javier. *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado*, Madrid: Tecnos, 1995.

_____. “Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades”, in *Cuadernos de derecho público* n. 05. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998, pp. 333-374.

BARROS GARCÍA, Mario. *Problemas derivados de la utilización del correo electrónico e internet en el ámbito laboral*, in <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1235/documento/trib04.pdf?id=2029>. Acesso em 22/02/2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação constitucional: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1999.

_____. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.” Em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em 23.02.2008.

BATISTA FREIJEDO, Francisco J.; VILLAVARDE MENENDEZ, Ignácio; REQUEJO RODRIGUEZ, Paloma; PRESNO LINERA, Miguel Ángel; ALÁEZ CORRAL, Benito; FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Editorial Tecnos, Madrid, 2004.

BEDÊ FREIRE JUNIOR, AMÉRICO. “Restrição a direitos fundamentais: a questão da interceptação de e-mail e a reserva de jurisdição”. *Revista Panóptica*, ano 1, n. 8, maio-junho de 2007, pp. 213-226.

BELLINI DE CASTRO, Leonardo. “As implicações jurídico-constitucionais da tutela da intimidade e suas relações com a atividade investigatória do Estado”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3028, 16 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20239>>. Acesso em 15.01.2012.

BELLAVISTA, Alessandro. *Il controllo sui lavoratori*, G. Giapichelli editore, Torino, 1995.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2005.

BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. "O constitucionalismo espanhol e seu influxo no Brasil (de Cádiz a Moncloa)". Em FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (coord.). *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 197-219.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*, trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. tec. Cláudio de Cicco, apes. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10ª edição, 1999.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Prólogo de Francisco J. Bastida; trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.

BORRAJO DA CRUZ, Efrén (dir). *La reforma del mercado de trabajo*. Madrid: Actual editorial SA, 1993.

BOSON PAES, Arnaldo. *O poder de direção do empregador e a eficácia dos direitos fundamentais no contrato de trabalho*. Em <http://www.trt22.gov.br/institucional/gabinetes/gdabp/estudos/direcao.pdf>. Acesso em 19/02/2008.

BRACKS DUARTE, Juliana & TUPINAMBÁ, Carolina. "Direito à intimidade do empregado X direito de propriedade e poder diretivo do empregador". Porto Alegre: *Justiça do Trabalho: Doutrina, Jurisprudência, Legislação, Sentenças e Tabelas*, v.18, n. 216, dez. 2001, pp. 231-243.

BRAGE CAMAZONO, Joaquín. *Los límites de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.

BRITO LOPES, Otávio. *Limites Constitucionais à Negociação Coletiva*, in www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_09/neg_coletiva_Otavio.htm. Acesso em 23.08.2010.

BYRUCHKO JUNIOR, Viktor. “Ação civil pública”. *Revista do Ministério Público do Trabalho do Rio Grande do Sul/Procuradoria Regional do Trabalho da 4ª Região*. n. 1, Porto Alegre: PRT 4, 2006, pp. 221-248.

CABEZUELO ARENAS, Ana María. *Derecho a la intimidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

CALVET, Otavio, COUCE DE MENEZES, Cláudio Armando, VERGARA LOPES, Glaucia Gomes & FERME SIVOLELLA, Roberta. *Direitos Fundamentais e Poderes do Empregador: o Poder Disciplinar e a Presunção de Inocência do Trabalhador*, publicado no sítio da internet <http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/DireitosFundamentais/Empregador/PoderDisciplinar/PresunçãodeInocenciadoTrabalhador/OtavioCalveteoutros.pdf>. Acesso em 03/03/2011.

CAMPOS, Helena Nunes. “Princípio da Proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais”. *Caderno de Pós-graduação em Direito político e econômico* (Mackenzie). São Paulo, v. 4, n. 1, 2004, pp. 23-32.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Traduzido por Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Almedina, Coimbra, 2003.

CAPANEMA, Walter Aranha. *A Intercepção de Dados Informáticos no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Artigo de conclusão de Pós-Graduação – Universidade Estácio de Sá, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARDONA RUBERT, María Belén. “Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas. *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, n. 1, 2003 (Ejemplar dedicado a: Segundas Jornadas sobre cuestiones de actualidad del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social de la Escuela universitaria de Relaciones laborales de la UPV/EHU), pp. 151-173.

CARNEIRO, Joana Zago. “O monitoramento dos emails corporativos à luz dos princípios constitucionais”. *Revista do Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 33, n. 127, jul./set. 2007, pp. 84-100.

CARNEIRO COIMBRA, Tatiane. *O Reordenamento no Mundo do Trabalho e a Precarização do Trabalho do Professor de Educação Física: Mediações da Mercadorização da Cultura Corporal*. Em http://www.uff.br/pos_educacao/joomla/images/stories/Teses/tatiane%20carneiro.pdf.

Acesso em 12.12.2011.

CARRASCO DURÁN, Manuel. “El Concepto Constitucional de Recurso de Amparo: Examen de Posibilidades para una Reforma de la Regulación y la Práctica del Recurso de Amparo”. In: *Revista española de derecho constitucional*. 2001, pp. 79-128.

_____. *Los procesos para tutela judicial de los derechos fundamentales*. Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

_____. “Amparo Judicial: Presente y Futuro”. In: *Revista del Departamento de Derecho Político*. 2007, vol. 68, pp. 143-182

CARRILLO LÓPEZ, Marc. *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.

_____. “La eficacia de los derechos sociales: entre Constitución y ley”. *Jueces para la Democracia*. 1999, n. 36, pp. 67-74.

CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*, 31ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

_____. “Internet: la resposta del dret a l'espai públic virtual”. *Quaderns del CAC*, n. 29, 2007 (Ejemplar dedicado a: Regulació i canvi en l'audiovisual), pp. 61-68.

CARRIZOSA PRIETO, Esther. “El principio de proporcionalidad en el Derecho del Trabajo”, in *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 123, julio, 2003, pp. 471-510.

CARVALHO, Fernanda Moura de. *A inusitada descoberta: o valor probatório do encontro fortuito nas interceptações das comunicações telefônicas*. Dissertação apresentada como um dos requisitos para obtenção do grau de mestre no Curso de Mestrado em Direito Processual da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Orientador: Prof. Dr. Roberto Wanderley Nogueira, 2007.

CASTRO BONILLA, Alejandra. *El uso legítimo del correo electrónico*. Em <http://www.delitosinformaticos.com/delitos/correo5.shtml>. Acesso em 04.08.2009.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Artigo encontrado no endereço eletrônico

http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade_Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em 22.08.2013.

CEBRIAN, Juan Luis, *La red*, Taurus, Madrid, 1998.

CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende. “Da flexibilização ou direito dúctil do trabalho”, artigo classificado em 2º lugar no 2º Concurso de Monografias promovido pelo TRT/2ª Região, in *Revista da AMATRA II*, Janeiro/2003, pp. 42-48.

CIDONCHA, Antonio. *La libertad de empresa*, 1ª edición, Editorial Aranzadi, 2006.

CHACARTEGUI JÁVEGA, Consuelo. *Empresas de trabajo temporal y contrato de trabajo*”, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2000.

CIENFUEGOS, Álvarez. *La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

CLAPHAM, Andrew. *Human rights in the private sphere*. Claredon Press, Oxford, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. “Teoria constitucional e Direito Alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória”. Em *Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: Ed. RT, 1995, pp. 34-53.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. “Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais”. Em *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades do Brasil*, n. 01, Curitiba, mar/ago.2002, pp. 29-41.

COGO LEIVAS, Paulo Gilberto. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

COLLIARD, Claude-Albert. *Libertès Publiques*, Dalloz, 1972.

COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003.

CONESA, Fernando. *Libertad de empresa y estado de derecho*. Madrid: Ediciones Rialp, 1978.

CORREA, Daniela & LIMA, Gilberto Tadeu. “O comportamento recente do investimento direto brasileiro no exterior em perspectiva”. *Revista de Economia Política*, vol.28, n. 2, São Paulo, abril/Junho de 2008, visto no site http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-31572008000200005&script=sci_arttext. Acesso em 10/10/2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v.1. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense. 1990.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. “Derechos fundamentales y derecho privado”. Madrid: *Anales de la Academia Sevillana de Notariado*, Sevilla 1988, pp. 97-114.

_____. “Formación y evolución de los derechos fundamentales”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 25, enero/abril, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989, pp. 35-62.

_____. “El legislador de los derechos fundamentales”. In: *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, López Pina Ed., Universidad Complutense/Civitas, Madrid, 1991.

CUEVA PUENTE, María Del Carmen “Contrato de trabajo, derechos fundamentales y uso de las TIC en los lugares de trabajo” em VILLAR, Alfonso Murillo y PAREDES, Santiago Bello (coordinadores). *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías: con motivo del XX Aniversario de la Facultad de Derecho de Burgos*. Burgos: Universidad de Burgos, 2005, pp. 263-278.

CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues, “A disciplina normativa brasileira sobre a intimidade e os bancos de dados”. *Araucaria*, 2007, vol 09, n. 018, Universidad de Sevilla, Sevilla, España, pp. 56-84.

CUNHA FERRAZ, Anna Cândida. *Processos informais de mudança na Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade. Teoria e Prática*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2006.

DA COSTA MAGALHÃES, Ana Carolina. *A dignidade humana como fundamento protetor dos direitos de personalidade do empregado em face ao poder diretivo do empregador*, texto encontrado no seguinte sítio da internet: http://www.faf.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic2/vi_encontro/A_dignidade_humana_como_fundamento_protetor_dos_direitos_de_personalidade_do_empregado_em_face_ao_poder_diretivo_do_empregador.pdf. Acesso em 21.01.2012.

DANTAS, Alexandre Fernandes. “A repercussão geral no STF e os Direitos Humanos”. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 80, 01/09/2010 [Internet]. In http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8018. Acesso em 20/03/2012.

DA SILVA, Antônio Álvares. *Flexibilização das Relações de Trabalho*, 1ª Ed., São Paulo: LTr, 2002.

DA SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 17ª Edição, São Paulo, Melhoramentos, 2000.

