

**III JORNADA INTERAMERICANA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS E I
SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE
BRASILEIRA DE PESQUISA EM
DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF**

**ANAIS III JORNADA INTERAMERICANA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO
NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA
EM DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF**

COMISSÃO CIENTÍFICA

Profa. Dra. Ana Cândida da Cunha Ferraz (UNIFIEO)
Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazon (UNOESC)
Prof. Dr. Cesar Landa (PUC, Lima – Peru)
Prof. Dr. Cezar Bueno de Lima (PPGDH/PUCPR)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UNIBRASIL)
Profa. Dra. Elda Coelho de Azevedo Bussinger (FDV)
Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu (Unifor)
Prof. Dr. Gonzalo Aguillar (Universidade de Talca - Chile)
Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (PUCRS)
Prof. Dr. Luis Henrique Braga Madalena (ABDCONST)
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva (UFS)
Profa. Dra. Margareth Anne Leister (UNIFIEO)
Profa. Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal (UNISC)
Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez (UNOESC)
Prof. Dr. Pedro Paulino Grandez Castro (PUC, Lima – Peru)
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP-Ribeirão Preto-SP)
Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira (PUCSP)

UNIVERSIDADES E INSTITUIÇÕES PARTICIPANTES

ABDCONST | Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, PR
CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - Brasil
FDV | Faculdade de Direito de Vitória, ES, Brasil
IDP | Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil
PUCP | Universidade Católica do Perú, Lima, Perú
PUCPR | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil
PUCRS | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil
RBPDI | Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais
Rede Interamericana de Pesquisa em Direitos Fundamentais
UEXTERNADO | Universidade Externado, Colômbia
UFMS | Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil
UFMT | Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil
UFS | Universidade Federal de Sergipe, Aracaju, SE, Brasil
UNIBRASIL-PR | Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil
UNIFIEO | Centro Universitário FIEO – São Paulo, SP, Brasil
UNIFOR | Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil
UNISC | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil
UNINOVE | Universidade Nove de Julho, SP, Brasil
UNOESC | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, SC, Brasil
UPF | Universidade de Passo Fundo, RS, Brasil
USP | Universidade de São Paulo - Ribeirão Preto, SP, Brasil
UTALCA | Universidade de Talca, Chile

A532

Anais III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Seminário Nacional da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais;

Coordenadores: Carlos Luiz Strapazon, Lucas Gonçalves da Silva, Vladimir Oliveira da Silveira – São Paulo: RBPDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-384-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

11. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Direitos humanos. 3. Direitos fundamentais. 4. Jurisdição constitucional. 5. Direitos Civis. 6. Direitos políticos. 7. Direitos sociais. 8. Direitos econômicos. 9. Direitos culturais. I. III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Seminário Nacional da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais (1:2016 : São Paulo, SP).

CDU: 34



Rede Brasileira de Pesquisa
em Direitos Fundamentais

III JORNADA INTERAMERICANA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA EM DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF

ANAIS III JORNADA INTERAMERICANA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA EM DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Os Anais da III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Jornada Brasileira do Seminário da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais, realizado entre os dias 26 a 28 de outubro do ano de 2016, na cidade de São Paulo, contou com a apresentação de artigos científicos nos Grupos de Trabalho Temáticos que analisaram os mais relevantes temas correlatos e conexos aos direitos fundamentais.

Os trabalhos foram avaliados pela Comissão Científica do Seminário, mediante o processo da dupla avaliação cega por pares, de forma a atender aos critérios Qualis Eventos da CAPES. Na presente publicação, foram selecionados os resumos dos trabalhos apresentados e que foram criteriosamente selecionados.

Conforme pode ser verificado, os resultados disponibilizados na publicação resultam de temas mais importantes da a Rede Brasileira da Pesquisa em Direitos Fundamentais e da Rede Latino Americana de Pesquisa em Direitos Fundamentais. Naturalmente, como se trata da primeira publicação, existe uma tendência de que as pesquisas venham a se consolidar e que para o próximo Seminário, os resultados possam trazer elementos mais concretos de análise, inclusive em relação ao aumento do fator de impacto dos trabalhos.

Vale destacar que os temas ligados aos direitos fundamentais, direitos sociais, acesso à justiça, tanto no plano interno como internacional, cada vez estão mais presentes em nossa sociedade, principalmente quando vivemos em tempos de reduções e de limitações dos direitos sociais e fundamentais.

Naturalmente debater os temas mais importantes que estão na pauta nacional e mundial são de extrema relevância para que possamos buscar dialogar, cada vez mais, com os meios acadêmicos e produtivo, englobando a própria sociedade civil.

Portanto, os resultados aqui publicados, demonstram parte das pesquisas realizadas dentro da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais e que pretende-se consolidar, cada vez mais, como um espaço de referência e de debate sobre os mais importantes temas que ocupam as agendas nacional e internacional.

São Paulo, 15 de novembro de 2016.

Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazzon

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO E SEUS REFLEXOS NA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS: UMA ANÁLISE DIREITO À PRIVACIDADE DOS TRABALHADORES NO USO DE REDES SOCIAIS

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO Y SUS CONSECUENCIAS EN LA CONTRATACIÓN DE EMPLEADOS: UN ANÁLISIS DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD DE LOS TRABAJADORES EN EL USO DE LAS REDES SOCIALES

Andréa Galvão Rocha Detoni ¹
Lucas Gonçalves da Silva ²

Resumo

O presente resumo analisa os reflexos da Constitucionalização do Direito na área laboral, especialmente no tocante à liberdade do empregador de escolher os seus empregados e mantê-los nos quadros da empresa. Aborda-se o direito à privacidade dos trabalhadores em relação ao uso de redes sociais à luz de uma visão crítica. O método dedutivo foi predominantemente utilizado, tendo em vista que a revisão bibliográfica e análise documental de dispositivos legais serviram de premissas teóricas para as considerações elaboradas. Ademais, o método dialético também foi aplicado, já que o estudo se propôs a explorar fenômenos sociais que estão em contínuas transformações.

Palavras-chave: Constitucionalização do direito, Direito do trabalho, Direito à privacidade

Abstract/Resumen/Résumé

Este resumen analiza los reflejos de la Constitucionalización del Derecho en la seara laboral, sobre todo en lo que respecta a la libertad del empleador para elegir a sus empleados y mantenerlos dentro de la compañía. Se discute el derecho a la privacidad de los trabajadores en el uso de las redes sociales con una visión crítica. El método deductivo fue predominantemente utilizado, ya que la revisión de literatura y el análisis documental de las disposiciones legales sirvieron como premisas teóricas. Además, también se aplicó el método dialéctico, teniendo en vista que los fenómenos sociales estudiados están en continua transformación.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitucionalización del derecho, Derecho laboral, Derecho a la privacidad

¹ Mestranda em Direito (UFS), Graduada em Direito (UFBA), Juíza do Trabalho da 1ª Região

² Mestre e Doutor em Direito do Estado, na sub-área de Direito Constitucional, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP. Coordenador da Câmara Básica de Ciências Sociais Aplicadas da FAPITEC/SE

INTRODUÇÃO

A Constitucionalização do Direito representa a passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico, evidenciando uma importante mudança de paradigma interpretativo em relação ao Direito como um todo. Antes, a visão legalista e patrimonialista, insculpida nas leis infraconstitucionais, prevalecia nas relações sociais e no julgamento dos casos concretos. Hoje, as leis são interpretadas e aplicadas sempre à luz da Constituição.

O fenômeno da Constitucionalização do Direito está vinculado a um processo de evolução do Direito Constitucional, que é formado por marcos histórico, filosófico e teórico.

No Brasil, o processo de constitucionalização é recente e está intimamente ligado à promulgação da Carta Política de 1988. A referida Constituição, intitulada de Constituição Cidadã por Ulysses Guimarães, instituiu a dignidade da pessoa humana (artigo 3º, III, da CF) como epicentro axiológico do ordenamento jurídico.

Nesse panorama, a Carta Republicana de 1988 foi responsável por mudanças interpretativas no âmbito doutrinário e jurisprudencial do Direito, promovendo novas reflexões em relação aos ramos do Direito, inclusive no tocante ao Direito do Trabalho.

O valor social do trabalho é eleito como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil pela Carta Magna de 1988 (artigo 1º, IV). Nesse cenário, a Constitucionalização do Direito do Trabalho solidifica-se no âmbito nacional, modificando significativamente o conteúdo primário da Consolidação das Leis do Trabalho e das demais leis trabalhistas.

Diante desse contexto, analisa-se o exercício do direito do empregador de escolher os seus empregados, bem como mantê-los em seus quadros, quando praticado com o uso de informações expostas nas redes sociais dos trabalhadores.

Assim, examina-se o teor e a aplicação do artigo 2º, Celetista, que dá uma ampla liberdade ao empregador na direção do seu empreendimento, constitucionalizando-o à luz dos princípios constitucionais, em especial em relação ao princípio da privacidade dos trabalhadores.

Dessa forma, faz-se o cotejo entre os direitos de liberdade e de propriedade do empregador juntamente com o direito de privacidade do trabalhador, no âmbito da seleção de empregados com o uso das informações expostas nas redes sociais, é de extrema importância na atual conjuntura nacional marcada por uma grave crise econômica. Nesse cenário, os trabalhadores estão ainda mais vulneráveis e, na prática, mais suscetíveis às violações de direitos fundamentais, como a privacidade e igualdade.

Por fim, o artigo explora a temática da atuação do intérprete na concretização da Lei Maior, tratando da necessidade de se compreender o sentido da Constituição e aplicá-lo na atividade interpretativa, principalmente no âmbito do Poder Judiciário.

1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

De acordo com os ensinamentos de Luís Roberto Barroso, a locução constitucionalização do direito comporta vários significados. A supremacia da Constituição em um ordenamento jurídico e a incorporação formal no texto da Constituição de temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito são apenas alguns exemplos (BARROSO, 2015, p.390).

A ideia de constitucionalização ligada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cuja carga axiológica tem força normativa e irradia por todo ordenamento jurídico, repercutindo em todas as normas infraconstitucionais e nas diversas relações estabelecidas¹, é o ponto de partida aqui utilizado.

