

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “JACY DE ASSIS”
MÁRCIO REZENDE

**VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
DO EMPREGADO DECORRENTE DO PODER DE
FISCALIZAÇÃO DO EMPREGADOR**

UBERLÂNDIA
2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “JACY DE ASSIS”
MÁRCIO REZENDE

VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO EMPREGADO DECORRENTE DO PODER DE FISCALIZAÇÃO DO EMPREGADOR

Dissertação apresentada perante a
Faculdade de Direito “Jacy de Assis” da
Universidade Federal de Uberlândia como
requisito parcial para obtenção do título de
mestre, sob a orientação do Professor
Doutor Rubens Valtecides

UBERLÂNDIA
2011

MÁRCIO REZENDE

VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO EMPREGADO DECORRENTE DO PODER DE FISCALIZAÇÃO DO EMPREGADOR

Dissertação apresentada perante a Faculdade de Direito “Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para obtenção do título de mestre.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Rubens Valtecides

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Rubens Valtecides

Profa. Dra. Maria Hemília Fonseca

Prof. Dr. Marco Aurélio Nogueira

Uberlândia, ____ de fevereiro de 2012

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

R467v Rezende, Márcio 1977-
2011 Violação da dignidade da pessoa humana do empregado decorrente do
 poder de fiscalização do empregador. / Márcio Rezende. - Uberlândia,
 2011.
 148 f.

 Orientador: Rubens Valtecides.
 Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
 Inclui bibliografia.

 1. Direito - Teses. 2. Direito do trabalho - Brasil - Teses. 3.
Trabalhadores - Brasil - Teses. I. Valtecides, Rubens. II. Universidade
Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

DEDICATÓRIA

A Deus por tudo que me já me proporcionou e proporciona na vida.

À minha mãe e meu pai, os quais amo muito e sempre foram exemplo de honestidade e retidão em minha vida.

À minha esposa Tainá pelo amor, carinho, compreensão e companheirismo sempre demonstrados para comigo.

Às minhas filhas Nina e Kyara pelo amor incondicional e alegria sempre demonstradas quando estamos juntos.

Aos meus irmãos por tudo que me ajudaram até hoje.

À memória do grande amigo Victor, pessoa de índole diferenciada, honesto, comprometido, estudioso, caráter indiscutível, e que, infelizmente, foi levado para a Graça de Deus muito cedo.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus pelo milagre da vida, pela minha existência e pela oportunidade ímpar de poder cursar o mestrado na escola que me fez no âmbito jurídico. Agradeço ainda ao nobre Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo, amigo de todas as horas, em razão de toda a dedicação, de todo o esforço não apenas para comigo, mas para com a docência, de forma geral. Deixo a este nobre professor estas singelas palavras na tentativa de expressar o quanto sou grato pela enorme ajuda que sempre me prestou, principalmente no início de minha carreira jurídica.

À minha esposa e minhas filhas agradeço pelo apoio incondicional, pela paciência, pelo companheirismo, pelas horas furtadas do convívio familiar que nunca foram objeto de cobrança por parte delas. Aos meus pais pela alegria incomensurável de tê-los em minha vida, bem como pelo enorme sacrifício feito por eles para que, desde a minha infância, eu tivesse uma formação de qualidade.

Aos meus irmãos pela singularidade de suas personalidades e pela presença sempre marcante em minha vida. À minha sogra e meu cunhado em razão do apoio, sem medidas, sempre demonstrado para com a minha caminhada profissional.

Ao Prof. Dr. Rubens Valtecides pelas orientações e apoio no desenvolvimento da pesquisa, sempre no sentido de estimular meu crescimento e nunca para o contrário. Também sou grato pela aula de respeito à pesquisa alheia, sempre muito educado e respeitoso para com o trabalho dos outros.

Ao amigo Karlos Alves Barbosa, irmão de todas as horas, um grande abraço e um muito obrigado por toda a ajuda sempre prestada, pelo material de qualidade fornecido, pela amizade e, principalmente, por estar com o coração sempre aberto para ajudar quem precisa.

Agradeço ainda a todos os professores que, de uma forma ou outra, sempre contribuíram para a minha formação escolar. Um muito obrigado, especialmente, ao prof. Leosino pela paciência e pela doação para com a Universidade Federal de Uberlândia, concedendo aos alunos o maior privilégio de contar com seus conhecimentos e orientações.

E finalmente, agradeço a todos que me ajudaram direta ou indiretamente para o desenvolvimento deste projeto. Um MUITO OBRIGADO a todos vocês!