_____. "Influência, coincidência e divergência constitucionais: Espanha-Brasil". Em Fernández Segado, Francisco (coord.). *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 221/237.

DA SILVA, Virgílio Afonso. "Direitos fundamentais e relações entre particulares". *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, maio, 2005, pp. 173-180.

_____. "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais". *Revista de Direito do Estado* n. 4. São Paulo: Renovar, 2006. pp. 23-51

_____. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 2ª edição, Malheiros editores, 2008.

DA SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. "O tratamento constitucional do sigilo de correspondência". Em *Revista de Informação Legislativa*, ano 41, n. 163, julho/setembro 2004, Brasília, 2004, pp. 193-214.

DAS MERCÊS CARNEIRO, Ricardo José. *A Estabilidade provisória como instrumento de proteção contra atos anti-sindicais*. Em http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/artigo_estabilidade_provisoria_ricardo_jose.pdf. Acesso em 20.09.2011.

DAVID ARAUJO, Luiz Alberto; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

D'ÁVILA LOPES, Ana Maria. "A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais". *Revista de Informação Legislativa*. N. 164, 2004, pp. 7-15.

DE ALMEIDA, Renato Rua. "A teoria da empresa e a regulação da relação de emprego no contexto da empresa". São Paulo: *LTr*, v. 69, n. 5, maio/2005, pp. 573-580.

DE ARAÚJO. Daniela Regina Wobeto. "Direito fundamental à inviolabilidade do sigilo das comunicações, em especial, as comunicações eletrônicas". *Raízes jurídicas*, v.3, n.1, jan/jul 2007, Curitiba, pp. 33-45.

DE DOMINGO, Tomás. "El problema del *drittwirkung* de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho". *Derechos y libertades. Revista del instituto Bartolomé de las Casas*, ano VII, n. 11 (enero/diciembre). Universidad Carlos III, Madrid, 2002, pp. 251-289.

- DE JESUS, Damásio. “Interceptação de comunicações telefônicas: notas à Lei 9296, de 24-9-1996”, *RT*, São Paulo: n. 735, jan., 1997, pp. 458 – 473.
- DE LIMA, Erick Calheiros, “Observações sobre a fundamentação moral do direito em Kant”. *Etic@*, Florianópolis, v.4, n.2, Dez 2005, pp.141-155.
- DELL’OLIO, Matteo. “Art. 4 St. Lav. e elaboratori elettronici”, *Il Diritto del Lavoro*, 1986, n. 3, pp. 487-489.
- DE OLIVEIRA, Lourival José & DEGANELLO, Lígia Maria. *O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho*. Em <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/10781>. Acesso em 14.03.2012.
- DE QUEIROZ, André Luiz Tomasi. *Teorias da Horizontalização dos Direitos Fundamentais*. Disponível em http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/horizontal_and.doc. Acesso em 20.03.2012.
- DEL VALLE VILLAR, Jose Manuel. “Derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo”, in ‘*Actualidad laboral*’, n. 3, 1991, pp. 485-506.
- DEL REY GUANTER, Salvador et al. *El estado actual de la negociación colectiva en España. Balance y perspectivas*, MTAS, Madrid, 2003.
- DENUCCI DI SPIRITO, Marco Paulo. “A relação entre a defensoria pública e a ordem dos advogados do Brasil pelo ângulo dos limites constitucionais à atuação das entidades de fiscalização profissional – um enfoque a partir do art. 5º, XIII, da Constituição”. Em *Revista da AGU*, no site http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=410393&ID_SITE. Acesso em 21.03.2012.
- DIEZ PICAZO, Ignacio “Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo”. Em AAVV, *La sentencia de amparo constitucional. Actas de las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEC, 1996, pp. 17-74.
- DÍEZ PICAZO, Luís María. “Nota sobre la renuncia a los derechos fundamentales”, in *Persona y Derecho*, n. 45, 2001, pp. 133-138.
- DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. V. 3, São Paulo: Saraiva, 2002.

DOS ANJOS VIDONHO JÚNIOR, Amadeu “A ética, o monitoramento dos e-mails digitais e a sua auto – regulamentação privada”. *Revista de Direito Trabalhista e Previdenciário*, v. 11, 2006, pp. 07-24.

DO VALE, André Rufino “Aspectos do neoconstitucionalismo”, in *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007, pp. 67-77.

DURÁN LOPEZ, Federico. “Contenidos laborales del derecho constitucional a la libertad de empresa”, in *25 años de economía de mercado III Libertad de empresa y relaciones laborales en España. Revista del Instituto de Estudios Económicos*, ano 4, n. 4, 2004, pp. 35-46.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELVIRA PERALES, Ascensión, *Derecho al secreto de las comunicaciones*, Madrid: Iustel, 2007.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan. *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del derecho del trabajo*. CES, 1ª edición, 2000.

ESTRADA, Alexei Julio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. 1ª reimpressão. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

FALGUERA BARÓ, Miguel Ángel. “Trabajadores, empresas y nuevas tecnologías”. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Ejemplar dedicado a Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías – Carlos Gómez Martínez (dir), Madrid: Editorial Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 187-222.

FARIA, Bruno Rodrigues de. “O sigilo da correspondência e a fiscalização tributária”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 454, 4 de outubro de 2004 . Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/5776>. >. Acesso em: 25.08. 2013.

FARIAS, Cibelly. “O sigilo postal na era da comunicação digital.”. *Resenha eleitoral (on line)*. Nova série, v. 9, n. 02 (jul/dez 2002), Disponível em <http://www.ter-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/cibelly.htm>. Acesso em: 24.08.2013.

FERNANDEZ ESTEBAN, María Luisa. *Nuevas Tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. Editorial: Mcgraw-Hill Interamericana, Madrid, 1998.

_____. “Estudio de la jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre el secreto a las comunicaciones entre particulares en especial en el ámbito de la empresa”. *Aranzadi civil*, nº 1, 2000, pp. 1883-1918.

FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio y prol. de Lucio Pegoraro. *Secreto e intervención de las comunicaciones en internet*. Civitas Ediciones. S.L, 2004.

FERREIRA, Ana Amélia Menna Barreto de Castro. *Correio eletrônico corporativo*. Encontrado no site www.camara-net/upload%5Ccorreio_eletr_corporativo.pdf. Acesso em 28.01.2008.

FERREIRA DA SILVA, Edson. *Direito à Intimidade*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

FERREIRA DUARTE, Márcio Archanjo. *Monitoramento de e-mails de funcionários*. <http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/monitoramentodee-mails.htm>. Acesso em 20.01.2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERREIRA MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2009.

FERREIRA MENDES, Gilmar, MÁRTIRES COELHO, Inocêncio, GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília jurídica, Brasília, 2000.

FERREIRA NETTO, Adyr Garcia & KEMPFER BASSOLI, Marlene. “Livre iniciativa: Síntese filosófica, econômica e jurídica”, in *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 4, n. 1, jan/abr. 2009, pp. 155-172.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, Editora Vozes, Petrópolis, 2004.

_____. *Microfísica do poder*. Tradução Roberto Machado. 24. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2007.

FRIGOLIS I BRINES, Eliseu. “La protección constitucional de los datos de las comunicaciones: delimitación de los ámbitos de protección del secreto de las comunicaciones y del derecho a la intimidad a la luz del uso de las nuevas tecnologías”. In *La protección jurídica de la intimidad* (BOIX REIG, Javier & JAREÑO REAL, Ángeles), Iustel, Madrid, 2010, pp. 37-91.

FUENTES RODRIGUEZ, Francisca. *El papel del convenio colectivo tras la reforma laboral*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

GARCÍA ALCORTA, José. *La limitación de la libertad de empresa en la competencia*. Barcelona: Atelier, D.L. 2008

GARCÍA GARCÍA, Clemente. *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Murcia, Universidad de Murcia, Murcia, 2003.

GARCIA TORRES, Jesús y JIMENEZ – BLANCO, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas AS, Madrid, 1986.

GARCÍA VIÑA, Jordi. “Limitaciones en el uso del correo electrónico en las empresas por parte de las secciones sindicales. (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo del 28 de marzo de 2003)”, in *Revista Española de Derecho del Trabajo* n. 122, 2004, pp. 305-328.

GARCÍA VITORIA, Ignacio. *La libertad de empresa, ¿un terrible derecho?* Prólogo de Javier García Roca. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*. CES, Madrid, 1994.

GODINHO DELGADO, Maurício. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ª Edição, São Paulo: LTr, 2007.

GOMES, Luiz Flávio & CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. “Gravações telefônicas: ilicitude e inadmissibilidade”. *Revista CEJ*, Brasília, v. 2, n. 5, pp. 55-61, maio/ago. 1998.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição, 5ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 1998.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim; MACHADO, Jónatas. *Reality shows e liberdade de programação*. Coimbra: Coimbra editora, 2003.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Júlio César. *O gerenciamento da informação e sua segurança contra ataques de vírus de computador recebidos por meio de correio eletrônico*. Taubaté, 2002. Dissertação de Mestrado em Administração - Departamento de Economia, Contabilidade, Administração e Secretariado, Universidade de Taubaté.

GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares”. In: BARROSO, Luís Roberto (coordenador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GOÑI SEIN, José Luiz, *El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*. Civitas, Madrid, 1988

_____. “Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivos de datos.” In *Justicia laboral. Revista de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Editorial lex nova, 2004, pp. 13-54.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuría. *Contenido Normativo del Convenio Colectivo en España*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/88/art/art9.htm>. Acceso em 21.01.2012.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Derecho Procesal Constitucional*, Madrid, Editora Latina, 1983.

GONZÁLEZ VILLANUEVA, F. Javier. *Nuevas tecnologías y medios de prueba en el proceso laboral*, in <http://www.ruct.uva.es/pdf/Revista%202/210.pdf>. Acceso em 20.02.2012.

GOULD IV, William B. *Nociones de Derecho Norteamericano del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 1991.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a lei 9.296/96, de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Trad. Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón. Editorial Trotta, Madrid, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. Saraiva, São Paulo, 1976.