De acordo com a doutrina de Canotilho, “a constitucionalização tem como consequência mais notória a proteção de direitos fundamentais, mediante o controle de constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos” (CANOTILHO, 2003, p.378).

Não há qualquer fato ou circunstância com a mínima repercussão sobre algum direito, no âmbito de determinado Estado, que não se subordine à Constituição. Trata-se da onipresença da Constituição no sistema jurídico e na sociedade como um todo (DALLARI, 2013, p.311).

Para entender a constitucionalização do direito e a sua repercussão no Direito do Trabalho e na jurisprudência laboral, impende, primeiramente, fazer uma breve análise acerca da origem e evolução do mencionado fenômeno.

1.1 BREVES NOÇÕES DA ORIGEM E EVOLUÇÃO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: MARCOS TEÓRICO, FILOSÓFICO E HISTÓRICO

¹ De acordo com Luís Roberto Barroso, a Constitucionalização do Direito tem reflexo na atuação de todos os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e repercute nas diversas relações travadas no seio da sociedade, incluindo as relações estabelecidas entre o Estado e os indivíduos, bem como as estabelecidas entre os particulares (2015, p. 391).

A passagem da Constituição para o centro do sistema representa a consagração da supremacia material e axiológica da Constituição com o abandono do viés meramente retórico das normas constitucionais. Tal fenômeno está intimamente ligado à evolução que o Direito Constitucional vem passando ao longo das últimas décadas.

Na análise acerca do tema, faz-se mister trazer a lume os marcos histórico, filosófico e teórico da Constitucionalização do Direito.

Em relação ao marco histórico no processo de constitucionalização do Direito, pode-se afirmar que as barbáries cometidas na Segunda Guerra Mundial chocaram o mundo e serviram de impulso para a aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia, em prol da construção do Estado Constitucional de Direito.

O ponto de partida para o processo de constitucionalização do Direito no cenário mundial foi uma decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em 1958, na qual a Constituição passou a ser compreendida como uma ordem objetiva de valores, influenciando e condicionando a leitura e interpretação de todos os ramos do Direito.

Trata-se do célebre julgamento do caso Lüth. Na ocasião, o aludido tribunal considerou constitucional o boicote conclamado por um cidadão judeu (Erich Lüth), presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, em relação ao filme a Amada Imortal (romance dirigido pelo alemão Veit Harlan).

Aparentemente, os fatos que deram origem à discussão em tela envolviam apenas interesses civis de particulares, um judeu e um alemão, no período pós-nazista.

Entretanto, o cerne da questão envolvia à proteção ao pleno exercício à liberdade de expressão de um cidadão (Erich Lüth) à luz da Lei Fundamental de 1949. No julgamento em comento ficou resguardada à liberdade de expressão, sendo permitido o boicote do aludido filme produzido por Veit Harlan, que havia no passado sido o principal responsável pelos filmes de divulgação de ideias nazistas.

Assim, não obstante a literalidade de dispositivos do BGB (Código Civil Alemão) vedasse o boicote, possibilitando, inclusive, sanção pecuniária no caso de descumprimento da norma, prevaleceu o valor axiológico da norma que prevê a liberdade de expressão na Lei Fundamental Alemã.

No que tange ao marco filosófico, pode-se dizer que o pós-positivismo teve um papel de destaque na Constitucionalização do Direito. A doutrina pós-positivista representa a confluência entre o jusnaturalismo e o positivismo e representa a busca pelo ideal de justiça.

O pós-positivismo contesta o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, reconhecendo a impossibilidade de tratá-los como segmentos estanques (BARROSO, 2015, p.282), em prol da aproximação entre o Direito e Ética.

Já em relação ao marco teórico, impende frisar que o reconhecimento da força normativa da Constituição e a expansão da jurisdição constitucional tiveram importância ímpar no desenvolvimento da mudança da interpretação Constitucional.

1.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL

No Brasil, a constitucionalização do Direito ganhou força com a promulgação da Lei Maior de 1988. A referida Constituição elegeu a dignidade da pessoa humana (artigo 3º, III, da CF) como princípio fundante de todo ordenamento jurídico e, desde então, a jurisprudência nacional vem evoluindo em prol da concretização dos princípios insculpidos na Constituição Republicana.

A Constitucionalização do Direito, como dito alhures, representa uma mudança de paradigma interpretativo. Assim, supera-se o velho modelo de compreensão da Constituição e passa-se a aplicar o novo modelo de Direito pautado no Estado Democrático de Direito, abandonando a tradição jurídica inautêntica do Direito baseada em um modelo liberal individualista.

Dessa forma, explorar a força normativa e substancial do texto constitucional da Carta Magna de 1988 pressupõe a um movimento de destruição da tradição jurídica inautêntica, inserida na crise de paradigmas. Essa dinâmica da desconstrução possibilita à hermenêutica construir a Constituição, desvendando o que ainda está por descobrir. (STRECK, 2002, p.192)

Nesse sentido, impede transcrever as palavras de Lênio Luiz Streck acerca do tema, *in verbis*:

Isto à evidência, não implica entender que a Constituição (seu texto) tenha que ter “um sentido”, mas, sim, que haja “um sentido de Constituição”. Desnecessário, neste ponto, dizer (e alertar) que a Constituição não é aqui entendida como topos conformador de uma atividade subsuntiva, onde o seu texto seria *ratio* do sistema, atuando como um-repertório-de conceitos-abstratos-espécies de significantes primordiais-fundantes- à espera de uma “acoplagem” proveniente da inconstitucionalidade... (STRECK, 2002, p.193).

Nessa toada, os ramos do Direito, inclusive o Direito do Trabalho, passam a ser compreendidos e aplicados à luz das normas constitucionais.

1.3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

Em 1º de maio de 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho- CLT foi aprovada pelo Decreto-Lei nº5452, no Rio de Janeiro (capital da República à época). O momento ficou marcado na história, tendo em vista que a CLT foi aprovada em solenidade pública em uma data simbólica, dia do trabalho, além de ter representando um marco no Direito do Trabalho.

Naquele tempo, Getúlio Vargas, presidente à época, assumiu e utilizou a temática da proteção do trabalhador como sua ideologia política e o corporativismo para a sua estrutura sindical. A CLT foi, assim, planejada e editada em um período de profunda centralização e autoritarismo político (DELGADO, 2013, p.1).

Não obstante o cenário populista, no qual a CLT foi planejada e aprovada, é preciso destacar que a mencionada compilação de leis se revelou “o principal marco legislativo trabalhista brasileiro a regular o conflito capital-trabalho, sobretudo se considerada a situação de desamparo social pré 1930” (DELGADO, 2013, p.2).

Passados 72 anos, percebe-se que a CLT se mantém dinâmica diante do seu tempo, incorporando e resolvendo os problemas da atualidade, e deve ser compreendida à luz da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 foi elaborada em um momento em que havia grandes pressões do capital sobre o trabalho. Nesse contexto, o constituinte de 1988 inseriu no texto constitucional vários direitos sociais e trabalhistas mínimos, com o intuito de colocá-los fora do alcance do poder constituinte derivado, do poder do legislador infraconstitucional e do poder negocial das partes, permitindo, somente propostas que visassem à melhoria da condição dos trabalhadores (MARTINEZ, 2010, p.80).

Registre-se que a hierarquia das normas no Direito do Trabalho se resolve de maneira diversa do que ocorre em relação aos outros ramos do Direito. A Carta Republicana estabelece expressamente no *caput* do artigo 7º que os direitos elencados naquele artigo não excluem outros que visem à melhoria da sua condição social.

Nessa toada, o Direito do Trabalho deve ser interpretado e aplicado à luz do princípio da proteção (*caput* do artigo 7º Celetista) que tem como corolário os seguintes princípios: da aplicação da norma mais favorável; da manutenção da condição mais benéfica e da avaliação “in dubio pro operário”.

2 O DIREITO À PRIVACIDADE DOS TRABALHADORES E A INVESTIGAÇÃO DE DADOS PESSOAIS NAS REDES SOCIAIS

Dispõe o artigo 2 da CLT que o empregador assume os riscos da atividade econômica, admite e assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço². Diante dessa disposição, acompanhada dos direitos à liberdade contratual e direito de propriedade (artigo 5º, II e XXII e 170, II, todos da CF³), confere-se autonomia ao empregador na escolha daqueles que irão trabalhar para ele, bem como na liberdade para eleger aqueles que podem permanecer nos seus quadros.

No decorrer do processo seletivo, muitos empregadores procuram escolher aqueles candidatos que apresentam o “perfil” que parece ser o mais adequado ao emprego. Para isso, algumas empresas utilizam-se de ferramentas tecnológicas, como redes sociais, para escolher os pretendentes que lhes parecem ideais, com base em critérios discriminatórios.

Os perfis criados em redes sociais na maioria das vezes proporcionam a visualização de informações particulares de seus usuários, o que permite a obtenção de informações privadas das pessoas.

Da mesma forma que esse procedimento é utilizado na fase pré-contratual, ele é usado para fundamentar despedidas com base nesses mesmos critérios.

² “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”.

³ “Art. 5º, da CF: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II -ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade; “

“Artigo 170, da CF: 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; ”

Não se está aqui questionando o uso da tecnologia da informação e comunicação pelas empresas. De fato, essa tecnologia é um inegável mecanismo de gestão de pessoal utilizado em várias empresas e traz inúmeros aspectos positivos, como, por exemplo, agilizar a dinâmica empresarial e otimizar recursos.

Entretanto, é preciso destacar que, em determinadas situações, a informática e os meios de comunicação são utilizados pelas sociedades empresariais como instrumentos que permitem a invasão da vida privada do trabalhador, servindo como equipamentos para a realização de discriminações. As redes sociais permitem que as empresas conheçam diversos aspectos da vida dos trabalhadores, que vão além dos dados atrelados à aptidão profissional dos indivíduos.

Busca-se, muitas vezes, conhecer costumes, aspectos psicológicos e emocionais, situações pessoais dos trabalhadores (informações sobre a ideologia, religião, orientação sexual), bem como ter ciência acerca dos processos judiciais que, de alguma forma, vinculam tais pessoas; a procura de um novo emprego ou a existência de uma determinada doença.