GUERRA, Sidney e BALMANT EMERIQUE, Lilian Márcia “O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial”. *Revista da Faculdade de Direito de Campos/RJ*, ano VII, n. 9, dezembro de 2006, pp. 379-397.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Notas em torno ao princípio da proporcionalidade”. *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da constituição portuguesa de 1976*. Organização de Jorge Miranda, volume I, pp 249-261. Coimbra: Coimbra editora, 1996.

_____. “Noções fundamentais sobre o princípio constitucional da proporcionalidade”, in *Leituras Complementares de Direito Constitucional – teoria da constituição*, Salvador: Editora JusPodivm, 2009, pp. 45-70.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. “Criterios de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”. In: *Teoría y realidad constitucional* n. 3, 1º semestre, 1999, pp. 193-211.

_____. *La garantía del matrimonio en la Constitución: estabilidad y apertura como criterios de interpretación*. Ano LXV, BMJ n. 2137. Diciembre 2011 – ISSN: 1989-4767 – www.mjusticia.es/bmj. Acesso em 01.02.2012.

GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel. *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*. Ediciones Laborum, Murcia, 2011.

HABERLE, Peter. “El concepto de los derechos fundamentales” in SAUCA, J.M. (Coord.). In: *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Boletín Oficial del Estado, Instituto de Derecho Bartolomé de las Casas. 1ª Edición, Madrid, 1994, pp. 81-126.

_____. *Retos Actuales del Estado Constitucional*. Traducción Xabier Arzo Santisteban, Oñati, 1996.

_____. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, 1ª edición, Pontificia Universidad Católica, San Miguel, Perú, 1997.

_____. *La garantía del contenido de los derechos fundamentales*. Traducción Joaquín Brage Camazano. Dykinson, Madrid, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade, v. II*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derechos Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

_____. *A força normativa da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. *Derecho constitucional y derecho privado*. Trad. e introd. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Civitas, Madrid, 1995.

HOESCHL, Hugo Cesar. *A telemática no parágrafo único da Lei 9.296/96*. Acessível em http://www.ijuris.org/producaotc/direito_digital/sigilo/telem1.htm. Acesso em 23.02.2007.

HOLGADO GONZÁLEZ, María. “¿Puede el empresario acceder al correo electrónico del trabajador?” In PARRA, Agustín Madrid y GUERRERO, Lebrón Jesús. *Derecho Patrimonial y Tecnología*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 691-703.

-
- “Intimidad y nuevas tecnologías en el entorno laboral”. *Constitución y democracia: ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Vol. 2, Editorial Universitas, Madrid, 2012, pp. 1971-1988.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, vol. VI, Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- HUXLEY, Aldous. *Admirável Mundo Novo*, São Paulo: Editora Globo, 2007.
- IZQUIERDO, Mario & ALBERTO URTASUN, Esther Moraly. *El sistema de negociación colectiva en España: Un análisis con datos individuales de convenios*. Banco de España, Madrid, 2003. Dirección <http://www.bde.es>. Acceso em 04.07.2012.
- JIMÉNEZ BLANCO, Antonio, “Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución”. In: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Madrid: Civitas, 1991, pp. 635-650.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier. “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 7, n. 20, Madrid, mayo-agosto de 1987, pp. 35-82.
- JONAS, H. *Une éthique pour la civilisation technologique*, Édition Du Cerf, 1990.
- KAHALE CARRILO, Djamil Tony. “Las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: avance o retroceso?” In: *Revista de Derecho*, julio, n. 025, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia, 2006, pp. 289-307.
- KEYNES, John Maynard. *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda - General theory of employment, interest and Money* - Tradutor: Cruz, Mário Ribeiro da. São Paulo: Editora Atlas, 1992.
- KLUTH, Winfried. “Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en derecho alemán”. In: *Cuadernos de derecho público* n. 05. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998, pp. 219-238.
- LAMBEA RUEDA, Ana. “El correo electrónico”, In: *Revista de derecho privado*, Año nº 86, Mes 12, Madrid, 2002, pp. 936-963.
- LAPORTA, Francisco. *El imperio de la ley: una visión actual*. Madrid: Trotta, 2007.
- LASALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Trad. De Walter Stonnes, Rio de Janeiro: Liber júris, 1985.
- LARENZ, Karl. *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Trad. Luís Díez Picazo, Madrid: Civitas. 1993.

LARREA DE ROSSI, Jorge. “La legalidad del control del empleador sobre el correo electrónico asignado a sus trabajadores”. In *Revista de Derecho Informático n. 114 (online)*, Editora Alfa Redi, Enero de 2008 (www.alfa-redi.com). Acesso em 12.11.2012.

LASTRA LASTRA, José Manuel. “Paradojas de la autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo”. In: *Revista Española de Derecho del Trabajo n. 124* (octubre/diciembre). Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 639-659.

LEAL JÚNIOR, João Carlos; MARIA GALLINA, Paola; LOPES FERRARO, Valkíria Aparecida; TOMASZEWSKI, Wesley, “Monitoramento do correio eletrônico em ambiente de trabalho: o conflito entre o poder diretivo do empregador e o direito à intimidade de seu preposto”. In: *Seminário: Ciências Sociais e Humanas*, Londrina: v. 28, n.1, jan./jun. 2007, pp. 69-80.

LEITE SAMPAIO, José Adércio (Coord.). *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e das informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. *Crise e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 11ª ed. São Paulo: Método. 2007.

LEVI, Alberto. *Internet e contrato de trabalho no ordenamento italiano*, traduzido por Yone Frediani. In: www.iidd.com.br/congresso/arquivos/palestra_alberto.doc. Acesso em 31.02.2013.

LIMA, Jairo Néia. “Colisão e renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares”. In: *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Unibrasil, vol. 5, 2009. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/208/171>>. Acesso em 19.10.2011.

LIMA DOS SANTOS, Ronaldo. *Teoria das normas coletivas*, 2ª edição, São Paulo: LTr, 2009.

LLORIA GARCIA, Paz. “El secreto de las comunicaciones: su interpretación en el ámbito de los delitos cometidos a través de internet. Algunas consideraciones”. In: *La protección jurídica de la intimidad* (BOIX REIG, Javier & JAREÑO REAL, Ángeles), Iustel, Madrid, 2010, pp. 171-198.

LOBATO DE PAIVA, Mario Antônio. “A privacidade do trabalhador no meio informático”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 92, 3 out. 2003. In: <<http://jus.com.br/revista/texto/4292>>. Acesso em: 12.01.2012.

_____. “O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho” *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 92, 3 out. 2003. In: <<http://jus.com.br/revista/texto/4292>>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. *Direito do Trabalho Mínimo*. In: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2001/mlobatopaiva/direitotrabalhominimo.htm>. Acesso em 14.06.2011.

LLOP, Barcelona. “Escuchas telefónicas y acción de la policía de seguridad”, *Revista de Administración Pública*, nº 112, enero - abril de 1987, pp. 61-106.

LOPEZ AGUILAR, Juan Fernando. *Derechos Fundamentales y libertad negocial. Sobre el espacio constitucional para la autonomía de la voluntad entre particulares*. Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990.

LOWESTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona, Ariel, 1965.

LUJÁN ALCARAZ, José. “La vigilancia empresarial sobre el uso de los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores”. In SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen & GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco A. (directores). *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales*. Aranzadi Thomson Reuters, Editorial Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 125-139.

LYON-CAEN, Gérard. “¿Derecho del Trabajo o Derecho del Empleo?”. In: *Evolución del Pensamiento Juslaboralista, Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata*, Montevideo 1997, pp. 265-284.

MACHADO, Sidnei. *Limites da negociação coletiva no contexto da crise financeira*. Artigo encontrado no seguinte sítio da internet: <http://machadoadvogados.com.br/biblioteca/publicacoes/artigos/limites-da-negociao-coletiva-no-contexto-da-crise-financeira>. Acesso em 08.02.2011.

MALTA VIEIRA, Tatiana. *O Direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Dissertação de mestrado em Direito, Estado e Sociedade. Orientação professor doutor Gilmar Mendes, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

MARÍN ALONSO, Inmaculada. “La facultad fiscalizadora del empresario sobre el uso del correo electrónico en la empresa: su limitación en base al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”. *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, n. 04/2003, pp. 1-30.

_____. *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

_____. “La mensajería electrónica en la empresa: un paso atrás en la protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones. (A propósito de la STC 241/2012, de 17 de diciembre)”. *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 3, sección comentarios de jurisprudencia, 2013, pp. 89-97.

MARÍN ALONSO, Inmaculada & GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel. “La práctica de la prueba en materia de derechos fundamentales tras la Ley de la jurisdicción social”. *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*. Año 28, n. 20-21, 2012, pp. 31-51.

MARMESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, 3ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. V. I. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. “Indisponibilidade de Direitos Fundamentais: Conceito Lacônico, Consequências Duvidosas”. In: *Revista ‘Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 11, n. 2, jul./dez. 2010, pp. 334-373.

MARTÍN MORALES, Ricardo. *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1995.

MARTIN VALVERDE, Antonio, “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. In: *Revista de Política Social*, n. 137, 1983, pp. 105-167.

MARTÍNEZ FONTS, Daniel. *El poder de control del empresario en la relación laboral*. 1ª edición, Madrid: Consejo Económico y Social, 2002.

_____. “El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la Empresa”. Em DEL REY GUANTER, Salvador (Dir.)/ LUQUE PARRA, Manuel (Coord.). *Relaciones Laborales y nuevas tecnologías*. 1ª edición, Madrid, La Ley, 2005, pp. 185-237.

MARTÍNEZ-PUJALTE. Antonio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. CES, Madrid, 1997.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER & OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Derechos Fundamentales y constitución*. 1ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1988.

MARTINS, Samir José Caetano. “Neoconstitucionalismo e relações privadas; alguns parâmetros”. *Revista CEJ*, n. 36, jan/mar 2007, Brasília, pp. 59-71.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. “Valorização da negociação coletiva e flexibilização das normas legais trabalhistas”. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 8, n. 79, pp. 1/7, jun/jul 2006. Disponível em http://planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev79/index.htm. Acesso 12.01.2012.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MÁXIMO TEODORO, Maria Cecília & MIRANDA DA SILVA, Aarão. “A imprescindibilidade da negociação coletiva nas demissões em massa e a limitação de conteúdo constitucionalmente imposta”, *Revista Jus Vigilantibus*, 16 de abril de 2009. In: <http://jusvi.com/peças/39249>. Acesso em 16.10.2009.

MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. McGraw-Hill, Madrid, 1996.

MENDES, Laura Schertel F. “Um Debate Acerca da Renúncia aos Direitos Fundamentais: Para um Discurso dos Direitos Fundamentais como um Discurso de Liberdade”. In: *Direito Público* Nº 13 – Jul-Ago-Set/2006 – Estudos, Conferências e notas, pp. 121-133.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal – Comentários à Lei nº 7.210, de 11 – 7 – 84*. 7ª Edição, São Paulo: Atlas, 1997.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Direitos fundamentais*, tomo IV, 3ª edição, revista e atualizada, Coimbra editora, Coimbra, 2000.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, volume 7, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1955.

MOLINA, André Araújo; GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Renúncia e transação no Direito do Trabalho. Uma nova visão constitucional à luz da teoria dos princípios”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2126, 27 abr. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12715>. Acesso em 14.03.2012.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. “La versión Parlamentaria de la Reforma Laboral 2012: mayor flexibilidad, mejoras técnicas y versos sueltos”, publicado na *RTSS. CEF*, n. 352 (julho 2012). Texto obtido em <http://www.laboral-social.com/flexiguridad-politicas-mercado-trabajo-reforma-laboral-2012-costes-despido-flexibilidad-interna.html>. Acesso em 12.01.2013.

MONTAÑES PARDO, Miguel Ángel. *La intervención de las comunicaciones. Doctrina jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

MONTENEGRO NETO, Francisco. “A resolução do contrato de trabalho segundo a Lei nº 9.029/95 e a prevalência dos princípios na aferição da discriminação na dispensa”, *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 928, 17 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7837>>. Acesso em 14.06. 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo, Editora Atlas, 1998.

_____. *Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORENO DE TORO, Carmen. *Poderes empresariales y uso del correo electrónico por el sindicato*. In: <http://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/2117/14079331.pdf>. Acesso em 20.08.2010.

MORRIS, F. C. *E-mail communications: the next employment law nightmare*, HR Advisor, July-August, 1995.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2000.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. “Los límites constitucionales de la libertad de empresa”. In: *Estudios de Derecho Público Económico*. Coordinador: Luis Cosculluela Montaner, Civitas ediciones, 1ª edición, Madrid, 2003, pp. 139-164.

MURILO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. “La constitución y el derecho de autodeterminación informativa”. In *Cuadernos de derecho público* n. 19/20. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003, pp. 27-43.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

NIGRI, Tânia. *Sigilo de dados: os limites da sua inviolabilidade*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8956>. Acesso em 04.05.2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 5.ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OJEDA AVILÉS, Antonio. “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”. In: *Revista de Derecho Social*, julio-septiembre, n. 35, 2006, pp. 11-34.

_____. *Derecho Sindical*. 7ª edición. Tecnos, Madrid, 1995.

OJEDA AVILÉS, Antonio & IGUARTUA MIRÓ, María Teresa. “La dignidad del trabajador en la doctrina del tribunal Constitucional. Algunos apuntes”. In: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 73, pp.147-169.

ORWELL, George. 1984. Editora Nacional, São Paulo, 2003.

OSSENBUHL, Fritz. “Las libertades del empresario según la Ley fundamental de Bonn”. Traducción: Manuel Pulido Quecedo y Ulrike Oster. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, n. 32, Mayo/agosto, 1991, pp. 9-44.

OZAKI, Muneto et al. *Cambios tecnológicos y relaciones laborales*. Colección Informes OIT, n. 36, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993.

PABÓN DE ACUÑA, J. “La llamada ‘*drittwirkung*’ de los derechos fundamentales”, in: *El poder judicial*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, vol. III, 1983, pp. 2209-2225.

PACE, Alessandro. *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni parte generale*. Segunda edizione riveduta e ampliata. CEDAM, Padova, 1990.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos. *Los derechos laborales en la Constitución española*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

PAMPLONA-SILVA, Gustavo. “Moral, Ética e Direito em Kant”. *Jurisprudência em Revista*, Belo Horizonte/MG, ano I, nº 23. Disponível em: <http://jurisprudenciaemrevista.wordpress.com/2008/04/21/moral-etica-e-direito-em-kant>. Acesso em: 16/06/2012.

PASCAL, Georges. *Compreender Kant*, 3ª edição. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

PARDO FALCON, Javier. “Los derechos fundamentales como límites de los poderes jurídicos del empresario”. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 17, n. 49 (enero/abril). Madrid, 1997, pp. 299-309.

PAREJO ALFONSO, Luciano. “El derecho fundamental a la intimidad” in SAUCA, J.M. (Coord.). *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Boletín Oficial del Estado, Instituto de Derecho Bartolomé de las Casas, 1ª ed., Madrid, 1994, pp. 293-310.

PAVELSKI, Ana Paula. *Os direitos da personalidade do empregado em face do exercício abusivo do poder diretivo do empregador*, 2008, in <http://tede.unicuritiba.edu.br/dissertacoes/AnaPaulaPavelski.pdf>. Acesso em 09.02.2012.

PECORELLA, Claudia & DI PONTI, Ricardo. “Privacy y control del correo y de la navegación por la red en el puesto de trabajo”. In: *La protección jurídica de la intimidad* (BOIX REIG, Javier & JAREÑO REAL, Ángeles), Iustel, Madrid, 2010, pp. 583-607.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. “Dilemas actuales de la protección de la intimidad” in SAUCA, J.M. (Coord.). In: *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Boletín Oficial del Estado, Instituto de Derecho Bartolomé de las Casas. 1ª Edición, Madrid, 1994, pp. 311-338.

_____. *Manual de Informática y Derecho*. Editorial Ariel S/A, Barcelona, 1996.

_____. *Los derechos fundamentales*. 3º ed., Madrid: Tecnos S.A, 2004.

_____. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9ª edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

PÉREZ PEDRERO, Enrique Belda. “Aproximación a la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución”. *Cuadernos Constitucionales de cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n. 24, Universidad de Valencia, Valencia, 1998, pp. 119-128.

PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Revisada y puesta al día por Manuel Carrasco Durán. 11ª edición. Marcial Pons, Madrid, 2007.

PÉREZ YÁÑEZ, José María. *El control judicial de los pactos colectivos*. Madrid: CES, 1ª edición, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães & CARDOSO, Aline Almeida. “Proteção da privacidade do empregado: ponderações fundamentais”. In: *Revista Evocati*, obtido no site <http://www.evocati.com.br>. Acesso em 21.10.2011.

PIETRO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Ed. Debate, 1991.

PI LLORENS, Montserrat. *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*. Editorial Ariel S/A, Barcelona, 1999.

PINTO MARTINS, Sergio. *Direito do Trabalho*, 23ª edição, São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Comentários à CLT*. 12ª edição, São Paulo: Atlas, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um Estudo Comparativo dos Sistemas Regionais Europeu, Interamericano e Africano*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

PISANI, C., *I controlli a distanza sui lavoratori*, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali* n. 33, 1987.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*, 3ª Ed., São Paulo: LTr, 2004.

PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

QUADRA-SALCEDO, T. *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid: Civitas, 1981.

QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos Fundamentais: Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra editora, 2002.

RADÉ, Christophe. *Nouvelles technologies del'information et de la communication et nouvelles formes de subordination*, DS n. 1, 2002.

RAMOS, Adriana Monteiro. “Da falta de normatividade constitucional à judicialização e ao ativismo judicial”. In: *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. Vol. 7, n. 7, (jan./jun. 2010). Encontrado em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/303/228>). Acesso em 31/01/2012.

REBOLLO DELGADO, Lucrecio “El secreto de las comunicaciones: problemas actuales”. In: *Revista de Derecho Político*, n. 48/49, Madrid, 2000, pp. 351-382.

_____. *El derecho fundamental a la intimidad*. 2ª edición actualizada, Dykinson, Madrid, 2005.

REIS DE SOUSA, Otávio Augusto, DAS MERCÊS CARNEIRO, Ricardo José. *Direito e Processo do Trabalho*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2008.

REIS DE SOUSA, Otávio Augusto. *Nova Teoria Geral do Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2002.

REIS NOVAIS, Jorge. “Renúncia a direitos fundamentais”. *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da constituição portuguesa de 1976*. Organização de Jorge Miranda, volume I. Coimbra: Coimbra editora, 1996, pp. 263-335.

_____. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

RESENDE CHAVES JUNIOR, José Eduardo. *Vigiar e Punir*, In: http://www.mg.trt.gov.br/download/artigos/pdf/152_vigiar_punir.pdf. Acesso em 21.01.2011.

REZENDE, Bruno Titz de. *Constitucionalidade do monitoramento de e-mail*. In: www.boletimjuridico.com.br, ano V, n. 261. Acesso em 13.01.2011.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. V. 3, São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES DE FARIA, Bruno. “O sigilo da correspondência e a fiscalização tributária”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 454, 4 out. 2004. In: <<http://jus.com.br/revista/texto/5776>>. Acesso em 19.01.2012.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Direito Sindical e Coletivo do Trabalho*, São Paulo: LTr, 1998

_____. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. 5ª edição, São Paulo: LTr, 2003.

RODRIGUEZ COARASA, Cristina. “Algunas proyecciones del derecho constitucional a la intimidad en el ámbito laboral”. *Revista Datos Personales*, encontrada no site www.madrid.org. Acesso em 12.11.2007.

RODRÍGUEZ ENNES, Luis. “La crisis de la autonomía de la voluntad y la aparición del moderno contrato de trabajo. A autonomia de vontade e as condições gerais do contrato. De Roma ao direito atual.” Agerson Tabosa Pinto (org.), *Anais do V Congresso Internacional e VIII Ibero-americano de Derecho Romano*, Editora UNIFOR, Fortaleza, 2003, pp. 629/657.