Vale destacar que, no atual cenário de crise econômica vivenciado no país, marcado por uma debilidade produtiva, os candidatos às vagas de empregos estão mais propícios a terem a sua vida privada invadida durante as seleções de empregados. Nesse contexto, a escolha empresarial acaba sendo feita através de critérios discriminatórios em alguns casos.

Acerca do tema, María Teresa Alameda Castillo explica que esse mecanismo discriminatório nos estágios prévios ao contrato de trabalho, bem como no tocante à manutenção de empregos, ocorre com frequência na realidade espanhola e é algo que se agrava nos momentos de crise nas sociedades modernas, consoante se depreende da seguinte passagem:

(...) ante la debilidad del mercado de trabajo, los sujetos que buscan un empleo en los que se da alguna circunstancia diferenciadora potencialmente discriminatoria, tendrán significativas dificultades de conseguir un empleo. Así, los fenómenos de discriminación em el empleo se agravan en las sociedades modernas en que, además, la diversidad (racial, religiosa) es una realidad constatable. Para las personas más vulnerables es significativa la dificultad de acceso al empleo y su mantenimiento y, em ellas, aun cuando las situaciones de dificultad no arracan de la crisis, em ésta se acentúan. (CASTILLO, 2013, p.28).

Ao observar a Consolidação das Leis Trabalhistas, constata-se que nela não há proibição expressa para tal comportamento empresarial. Pelo contrário, há um dispositivo expresso conferido liberdade ao empregador na contratação, administração e dispensa de seus empregados (artigo 2º, II, da CLT).

Todavia, é preciso interpretar o mencionado artigo celetista à luz dos princípios da privacidade e igualdade, insculpidos expressamente no artigo 5º, X e I⁴, da CF, respectivamente, constitucionalizando, assim, o aludido dispositivo da CLT.

No tocante ao direito à privacidade, pode-se dizer que a sua proteção é requisito indispensável para a promoção de um outro princípio: o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio axiológico edificador da nossa Carta Republicana.

Nesse sentido, cumpre trazer à baila a conceituação elaborada trazido por Amaury Haruo Mori: “Em termos gerais, entende-se por privacidade o bem juridicamente protegido pela necessidade de preservar a dignidade da pessoa humana, que garante ao seu titular o poder de excluir do conhecimento alheio situações inerentes à sua intimidade e vida privada”. (MORI, 2011, p.33)

Ressalte-se que, em um aspecto geral, observa-se que o direito à privacidade, como qualquer princípio fundamental, não é absoluto. Assim, é permitida a restrição ao direito de privacidade a partir do consentimento do próprio indivíduo, já que os direitos fundamentais, mesmo não sendo passíveis de renúncia plena, comportam formas de autolimitação.

Contudo, o fato de o empregado ou possível candidato à vaga de emprego possuir informações privadas divulgadas em sítios eletrônicos não autoriza a empresa a fazer uma análise pregressa e/ou atual da vida desses trabalhadores, a fim de obter informações alheias ao contrato de trabalho e que possam servir de fundamento para seleções pautadas em critérios discriminatórios.

É preciso frisar que a sociedade global vivencia a era da sociedade da informação, na qual cultua-se o uso de redes sociais e os indivíduos muitas vezes só se sentem incluídos e acolhidos com a uso de tais ferramentas de comunicação. Sobre tal temática, faz-se imperioso transcrever as palavras de Tatiana Malta Vieira sobre o assunto, *ipsis litteris*:

Cria-se a cultura da auto-exposição na web. Para se sentirem “digitalmente incluídas” na sociedade da informação, algumas pessoas colocam-se em evidência de forma temerária, alimentando o firme propósito de serem “localizadas” na rede mundial de computadores por meio de motores de busca como o Google, Yahoo e Cadê, que levam às páginas nas quais detalhadas informações revelam seu perfil. Enfim, a internet, além de facilitar a violação da privacidade por terceiros, induz o usuário inconscientemente à autoexposição exagerada. (VIEIRA, 2007, p.216)

⁴ “Art. 5º, da CF: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I -homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...)

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

A princípio, as informações pessoais só devem ser fornecidas aos empregadores para atender às finalidades justificadas como, por exemplo, a religião professada pelo trabalhador para a adequação do horário de trabalho do empregado e a existência de filhos ou dependentes dos empregados que preencham os requisitos necessários para o recebimento do salário-família. Afinal, a função social da propriedade (artigo 5º, XXIII, e artigo 170, III, da Carta Política) deve sempre ser observada na dinâmica empresarial.

Saliente-se que o direito da privacidade, por ser um direito da personalidade inato ao homem, proíbe que o trabalhador disponha dele de maneira absoluta, mesmo que tenha sido celebrado pacto nesse sentido com o empregador ou futuro empregador. Como bem adverte Laert Mantovani Júnior:

Mesmo que as partes, de comum acordo pactuem que poderá o empregador, ilimitadamente, adentrar na intimidade ou vida privada do trabalhador em razão de seu poder diretivo, isto não poderá ter respaldo do ordenamento jurídico, uma vez que o núcleo desses direitos fundamentais deve ser preservado, a fim de que o contrato cumpra a sua função, que nada mais é do que o desenvolvimento desse trabalhador. (MANTOVANI JÚNIOR, 2010, p.107)

Em relação ao princípio da igualdade, conta-se que ele é amplamente albergado pela nossa Lei Maior, conforme se depreende do *caput* e inciso I do artigo, 5º e incisos XXX, XXXI, XXXII e XXXIV, do artigo 7º, da Constituição Federal.