RODRÍGUEZ PIÑERO, M. & FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C. “El correo electrónico en la empresa: algunos problemas de derecho del trabajo”. In: *Ciclo de Conferencias sobre Nuevas Tecnologías y Derecho*, Huelva, marzo de 2004. In: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/35_434.pdf. Acesso em 30.03.2012.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel & SÁNCHEZ, José Luis Lazaro. *Los Derechos on-line en el ordenamiento Laboral Español: Estado de la Cuestión*. In: http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC02/DYC002_A07.pdf. Acesso em 22.10.2011.

RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. “El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad”. McGraw – Hill, Madrid, 1998.

_____. “El caso ‘Valenzuela Contreras’ y nuestro sistema de derechos fundamentales”. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 19, n. 56, CES, Madrid, Mayo-agosto de 1999, pp. 223-250.

_____. “El coste de los derechos fundamentales. Un comentario de la STC 49/1999 de 5 de abril”. In: *Teoría y Realidad Constitucional* n. 3, 1º semestre, 1999, pp. 315-340.

_____. “Discourse Theory and the Addresses of Basic Rights,” in *Rechtstheorie*, vol. 32 (2001), Duncker & Humblot, Berlin, 2001, pp. 87–133.

_____. “La intimidad genética: perspectiva desde la autonomía individual”. In: *Bioética y derechos humanos: implicaciones sociales y jurídicas*. Coord. por Antonio Ruiz de la Cuesta, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, pp. 225-244.

RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín. *Principios, fines y derechos fundamentales*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2000.

ROIG BATALLA, Antoni, GALA DURÁN, Carolina, MARTÍNEZ FONS, Daniel e MUÑOZ LORENTE, José. *El uso laboral y sindical del correo electrónico e Internet en la empresa*. 1ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

ROMAN DE LA TORRE, M^a Dolores. *Poder de dirección y control de trabajo*. 1ª edición. Ediciones Grapheus, Valladolid, 1992.

ROMANO, Santi. *Frammenti de un dizionario*. Milano, Giuffrè, 1947.

ROMERO COLOMA, Aurelia María. *La intimidad privada: problemática jurídica*. Editorial Reus, Madrid, 2008.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001.

ROQUETA BUJ, Remedios. *Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

_____. “El derecho a la intimidad de los trabajadores y el control audiovisual del empresario”. In: *La protección jurídica de la intimidad* (Org. BOIX REIG, Javier & JAREÑO REAL, Ángeles), Iustel, Madrid, 2010, pp. 405-450.

ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores. *Poder de dirección y contrato de trabajo*, 1ª ed. Valladolid, Ediciones Grapheus, 1992.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1999.

RUBIO LLORENTE, Francisco, “La libertad de empresa en la constitución”, in BORRAJO DA DRUZ, Efrén (dir). *La reforma del mercado de trabajo*. Actual editorial SA, Madrid, 1993.

RUFINO DO VALE, André. “Drittwirkung de direitos fundamentais e associações privadas”. In: *Revista de Direito Público*, n. 09, jul/ago/set/ 2005, pp. 51-74.

RUIZ MIGUEL, Carlos. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Madrid: Tecnos, 1995.

RUIZ RUIZ, Ramón. “La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española”. In: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n. 10, 2006/2007, pp. 53/77, colhido em www.filosoficayderecho.com/rtdf. Acesso em 02.10.2011.

RUPRECHT, Alfredo J. *Os Princípios do Direito do Trabalho*. Trad. Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995.

SAARENPA, A. “Europa y la protección de los datos personales”. In: *Revista Chilena de Derecho Informático*, Norteamérica, 01.03.2011. In: <http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewArticle/10659/1411>. Acesso em 26.03.2012.

SAKO, Emília Simeão Albino. “A atuação dinâmica e eficiente dos sindicatos como garantia de realização dos direitos fundamentais e sociais dos trabalhadores”. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 33, n. 126, p. 70, abr./jun. 2007, pp. 56-77.

SALVADOR CODERCH, Pablo (coordinador); VON MUNCH, Ingo; FERRER i RIBA, Josep. *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid: Civitas, 1997.

SAMPAIO FERRAZ, Tércio. “Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado”. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 1993, pp. 77-90.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina (Dirs.). *Derechos fundamentales inespecíficos y negociación colectiva*. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2011.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V. & SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. *Nuevas Tecnologías y relaciones laborales*. Navarra: Aranzadi, 2002.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina. “Información y derecho: restricciones en el uso del correo electrónico e internet por parte de los trabajadores por cuenta ajena”. In *Información, libertad y derechos humanos. La enseñanza de la ética y del derecho de la información*. In <http://eprints.ucm.es/6128/1/definitivo2.pdf>. Acesso em 30.03.2012.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990.

_____. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1992.

_____. “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, in *Derechos y libertades. Revista del instituto*

Bartolomé de las Casas, ano V, n. 8 (enero/junio). Universidad Carlos III, Madrid, 2000, pp. 429-468.

SANSEVERINO, Luiza Riva. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1976.

SAPARRAT, María Emilia. *El e-mail laboral. Derecho a la intimidad e inviolabilidad de la correspondencia del trabajador vs. poder de dirección y organización empresarial*. In: www.calp.org.ar/uploads/81bb6e87ec936c1a5c04aafb7e5bfe40.pdf. Acesso em 22.03.2012.

SARAZÁ JIMENA, Rafael. *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um Constitucionalismo Dirigente Possível”. In: *Constituição e Democracia. Estudos em Homenagem ao Professor J.J Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 8ª edição rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2007.

_____. *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: <http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/200-artigos-nov-2007/5948-direitos-fundamentais-e-direito-privado-algumas-consideracoes-em-torno-da-vinculacao-dos-particulares-aos-direitos-fundamentais>. Acesso em 02.02.2013.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2ª edição, 2ª tiragem, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.

SCHIAVELLO, Aldo. *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*. In: www.dirittoequestionipubbliche.org. Acesso em 25.01.2012.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Fundamentação da preservação do núcleo essencial na Constituição de 1988*. In: http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20110429133200.pdf. Acesso em 22.11.2012.

_____. *Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo*. In: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-PAULO%20SCHIER.pdf>. Acesso em 22.11.2012.

SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y Constitución*. Trad. Luis López Guerra. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

SCHWAB, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Org: Leonardo Martins Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente. “Modulación Laboral de los derechos cívicos”. *Revista Persona y Derecho*, n. 54, 2006, pp. 471-493.

SIEIRA MUCIENTES, Sara. “La interpretación y aplicación de los derechos fundamentales por el tribunal constitucional: el principio de proporcionalidad. In ALVAREZ VÉLEZ, María Isabel (coord.). *Escritos en conmemoración del XXV aniversario de la Constitución*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004”, pp 41-54.

SILVA MELO, Noerci. *Os limites imanes ao conceito de meio ambiente como bem de uso comum do povo*. Dissertação defendida em 03.08.2007, orientada por Sérgio Augustin. In: <http://www.uces.br/ucs/tplPOSDireito/posgraduacao/strictosensu/direito/dissertacoes/dissertacao?identificador=133>. Acesso em 22.01.2012.

SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000.

SOUZA, Anadélia Viana. “Teletrabalho e suas implicações no direito trabalhista brasileiro”. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 76, 01/05/2010 [Internet], artigo verificado no sítio da internet http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7403. Acesso em 31/01/2012

STARCK, Christian. “Derechos fundamentales y derecho privado”. Traducción: María J. Roca. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, n. 66, septiembre/diciembre, 2002, pp. 275-301.

STEINMETZ, Wilson, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Editora Malheiros, São Paulo, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SUSSEKIND, Arnaldo Lopes et al. *Instituições de Direito do Trabalho*, 20 ed., atualizado por Arnaldo Sussekind e João de Lima Teixeira Filho, São Paulo: LTr, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006.

TERRADILLOS ORMAETXEA, Eudurne. *Principio de proporcionalidad, constitución y derecho del trabajo*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2004.

TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo. “El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica”. *Aranzadi Social* n. 17/2007 (Estudio). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2007, pp. 1985-2006.

TEROL BECERRA, Manoel José; ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, Fernando; BARRERO ORTEGA, Abraham. *Las grandes decisiones del tribunal europeo de derechos humanos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

TESTA CORRÊA, Gustavo. *Aspectos jurídicos da internet*. 3ª edição. Saraiva, São Paulo, 2007.

THIBAUT ARANDA, Javier. “El uso del e-mail por los trabajadores y las facultades de control del empleador”. In: *Seminario "Poder informático e intimidad: límites jurídico-laborales y penales al control empresarial"* (30 de marzo de 2001), in <http://www.uoc.edu/web/esp/art/uoc/0109040/thibault.html>. Acceso em 14.08.2011.

TONETI DE OLIVEIRA, Pérola & DE OLIVEIRA, Lourival José. *Os limites da negociação coletiva a partir da negociação coletiva a partir do princípio da proporcionalidade*. Artigo encontrado no sítio da internet: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/10743>. Acceso em 01.03.2011.

URBANO CASTRILLO, Eduardo de. *El derecho al secreto de las comunicaciones*. Ed. La ley, Madrid, 2011.

VALDÉS DAL-REÍ, Fernando. “La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: una aproximación de derecho comparado”. *Revista Derecho Privado y Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 11, n. 17, Enero-Diciembre/2003, pp. 499-525.

_____. “El derecho a la negociación colectiva en la jurisprudencia constitucional española”. In *Revista de Derechos Fundamentales*, año 2011, n. 5, Ed. Universidad de Viña del Mar, Viña del Mar, pp. 129-150.

VALENTINO, Cyrllston Martins. “As exceções ao sigilo das correspondências e comunicações na Constituição de 1988”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4029>>. Acceso em 04.05.2009.

VASCONCELOS DOS REIS, José Carlos. “*As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*”. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VAZ, Isabel. *Direito econômico da propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

- VEGAS TORRES, Jaime, *Obtención de pruebas en ordenadores personales y derechos fundamentales en el ámbito de la empresa*, 1ª ed., editora Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011.
- VENEGAS GRAU, María. *Derechos Fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*. Marcial Pons, 2004.
- VENOSA, Sílvio Salvo de. *Direito Civil: Parte Geral*, 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.
- VENTURA PEIXOTO, Marco Aurélio. *Os direitos fundamentais e o principio da legalidade: uma compatibilização possível?*. In: https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista?Ano_V_dezembro_2005/marco_aurelio_direitosFundamentais.pdf. Acesso em 04.02.2012.
- VICENTE PACHÉS, Fernando de. *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*. 1ª edición, Consejo Económico y Social, Madrid, 1998.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2001.
- VILLAHERMOSA IGLESIAS, Alfonso. “Privacidad laboral”. *Revista de Derecho Informático (on line)*. Editora Alfa – redi, n. 047, junio/2002. Disponível em www.alfaredi.org/enlinea.shtml. Acesso em 02.10.2010.
- WARREN, Samuel & BRANDEIS, Louis. *El derecho a la intimidad*. Edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga. Editorial Civitas, 1ª edición, Madrid, 1995.
- WOLTON, Dominique, *¿Internet y después?* Gedisa, Barcelona, 2000.
- ZABREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 7ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 2007.
- YÁNEZ DÍAS, Mariela. “El correo electrónico en el puesto de trabajo en Venezuela y España: ¿Libertad de empresa vs intimidad?”, *Anuario del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Carabobo*, Universidad de Carabobo, Facultad de Derecho. Instituto de Derecho Comparado. Valencia, 29 (2006), pp. 323/361.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

II - ÍNDICE DE DECISÕES CONSULTADAS

Este índice contém as decisões referidas no corpo da tese. Constatam decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, do Tribunal de Justiça da União Europeia. Igualmente, na jurisprudência espanhola, são catalogadas decisões do Tribunal Constitucional, do Tribunal Supremo, dos Tribunais de Justiça das Comunidades Autônomas e de Julgados da Justiça Social. No cenário brasileiro, estão enumeradas decisões do STF, do TST, de alguns Tribunais Regionais do Trabalho. Além desses, há referências a julgados do tribunal Constitucional do Peru e da Suprema Corte norte-americana.

Registre-se que as decisões do TCF alemão e outras eventualmente não catalogadas abaixo (e que constem no corpo do texto), aqui não são mencionadas, uma vez que sua referência foi colhida de outras fontes (livros, artigos etc.).

2.1.- EUROPA

2.1.1. Tribunal Europeu de Direitos Humanos

STEDH - Silver e outros vs. Reino Unido, de 25 de março de 1983.

STEDH - Malone vs. Reino Unido, de 02 de agosto de 1984.

STEDH - Norris vs. Irlanda, de 26 de outubro de 1988.

STEDH - Kruslin e Huvig vs. França, de 24 de abril de 1990.

STEDH - Halford vs. Reino Unido, de 25 de junho de 1997.

STEDH - Koop vs. Suíça, de 25 de março de 1998.

STEDH - Valenzuela Contreras vs. Espanha, de 30 de julho de 1998.

STEDH - Lambert vs. França, 24 de agosto de 1998.

STEDH - Amann vs. Suíça, de 16 de fevereiro de 2000.

STEDH - Prado Bugallo vs. Espanha, de 18 de fevereiro de 2003.

STEDH - Copland vs. Reino Unido, de 03 de abril de 2007.

2.1.2. Tribunal de Justiça da União Europeia

STJCE de 18 de maio de 1982, AM & S European Limited. vs. Comissão das Comunidades Europeias. Assunto 155/79.

STJCE, de 04 de outubro de 2001, (*despedida de trabalhadora espanhola grávida, contratada pelo Ayuntamiento de los Barrios, por tempo determinado*). Assunto C-438/99.

STJCE, de 04 de outubro de 2001, (*despedida de trabalhadora na Dinamarca – Tele Danmark – em contrato por prazo determinado*). Assunto C-109/00

2.1.3. Tribunal Constitucional Espanhol

Sentenças:

1981

STC 11/1981, de 08 de abril de 1981.

STC 26/1981, de 17 de julho de 1981.

STC 37/1981, de 16 de novembro de 1981.

1982

STC 6/1982, de 21 de janeiro de 1982.

STC 62/1982, de 15 de outubro de 1982.

STC 73/1982, de 02 de dezembro de 1982.

1983

STC 3/1983, de 25 de janeiro de 1983.

STC 46/1983, de 27 de maio de 1983.

STC 111/1983, de 02 de dezembro de 1983.

STC 120/1983, de 15 de dezembro de 1983.

1984

STC 22/1984, de 17 de fevereiro de 1984.

STC 67/1984, de 07 de junho de 1984.

STC 83/1984, de 24 de julho de 1984.

STC 110/1984, de 26 de novembro de 1984.

STC 114/1984, de 29 de novembro de 1984.

1985

STC 19/1985, de 13 de fevereiro de 1985.

STC 47/1985, de 27 de março de 1985.

STC 87/1985, de 16 de julho de 1985.

STC 88/1985, de 19 de julho de 1985.

STC 137/85, de 17 de outubro de 1985.

STC 178/1985, de 19 de dezembro de 1985.

1986

STC 065/1986, de 22 de maio de 1986.

1987

STC 26/1987, de 27 de fevereiro de 1987.

STC 37/1987, de 26 de março de 1987.

STC 115/1987, de 07 de julho de 1987.

STC 161/1987, de 27 de outubro de 1987.

STC 170/1987, de 30 de outubro de 1987.

STC 175/1997, de 27 de outubro de 1987.

1988

STC 4/1988, de 21 de janeiro de 1988.

STC 6/1988, de 21 de janeiro de 1988.

STC 19/1988, de 16 de fevereiro de 1988.

STC 64/1988, de 12 de abril de 1988.

STC 67/1988, de 18 de abril de 1988.

STC 177/1988, de 10 de outubro de 1988.

1989

STC 37/1989, de 15 de fevereiro de 1989.

STC 113/1989, de 22 de junho de 1989.

STC 129/1989, de 17 de julho de 1989.

STC 171/1989, de 19 de outubro de 1989.

1990

STC 17/1990, de 07 de fevereiro de 1990.
STC 20/1990, de 15 de fevereiro de 1990.
STC 120/90, de 27 de junho de 1990.
STC 126/1990, de 05 de julho de 1990.
STC 171/1990, de 12 de novembro de 1990.

1991

STC 62/1991, de 22 de março de 1991.
STC 64/1991, de 22 de março de 1991.
STC 66/1991, de 22 de março de 1991.
STC 136/1991, de 20 de junho de 1991.
STC 184/1991, de 30 de setembro de 1991.

1992

STC 085/1992, de 08 de junho de 1992.
STC 92/1992, de 11 de junho de 1992.
STC 135/1992, de 05 de outubro de 1992.
STC 240/1992, de 21 de dezembro de 1992.
STC 241/1992, de 21 de dezembro de 1992.

1993

STC 84/1993, de 08 de março de 1993.
STC 189/1993, de 14 de junho de 1993.
STC 225/1993, de 08 de julho de 1993.
STC 227/1993, de 09 de julho de 1993.
STC 254/1993, de 20 de julho de 1993.
STC 292/1993, de 18 de outubro de 1993.

1994

STC 57/1994, de 28 de fevereiro de 1994.
STC 85/1994, de 14 de março de 1994.
STC 89/1994, de 17 de março de 1994.
STC 99/1994, de 11 de abril de 1994.
STC 143/1994, de 09 de maio de 1994.

STC 151/1994, de 23 de maio de 1994.

1995

STC 6/1995, de 10 de janeiro de 1995.

STC 50/1995, de 23 de fevereiro de 1995.

STC 66/1995, de 08 de maio de 1995.

STC 86/1995, de 06 de junho de 1995.

STC 88/1995, de 6 de junho de 1995.

STC 91/1995, de 19 de junho de 1995.

STC 94/1995, de 19 de junho de 1995.

STC 139/1995, de 26 de setembro de 1995.

STC 181/1995, de 11 de dezembro de 1995.

STC 183/1995, de 11 de dezembro de 1995.

1996

STC 4/1996, de 16 de janeiro de 1996.

STC 34/1996, de 11 de março de 1996.

STC 49/1996, de 26 de março de 1996.

STC 54/1996, de 26 de março de 1996.

STC 55/1996, de 28 de março de 1996.

STC 106/1996, de 12 de junho de 1996.

STC 127/1996, de 09 de julho de 1996.

STC 136/1996, de 23 de julho de 1996.

STC 186/1996, de 25 de novembro de 1996.

STC 211/1996, de 17 de dezembro de 1996.

1997

STC 90/1997, de 06 de maio de 1997.

STC 204/1997, de 25 de novembro de 1997.

1998

STC 1/1998, de 12 de janeiro de 1998.

STC 121/1998, de 15 de junho de 1998.

STC 197/1998, de 13 de outubro de 1998.

1999

STC 49/1999, de 05 de abril de 1999.

STC 90/1999, de 26 de maio de 1999.

STC 166/1999, de 27 de setembro de 1999.

STC 171/1999, de 27 de setembro de 1999.

STC 241/1999, de 20 de dezembro de 1999.

2000

STC 098/2000, de 10 de abril de 2000.

STC 186/2000, de 10 de julho de 2000.

STC 237/2000, de 16 de outubro de 2000.

STC 292/2000, de 30 de novembro de 2000.

STC 299/2000, de 11 de dezembro de 2000.

2001

STC 14/2001, de 29 de janeiro de 2001.

STC 80/2001, de 26 de março de 2001.

STC 136/2001, de 18 de junho de 2001.

STC 175/2001, de 26 de julho de 2001.

2002

STC 20/2002, de 28 de janeiro de 2002.

STC 70/2002, de 03 de abril de 2002.

STC 123/2002, de 20 de maio de 2002.

STC 142/2002, de 17 de junho de 2002.

STC 213/2002, de 11 de novembro de 2002.

STC 218/2002, de 25 de novembro de 2002.

2003

STC 56/2003, de 24 de março de 2003.

STC 109/2003, de 05 de junho de 2003.

STC 126/2003, de 30 de junho de 2003.