Acerca do tema, é cediço trazer os ensinamentos de Luís Roberto Barroso:

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade e condena todas as formas de preconceito e discriminação. A menção a tais valores vem desde o preâmbulo da Carta, que enuncia o propósito de constituir uma sociedade “fraterna, pluralista e sem preconceitos”. O artigo 3º renova a intenção e lhe confere inquestionável normatividade, enunciando serem objetivos fundamentais da República “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O *caput* do artigo 5º reafirma que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. (BARROSO, 2014, p.431)

Nesse panorama de proteção ao princípio da igualdade, merecem destaque também a a Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, ratificada pelo Brasil e incorporada ao ordenamento jurídico pátrio através do Decreto nº 62.150, de 19/01/68, veda expressamente, no seu artigo 1, item 1, alínea “a”, toda forma de exclusão, distinção ou preferência pautada em critérios discriminatórios, em matéria de emprego e ocupação. Dessa forma, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, por exemplo, não

podem ser utilizados pelas empresas com o efeito de alterar a igualdade de oportunidade e tratamento no meio ambiente laboral.

Impende ressaltar, ainda, que a discriminação é tão veementemente combatida pela OIT que a mencionada convenção está inserida na Declaração de Princípios de Direitos Fundamentais da aludida organização. Dessa maneira, a convenção em espeque deve ser observada e respeitada por todos países que a compõe, independentemente de ratificação.

Vale destacar que, muitas vezes, os dados pessoais fornecidos de modo irrefletido ou capturados involuntariamente é formam a base de dados que é usada indevidamente pelas empresas. Nestes casos, as referidas organizações utilizam tais dados para a construção de “perfis” que se encaixem nos modelos preconcebidos por elas.

Acerca do tema, impende trazer a lume as lições de Anderson Schreiber:

A massificação das relações sociais e econômicas torna cada vez mais difícil uma análise dessas informações em nível individual. Entidades públicas e privadas valem-se com frequência cada vez maior de padronizações para avaliar a infinidade de casos individuais. Nesse cenário, os dados pessoais fornecidos de modo irrefletido ou capturados involuntariamente são usados na construção de “perfis”, nos quais cada indivíduo acaba encaixando de acordo com características que o gestor das informações considera relevantes. Trata-se do chamado data mining, expressão utilizada para designar a atividade de extrair padrões de um determinado conjunto de dados. Dessa constante prospecção resulta risco significativo à dignidade humana, na medida em que a complexidade do ser humano acaba reduzida a certo perfil comportamental, construído, no mais das vezes, sem qualquer participação ativa do próprio indivíduo (SCHREIBER, 2014, p.158).

Na maioria das vezes, as empresas utilizam tais mecanismos de pesquisa de forma velada, já que os propósitos são nitidamente discriminatórios. Diante dessa constatação fática, conclui-se que nem sempre é possível descobrir o uso dessas práticas abusivas. Mas, uma vez descortinadas tais práticas, elas devem ser seriamente punidas, ante a grave repercussão social.

Impende trazer à baila que em um processo judicial, o Juízo aceitou que fotos retiradas do facebook da reclamante por parte da reclamada fossem utilizadas para provar que a reclamante não possuía síndrome do pânico ou depressão. Nesse processo, a empresa pretendia declarar válida a dispensa do empregado e ser eximida de reintegrá-lo, bem como do pagamento da remuneração no período em que cessou o auxílio-doença até a efetiva reintegração do reclamante. De forma acertada, o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região e da Quarta Turma do TST foi em sentido diverso daquele proferido pelo Juízo de primeiro grau, revertendo a decisão de piso, consoante se depreende da seguinte passagem, *in verbis*:

De qualquer forma, ainda que se possa levar em consideração as fotos juntadas, retiradas do perfil da rede social 'Facebook' do reclamante, e ainda que se as considerem lícitas, entendo que o conteúdo delas não tem o poder de infirmar as demais provas nos autos com relação à existência da doença do reclamante, eis que existem atestados médicos as f. 27, 33/34, 39/41, não havendo como se retirar a força de tais documentos produzidos por médico psiquiatra, que detém conhecimentos técnicos acerca de patologias mentais, mediante a simples análise de fotos retiradas de perfil do Facebook no qual o reclamante aparece "*feliz em eventos sociais com amigos*", como afirmado pela Origem. Com o devido respeito, pela forma como fundamentou a r. Sentença, o Juízo *a quo* procedeu a um 'diagnóstico' psiquiátrico sem analisar o paciente, mas apenas através de fotos que mostram o reclamante em seu convívio social com família e amigos. Ora, como é notório, qualquer pessoa que tenha um perfil em rede social tem a intenção de compartilhar alguns momentos através de postagens contendo textos, fotos e etc, com o intuito de criar uma imagem positiva de si mesmo. É natural que uma pessoa com uma doença psíquica não queira compartilhar essa doença numa rede social, mas, ao contrário, queira mostrar-se para a sociedade como uma pessoa feliz, não como uma pessoa doente. **Não se pode razoavelmente supor que o fato de o reclamante compartilhar fotos em seus momentos de alegria indiquem a inexistência de síndrome do pânico ou depressão, correndo-se o risco de se fazer uma análise unilateral e fora de contexto, através apenas de fotos que retratam momentos que o próprio autor considera dignos de compartilhar no círculo de amizade da rede social, além do que não há data de quando as fotos foram tiradas, apenas quando foram "compartilhadas", podendo ou não se tratar de fotos tiradas antes do ataque de pânico sofrido pelo autor"**(AIRR - 392-04.2012.5.15.0154 Data de Julgamento: 03/02/2016, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/02/2016).

Ora, beira ao absurdo utilizar fotos da vida privada do reclamante divulgadas facebook do obreiro para debater uma doença psicológica do reclamante. Trata-se de uma violenta afronta à privacidade do trabalhador.

Embora outras pessoas possam a princípio ter acesso a tais fotos, elas não têm o direito de fazer uso de tais informações. As pessoas que usam redes sociais virtuais (como Facebook e Tweeter) têm o objetivo de compartilhar tais informações com seus amigos e familiares. Assim, não podem ser tolhidas em exercer esse seu direito ante atitudes empresariais inapropriadas.

O fato de inexistir uma lei regulamentando o direito à informação para a admissão⁵ no trabalho ou sua dispensa, não tem o condão de permitir que o empregador vilipendie os direitos fundamentais de um empregado ou potencial empregado, invadindo a sua privacidade. É preciso dar eficácia jurídica aos princípios constitucionais. O direito à privacidade, insculpido

⁵ O código português tem uma regulamentação sobre o direito à informação para admissão no trabalho, dispondo o que o empregado tem de informar, assim como o que o empregador não pode exigir, e o que ele não pode dizer por ser aspecto de vida íntima.

no artigo 5º, X, da CF, é uma norma-princípio que indica um valor a ser preservado: a privacidade.

Nesse sentido, não pairam dúvidas de que as empresas estão vinculadas não apenas à legalidade formal, mas à juridicidade, conceito mais abrangente que abarca a Constituição Federal.

Frise-se que as referidas vedações impostas às empresas não têm o intuito de esvaziar o princípio da livre iniciativa nem o direito à busca pelo lucro (artigo 1º, IV, e caput, do artigo 170, ambos da CF), e sim proteger direitos de igual envergadura que merecem ser protegidos nesses casos.

Afinal, não se pode admitir é que o exercício da livre iniciativa seja feito através de uma busca desenfreada pelo lucro, socialmente deletéria, que não respeite outros valores constitucionais. A atividade empresarial deve respeitar à valorização do trabalho humano (artigo 170, caput, da CF), sendo imperioso observar que as empresas têm uma função na concretização do pleno emprego (TAVARES, p.106/107), o que, indubitavelmente, não inclui tratamentos discriminatórios.

3 A ATUAÇÃO DO INTÉRPRETE NA CONCRETIZAÇÃO DA CARTA REPUBLICANA

Para que os textos jurídicos não se tornem ineficazes, é preciso que o interprete não atue com indiferença em relação à Constituição, e sim compreenda o seu sentido. Ao mesmo tempo, é preciso que a atividade de interpretar esteja intrinsecamente vinculada à ideia de que a Constituição deve ser utilizada como um mecanismo prático que provoca mudanças na realidade.

Para melhor elucidar a temática, impende transcrever as palavras de Lênio Luiz Streck, *in verbis*:

Para romper essa tradição inautêntica, no interior do qual os textos jurídicos são tornados ineficazes, torna-se necessário compreender o sentido de Constituição. Mais do que isso, trata-se de compreender que a especificidade do campo jurídico, necessariamente entendê-lo como mecanismo prático que provoca mudanças na realidade. No topo do ordenamento, está a Constituição. Esta Lei Maior deve ser entendida como algo que constitui a sociedade, é dizer, a constituição do país é a sua Constituição (STRECK, 2002, p.187).

Diante dessa temática, faz-me mister trazer à baila a análise feita por Ingebord Maus acerca do papel do Poder Judiciário na sociedade atual. Para autora, o Estado Moderno

Constitucional, principalmente no período Pós-Guerras Mundias, foi palco de uma mudança no desempenho da atividade de controle judicial. Nesse contexto, Poder Judiciário passou a ocupar o epicentro do sistema, havendo um grande clamor por parte da sociedade para uma atuação incisiva dos magistrados na resolução de problemas circundantes⁶. (MAUS, 2000, p.185).

A interpretação do crescimento do “Terceiro Poder” no século XX, particularmente no tocante à Alemanha, é feita pela autora através de uma análise metafórica, comparando a relação cidadão- Poder Judiciário com a relação filho-pai. A admiração existente na figura paterna pode ser simbolicamente atribuída ao Poder Judiciário, já que a população deposita as suas esperanças nesse Poder, havendo verdadeiros “contornos de veneração religiosa”. (MAUS, 2000, p.185)

Não obstante, Ingebord Maus alerte que por trás das ideias de garantia judicial de liberdade e da principiologia da interpretação constitucional, a atuação do Poder Judiciário podem esconder ideias de domínio, irracionalidade e arbítrio (MAUS, 2000, 183), é preciso destacar que a atuação judicial inovadora e concretizadora, principalmente do Supremo Tribunal Federal, é de extrema importância para a sociedade. Essas decisões têm a missão de lapidar novas interpretações e caminhos em busca do progresso da sociedade.