STC 127/2003, de 30 de junho de 2003.

STC 184/2003, de 23 de outubro de 2003.

STC 192/2003, de 27 de outubro de 2003.

2004

STC 153/2004, de 20 de setembro de 2004.

STC 196/2004, de 15 de novembro de 2004.

2005

STC 25/2005, de 14 de fevereiro de 2005.

STC 165/2005, de 20 de junho de 2005.

STC. 259/2005, de 24 de outubro de 2005.

STC 281/2005, de 07 de novembro de 2005.

2006

STC 11/2006, de 16 de janeiro de 2006.

STC 41/2006, de 13 de fevereiro de 2006.

STC 26/2006, de 30 de janeiro de 2006.

STC 84/2006, de 27 de março de 2006.

STC 104/2006, de 03 de abril de 2006.

STC 136/2006, de 08 de maio de 2006.

STC 146/2006, de 8 de maio de 2006.

STC 181/2006, de 19 de junho de 2006.

STC 214/2006, de 25 de maio de 2006.

STC 219/2006, de 3 de julho de 2006.

STC 239/2006, de 17 de julho de 2006.

STC 272/2006, de 25 de setembro de 2006.

STC 281/2006, de 09 de outubro de 2006.

STC 300/2006, de 23 de outubro de 2006.

2007

STC 125/2007, de 21 de maio de 2007.

STC 230/2007, de 5 de novembro de 2007.

2008

STC 56/2008, de 14 de abril de 2008.

2009

STC 70/2009, de 23 de março de 2009.

STC 159/2009, de 29 de junho de 2009.

2010

STC 5/2010, de 7 de abril de 2010.

STC 26/2010, de 27 de abril de 2010.

STC 75/2010, de 19 de outubro de 2010.

2011

STC 25/2011, de 14 de março de 2011.

STC 173/2011, de 7 de novembro de 2011.

2012

STC 142/2012, de 2 de julho de 2012.

STC 241/2012, de 17 de dezembro de 2012.

2013

STC 115/2013, de 9 de maio de 2013.

STC 170/2013, de 7 de outubro de 2013.

Autos do Tribunal Constitucional

ATC 257/1985, de 17 de abril de 1985.

ATC 643/1986, de 23 de julho de 1986.

ATC 30/1998, de 28 de janeiro de 1998.

ATC 254/2001, de 20 de setembro de 2001.

2.1.4. Sentenças do Tribunal Supremo (Sala do Social)

STS 7798/2003, de 5 de dezembro de 2003.

STS 6128/2007, de 26 de setembro de 2007.

STS 1323/2011, de 08 de março de 2011.

STS 8876/2011, de 06 de outubro de 2011.

Autos do Tribunal Supremo (Sala do Social)

ATS 4384/2012, de 20 de março de 2012.

ATS 9301/2012, de 13 de setembro de 2012.

ATS 4491/2013, de 04 de abril de 2013.

2.1.5. Sentenças dos Tribunais Superiores de Justiça das Comunidades Autônomas

(Sala do Social)

STSJ AND, de 10 de dezembro de 1993.

STSJ CV, de 14 de janeiro de 1994.

STSJ GAL, de 25 de janeiro de 1996.

SSTJ CV, de 22 de maio de 1996.

STSJ CAT, de 13 de dezembro de 1996.

STSJ AND 3103/2000, de 25 de fevereiro de 2000.

STSJ CAT 9194/2000, de 05 de julho de 2000.

STSJ CAT 14437/2000, de 14 de novembro de 2000.

STSJ MAD 15873/2001, de 04 de dezembro de 2001.

STSJ MAD 1477/2002, de 31 de janeiro de 2002.

STSJ MAD 7379/2003, de 13 de maio de 2003.

STSJ CAT 10244/2004, de 21 de setembro de 2004.

STSJ AND 12334/2006, de 10 de fevereiro de 2006.

STSJ CANT 38/2007, de 18 de janeiro de 2007.

STSJ MAD 291/2008, de 16 de janeiro de 2008.

STSJ MAD 9396/2009, de 16 de setembro de 2009.

STSJ MAD 18255/2009, de 21 de setembro de 2009.

STSJ CV 6644/2010, de 28 de setembro de 2010.

STSJ MAD 6008/2010, de 27 de abril de 2010.

STSJ EXT 1005/2011, de 14 de junho de 2011.

STSJ GAL 5220/2012, de 12 de junho de 2012.

2.1.6. Sentenças de Julgados do Social

Audiência Provincial de Baleares 17/1998, de 03 de fevereiro de 1998.

Audiência Provincial de Barcelona, de 31 de julho de 1998.

Audiência Nacional 17/2001 (Sala do Social), de 2 de fevereiro de 2001.

Julgado Social nº 31 de Madrid, de 26 de abril de 2001.

2.2. BRASIL

2.2.1 Supremo Tribunal Federal

1969

RHC 46.151/SP, de 25 de outubro de 1968.

1994

HC 70.814-5/SP, de 24 de junho de 1994.

1995

RE 160.222/RJ, de 1 de setembro de 1995.

Ação Penal nº 307-3/DF, de 13 de outubro de 1995.

1996

RE 158215-4/RS, de 7 de junho de 1996.

HC 4654/RS, de 16 de dezembro de 1996.

1997

ADIN 1407/DF, de 17 de março de 1997.

RHC 5944/PR, de 24 de março de 1997.

HC 74.678/SP, de 10 de junho de 1997.

RE 212.081, de 05 de dezembro de 1997.

RE 161.243-6/DF, de 19 de dezembro de 1997.

1998

HC 75.338/RJ, 11 de março de 1998.

HC 76.060-4/SC, de 15 de maio de 1998.

RHC 7216/SP, de 25 de maio de 1998.

HC 75338/RJ, de 25 de setembro de 1998.

RE 199.520/MA, de 16 de outubro de 1998.

1999

RE 193.345-3/SC, de 28 de maio de 1999.

RE 219.780/PE, de 10 de setembro de 1999.

AgR AI 220.459-2/RJ, de 28 de setembro de 1999.

ADI 1.488-MC/DF, de 26 de novembro de 1999.

2000

RE 271707/RJ, de 06 de dezembro de 2000.

2001

SE 5206 - Espanha (AgRG), de 12 de dezembro de 2001.

HC 80949 /RJ, de 14 de dezembro de 2001.

HC 81154/SP, de 19 de dezembro de 2001.

2002

Petição 2.702-7/RJ, de 18 de setembro de 2002.

MS 24.369/DF, de 16 de outubro de 2002.

2003

HC 82.424/RS, de 16 de setembro de 2003.

2004

ADI 3153-AgR/DF, de 12 de agosto de 2004.

RE 431.121/SP, de 28 de outubro de 2004.

2005

AI 481.886-AgR/SP, de 1º de abril de 2005.

HC 84.862/RS, de 15 de abril de 2005.

MS 24.045/DF, de 10 de maio de 2005.

Inq/PR 1957, de 11 de maio de 2005.

RE 427.339/GO, de 27 de maio de 2005.

HC 85.867/RJ, de 29 de junho de 2005.

RE 201819/RJ, de 11 de outubro de 2005.

2006

HC 82.959/SP, de 23 de fevereiro de 2006.

ADI 1.950/SP, de 02 de junho de 2006.

ADI 3.512/ES, de 23 de junho de 2006.

RE 418416/ SC, de 19 de dezembro de 2006.

2007

RHC 85575/SP, de 16 de março de 2007.

AC 1.657-MC/RJ, de 31 de agosto de 2007.

HC 87859/DF, de 14 de setembro de 2007.

2008

HC 95009 MC, de 05 de agosto de 2008.

MS 27483/DF, de 14 de agosto de 2008.

RE 562051-4/MT, de 12 de setembro de 2008.

HC 92.921/BA, de 25 de setembro de 2008.

AgR em RE 453.562/SP, de 28 de novembro de 2008.

RE 398.041-6/PA, de 19 de dezembro de 2008.

2009

RE 590415/SC, de 6 de agosto de 2009 (reconhece repercussão geral).

AI 578.858-AgR, de 28 de agosto de 2009.

2010

HC 103059 /SC , de 22 de março de 2010.

RE 523721/MT, 07 de abril de 2010.

Rcl. Const. 9574/RS (decisão monocrática), de 07 de outubro de 2010.

AI 626.214/MG, de 08 de outubro de 2010.

2011

AC 33-MC/PR, de 10 de fevereiro de 2011.

ROMS 24.194, de 07 de outubro de 2011.

2012

HC 91867/PA, de 20 de setembro de 2012.

ACO 2.055/DF (decisão monocrática), de 06 de dezembro de 2012.

2.2.2. Tribunal Superior do Trabalho

RR – 613/2000-013-10-00.7, de 10 de junho de 2005.

RR nº 1001/2002-074-15-00, de 17 de junho de 2005.

AIRR nº 78/2004-103-03-40.1, de 11 de novembro de 2005.

RR 717541/2000.4, de 30 de junho de 2006.

RR 18497/2002-900-02-00.5, de 24 de novembro de 2006.

E-RR-58407/2002-900-24-00.9, de 09 de fevereiro de 2007.

RR 1745/2004-261-04-00, de 23 de março de 2007.

AIRR – 1.542/2005-055-02-40.4, de 06 de junho de 2008.

AIRR 1640/2003-051-01-40.0, de 24 de outubro de 2008.

AIRR 1649/2001-001-03-00.7, de 05 de dezembro de 2008.

RR –996100-34.2004.5.09.0015, de 20 de fevereiro de 2009.

RR-9.848/2000-006-09-00.1, de 13 de maio de 2009.

AIRR-3.058/2005-013-09-40.0, de 22 de maio de 2009.

RR-37791/2002-900-09-00.8, de 05 de junho de 2009.

RR 630/2005-058-15-00.2, de 12 de junho de 2009.

AIRR-426540-10.2007.5.12.0036, de 25 de agosto de 2010.

RR - 1011300-97.2007.5.09.0008, de 07 de dezembro de 2010.

RR - 506900-08.2005.5.09.0513, de 17 de dezembro de 2010.

RR - 237700-15.2007.5.12.0004, de 23 de fevereiro de 2011.