O Poder Judiciário tem o dever de lapidar novas interpretações e caminhos em busca da sociedade. Caso contrário, a sociedade correrá o risco de ter que conviver com um Constituição meramente simbólica⁷.

Ao analisar a Constituição, é preciso verificar a permanente relação entre o texto e a realidade constitucionais, visando a concretização de normas constitucionais. Nesse processo, observa-se que concretizar é mais do que simplesmente interpretar/aplicar o texto normativo. A norma jurídica influencia a realidade relacionada a ela e, ao mesmo tempo, é influenciada por essa realidade⁸. (NEVES, 2011, p.83)

⁶ A autora relata e critica o atual contexto do Tribunal Federal Constitucional, corte suprema na Alemanha. Essa corte, ao desempenhar a sua função de controlar a constitucionalidade das leis, atua de maneira soberana, definindo os seus próprios limites de atuação e ampliando o poder que lhe fora atribuído.

⁷ De acordo com Karl Loewenstein, as constituições podem ser divididas em normativas, nominalistas e simbólicas, conforme a sua relação com a realidade do processo de poder. As simbólicas, também chamadas de semânticas, representam o reflexo da realidade do processo político e são meros instrumentos para a manutenção do poder (NEVES, Marcelo. A Constitucionalização simbólica. 3. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2001, p. 105)

⁸ Trata-se do conceito de Constituição, tratado pela Teoria dos Sistemas.

CONCLUSÃO

A Constitucionalização do Direito representou uma profunda mudança na interpretação das normas jurídicas. O viés meramente retórico das normas constitucionais dá lugar à busca pela proteção das normas constitucionais e o sistema jurídico passa a ter como norte a supremacia axiológica da Lei Maior. As leis, inclusive as trabalhistas, passaram a ser lidas e entendidas sob um novo olhar, o olhar constitucional.

Assim, o Direito do Trabalho, como qualquer outro ramo do direito, passa por uma mudança significativa. O caráter protetivo, que sempre representou a própria razão de ser daquele ramo, revela-se ainda mais otimizado.

Os direitos da personalidade dos empregados, como o direito à privacidade e ao tratamento igualitário, devem ser sempre preservados nas relações estabelecidas com os empregadores, estando incluída neste íterim a fase pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Portanto, não há que se falar em disposição desses direitos da personalidade, já que as regras de ordem pública delimitam a disposição desses direitos, principalmente em relação aos trabalhadores, que representam, em regra, a parte mais fraca da relação jurídica do contrato de trabalho.

Nesse contexto, faz-se necessário proteger o direito à privacidade dos trabalhadores e, para isso, o intérprete não pode atuar com indiferença em relação ao texto constitucional. Os textos jurídicos, inclusive os dispositivos da CLT e leis esparsas trabalhistas, não podem ser ineficazes, eles devem ser interpretados e aplicados à luz da Lei Maior.

Nessa toada, é preciso destacar que a jurisprudência tem assumido o múnus de julgar as demandas através dos novos paradigmas trazidos pela Carta Política de 1988. No âmbito da justiça laboral, o magistrado deve atentar ao fato de que o valor social do trabalho foi erigido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, IV).

À guisa de conclusão, pode-se dizer é preciso reforçar ainda mais o manto protetivo dos direitos da personalidade do trabalhador, principalmente diante de um cenário de crise e debilidade econômica, que fomentam o aviltamento de tais direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Constituição do Novo Modelo.** 5ªed São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **O novo Direito Constitucional Brasileiro:** contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTILHO, María Teresa Alameda. **Estágios prévios al contrato de trabalho y discriminación.** Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição a vida dos povos. Da idade média ao século XXI.** 2ªed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

DELGADO, Gabriela Neves. **A CLT aos 70 anos: rumo a um Direito do Trabalho Constitucional.** Publicada em In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho: Vol. 79, n. 2 (abr./jun. 2013). Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/39779>. Acesso em: 10 ago. 2015.

MANTOVANI JUNIOR, Laert. **O direito constitucional à intimidade e à vida privada e o poder diretivo do empregador.** São Paulo: LTr, 2010.

MARTINEZ, Luciano. **Curso do Direito do Trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2010.

MAUS, Ingebord. **O judiciário como superego da sociedade:** o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã. Tradução Martonio Lima e Paulo Alburquerque. In. Novos Estudos. n° 58, Nov. 2000, São Paulo: Cebrap. (pp. 183/202). Disponível em :<http://novosestudios.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627_judiciario_como_su_perego.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2016.

MORI, Amaury Haruo. **O direito à privacidade do trabalhador no ordenamento jurídico português.** São Paulo: LTr, 2011.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica.** 3. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2001

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. (p.169/223).

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional da Empresa**. São Paulo: Método, 2013.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação**: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.