RR - 228900-04.2006.5.09.0008, de 23 de março de 2011.

RR - 3695400-90.2007.5.09.0010, de 06 de abril de 2011.

RR - 56300-58.2007.5.15.0045, de 30 de setembro de 2011.

RR - 407900-90.2008.5.09.0008, de 21 de outubro de 2011.

RR - 154700-23.2006.5.09.0009, de 02 de dezembro de 2011.

RR - 111500-10.1999.5.17.0131, de 25 de março de 2011.

RR - 183240-61.2003.5.05.0021, de 14 de setembro de 2012.

AIRR - 476-79.2010.5.09.0594, de 26 de março de 2013.

2.2.3. Superior Tribunal de justiça

RMS n. 6129/RJ, 6ª Turma, publicado em 12 de agosto de 1996.

2.2.4. Tribunais Regionais do Trabalho

TRT/9ª Região – 15788-2003-012-09-00-0, 2ª Turma, de 24 de abril de 2007.

TRT/7ª Região - 01283/2007-011-07-00-7, publicado em 14.04.2008.

2.3. PERU/ Tribunal Constitucional

Sentencia Nº 1058-2004-AA/TC, de 18 de agosto de 2004.

2.4. ESTADOS UNIDOS/Suprema Corte

Caso *Marbury v. Madison*, de 24 de fevereiro de 1803.

III – ÍNDICE DE NORMAS SUPRANACIONAIS, CONSTITUIÇÕES, LEIS E PROJETOS DE LEI

3.1. Convenções e demais normas e documentos supranacionais

- Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948.
- Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 4 de novembro de 1950 (entrou em vigor em 3 de setembro de 1953).
- Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966.
- Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das personas físicas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação destes dados.
- Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000.
- Documento de trabalho relativo à vigilância das comunicações eletrônicas no lugar de trabalho. Aprovado em 29 de maio de 2002 (elaborado pelo grupo de proteção das pessoas no que respeita ao tratamento de dados pessoais, criado em virtude da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995).

- Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Diretiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas).
- Diretiva 2005/60, de 26 de outubro de 2005, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo.
- Diretiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março de 2006, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, e que altera a Diretiva 2002/58/CE.
- Diretiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009 que altera a Diretiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas, a Diretiva 2002/58/CE relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações electrónicas e o Regulamento (CE) n. 2006/2004 relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor.

3.2. Constituições

ALEMANHA. Constituição da Alemanha, de 23 de maio de 1949. Disponível em <http://ocw.um.es/cc.-juridicas/derecho-internacional-publico-1/ejercicios-proyectos-y-casos-1/capitulo4/documento-20-constitucion-de-alemania.pdf>

ARGENTINA. Constituição Nacional da República da Argentina, de 22 de agosto de 1994. Disponível em <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/argentina/argen94.html>. Acesso em 22.02.2009.

BÉLGICA. Constituição da Bélgica. Texto coordenado de 17 de fevereiro de 1994. Disponível em <http://www.viajeuniversal.com/belgica/belgica/constitucionbelgica.htm>. Acesso em 12.04.2009.

BOLÍVIA. Constituição da Bolívia, de 09 de fevereiro de 2009. Disponível em <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.html>. Acesso em 22.07.2009.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm. Acesso em 12.02.2009.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm. Acesso em 12.02.2009.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm. Acesso em 12.02.2009.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm. Acesso em 12.02.2009.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 12.02.2009.

BRASIL. Ato Institucional n. 1, de 09 de abril de 1964. Disponível em http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=1&tipo_norma=AIT&data=19640409&link=s. Acesso em 12.02.2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm#art189. Acesso em 12.02.2009.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em 12.02.2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm. Acesso em 12.02.2009.

CHILE. Constituição do Chile. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/normas/normas_reguladoras>. Acesso em 18 de fevereiro de 2009

DINAMARCA. Constituição da Dinamarca, de 5 de junho de 1953. Disponível em http://library2.parliament.go.th/giventake/content_cons/denmark.pdf. Acesso em 2.12.2010.

EQUADOR. Constituição do Equador. Constituição Política do Equador, de 20 de outubro de 2008. Disponível em <http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/2008.pdf>. Acesso em 13.03.2013.

ESPANHA. Constituição Política da Nação Espanhola (Constituição de Cadiz), de 19 de março de 1812. Disponível em http://cadiz2012.universia.es/pdf/doc_0007_cons_1812.pdf. Acesso em 21.11.2011.

ESPANHA. Constituição Democrática da Nação Espanhola, de 6 de junho de 1869. Disponível em http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1869.pdf. Acesso em 9.04.2011.

ESPANHA. Constituição da Monarquia Espanhola, de 30 de junho de 1876. Disponível em http://www.congreso.es/docu/constituciones/1876/1876_cd.pdf. Acesso em 14.07.2011.

ESPANHA. Constituição da República Espanhola, de 9 de dezembro de 1931. Disponível em http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf. Acesso em 22.2.2011.

ESPANHA. Foro dos Espanhóis, de 18 de julho de 1945. Disponível em <http://www.e-torredebabel.com/leyes/constituciones/fuero-espanoles-1945.htm>. Acesso em 21.01.2012.

ESPANHA. Constituição Espanhola, de 31 de outubro de 1978. Disponível em <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em 21.09.2008.

ESTADOS UNIDOS. Constituição dos Estados Unidos, de 17 de setembro de 1787. <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/constituicoes/CUSAT.pdf>. Acesso em 12.06.2009.

HOLANDA. Constituição do Reino dos Países Baixos, de 24 de agosto de 1815. Disponível em <http://legislationline.org/documents/section/constitutions/country/12>. Acesso em 12.02.2009.

ITÁLIA. Constituição da Itália. Disponível em <http://www.camera.it/cost_reg_funz/345/346/listaarticoli.asp>. Acesso em 18 de fevereiro de 2009.

PERU. Constituição Política do Peru, de 30.12.1993. Disponível em <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>. Acesso em 12.02.2009.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976. Disponível em

<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 12.02.2009.

VENEZUELA. Constituição da Venezuela. Constituição da República bolivariana da Venezuela, de 30.12.1999, <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/venezuela/ven1999.html>. Acesso em 14.04.2010.

3.3. Leis

ARGENTINA. Lei 20.744, de 13 de maio de 1976. Lei de Contrato de Trabalho.

BRASIL. Decreto-Lei 2848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal Brasileiro. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 36. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. Decreto – Lei 5452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

BRASIL. Lei 4.117, de 27 de agosto de 1962. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 03.04.2011.

BRASIL. Lei 6.538, de 22 de junho de 1978. Dispõe sobre os serviços postais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 03.04.2011.

BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 03.04.2011.

BRASIL. Decreto 698, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 03.10.2013.

BRASIL. Lei 9296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 11.12.2009.

BRASIL. Lei 9307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 21.12.2010.

BRASIL. Decreto legislativo 89, de 03 de dezembro de 1998. Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional. Disponível em <http://legis.senado.gov.br>. Acesso em 03.10.2013.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

ESPANHA. Real Decreto de 14 de setembro de 1882, aprobatório da Lei de Processamento (Enjuiciamiento) Criminal.

ESPANHA. Lei Orgânica 2/1979, de 3 de outubro de 1979. LOTC – Lei Orgânica do Tribunal Constitucional.

ESPANHA. Lei Orgânica 1/1982, de 5 de maio de 1982, de Proteção civil do direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem.

ESPANHA. Lei Orgânica 6/1985, de 1 de julho, do Poder Judicial, LOPJ - Lei Orgânica de Procedimento Judicial.

ESPANHA. Lei Orgânica 11/1985, de 2 de agosto de 1985, de Liberdade Sindical.

ESPANHA. Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril. Aprova a Lei de Procedimento Laboral.

ESPANHA. Lei Orgânica n. 10/1995, de 23 de novembro. Institui o Código Penal Espanhol.

ESPANHA. LOPD - Lei Orgânica 15/1999, de 13 de dezembro, de Proteção de Dados de Caráter Pessoal.

ESPANHA. Lei 32/2003, de 3 de novembro de 2003, Geral de Telecomunicações.

ESPANHA. Lei Orgânica 6/2007, de 24 de maio de 2007. Modifica a Lei Orgânica 2/1979, de 3 de outubro, do Tribunal Constitucional.

ESPANHA. Lei 36/2011, de 10 de outubro, Reguladora da Jurisdição Social.

ESPANHA. Lei 3/2012, de 10 de julho. Institui medidas urgentes para a reforma do mercado laboral.

ESTADOS UNIDOS. *Electronic Communication Privacy Act (ECPA)*. In: <http://judiciary.house.gov>. Acesso em 02.02.2011.

INGLATERRA. RIP ou RIPA, na verdade, é a sigla da “*Regulamentacion of Investigatory Powers Act*”. In: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/23/contents>. Acesso em 20.09.2012.

ITALIA. Lei 300, de 20 de maio de 1970. Estatuto dos Trabalhadores. *In:* http://www.lavoro.gov.it/NR/rdonlyres/77A26F68-C12E-4671-A260-2D469405622E/0/19700520_L_300.pdf. Acesso em 22.12.2010.

PORTUGAL. Lei 7, de 12 de Fevereiro de 2009. Institui o Código do Trabalho de Portugal.

3.4. Projetos de Lei

ARGENTINA – Projeto de lei de incorporação do art. 86 bis de regulação do correio eletrônico laboral à Lei 20.744 de Contrato de Trabalho. *In:* <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0623-D-2007>. Acesso 02.12.2012.

BRASIL – Projeto de Lei 3893/2008 - Deputado Carlos Bezerra. <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=450513>. Acesso em 22.12.2012.

BRASIL – Projeto de Lei 7352/2010 - Deputado Federal Roberto Britto. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=477944>. Acesso em 22.12.2012.

BRASIL – Projeto de Lei 1429/2011- Deputado Antonio Roberto. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503592>. Acesso em 17.06.2013.

ESPANHA – Proposição de lei sobre o uso do correio eletrônico na empresa. Disponível em <http://www.ati.es/novatica/2001/151/docs151.pdf>. Acesso em 12.01.2008.