RESUMO

Parte-se da distinção entre direitos humanos, fundamentais e de personalidade, considerando-se os primeiros como aqueles positivados em declarações universais, os segundos como os direitos de tutela do ser humano positivados no texto da Constituição de um País, e os últimos como um grupo específico de direitos de tutela da pessoa de caráter infraconstitucional. Partiu-se, portanto, da teoria dos direitos fundamentais baseada na constatação de que as normas jurídicas são ou princípios ou regras e que, somente as primeiras, titularizam os direitos fundamentais. O conflito dos direitos fundamentais é solvido através da lei da colisão que, via método da ponderação, estabelece uma precedência condicionada ao caso concreto e sempre com recurso à regra da proporcionalidade. A dignidade da pessoa humana é valor absoluto e direito fundamental relativo. É o principal fundamento da República Brasileira. Além de conferir unidade axiológica aos direitos fundamentais, anima a existência dos direitos de personalidade. Os direitos de personalidade representam os equivalentes dos direitos fundamentais no âmbito infraconstitucional. A relação de emprego encontra-se, vinculada pela necessidade de tutela do ser humano. A norma do art. 8º, parágrafo único da CLT, permite a ampla incidência dos direitos fundamentais na relação de emprego, seja indiretamente via direitos de personalidade, ou diretamente em face da omissão do Direito Privado. Distingue-se a revista embasada na segurança pública da revista embasada na defesa de propriedade do empregador, sendo esta o objeto de enfrentamento por este trabalho. A legislação brasileira atual proíbe apenas a revista íntima no art. 373-A da CLT. A solução não é boa, eis que o Tribunal Superior do Trabalho posiciona-se de forma vacilante. O Direito alienígena, no mesmo sentido, é vacilante na mesma medida. O projeto do Código do Trabalho traz em seu art. 40 permissivo para a revista desde que não abusiva e não violadora da intimidade e da integridade física e moral do empregado. A norma é um retrocesso. Admitir a revista em defesa de propriedade do empregador representa, de um só turno, inversão do fundamento constitucional, pondo-se a tutela da pessoa em segundo plano e a tutela do patrimônio em primeiro plano. Representa, ainda, quebra do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da presunção de inocência, e prática de justiça privada por parte do empregador. O empregador sempre terá outros meios para defesa de sua propriedade, sem a necessidade de uso de revistas. É preciso que o Legislativo opere o sopesamento entre a dignidade do empregado e a propriedade do empregador fixando, via regra, a precedência da dignidade e, por consequência, a vedação de qualquer tipo de revista que tenha por finalidade defesa de propriedade do empregador.

ABSTRACT

It starts with the distinction between human rights and fundamental personality, considering the first positivized as those in universal declarations, the second as the rights of protection of human positivism in the Constitution of a country, and the latter as a particular group of rights of guardianship of the person of character *infra*. The starting point was therefore the theory of fundamental rights based on the finding that legal rules are principles or rules, and that only the first, securitize fundamental rights. The conflict of fundamental rights and solver through the law of collision via the method of weighting sets a precedence case and conditioned to always using the proportionality rule. The human dignity is absolute and fundamental right relative. It is the main foundation of the Brazilian Republic. In addition to conferring unity axiological fundamental rights, encourages the existence of personal rights. The rights of personality represent the equivalent of fundamental rights under *infra*. The employment relationship is, bound by the need to protect the human being. The standard of art. 8, the sole paragraph of the Labor Code, allows the widespread incidence of fundamental rights in the employment relationship, or indirectly via personality rights, or directly in the face of the failure of Private Law. A distinction is grounded in the magazine's public safety review grounded in defense of property of the employer, which is the object of confrontation for this work. Current Brazilian legislation prohibits only the intimate art magazine. 373-A of the CLT. The solution is not good behold, the Superior Labor Court is positioned so shaky. The alien law, in the same direction as the table is wobbly. The design of the Labour Code provides in its article 40 permissive for the magazine since it does not abusive and does not violate the privacy and physical integrity, and employee morale. The standard is a step backwards. Admitting the magazine in defense of property of the employer is, in one turn, reversing the constitutional foundation, putting up the umbrella in the background of the person and the protection of heritage in the foreground. It also presents breakdown of due process, the contradictory and full defense, the presumption of innocence, private justice practiced by the employer. Employers always have other means to defend their property, without the need to use journals. It requires the Legislature to operate the weighing between the employee's dignity and property of the employer setting, via a rule, the precedence of dignity and, consequently, the prohibition of any kind of magazine that aims at defending property of the employer.

LISTA DE ABREVIATURAS

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CPC – Código de Processo Civil

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
 1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS	14
1.1 Questões terminológicas	15
1.2 As normas de direitos fundamentais	18
1.3 A teoria dos princípios	20
1.4 A regra da proporcionalidade e a teoria dos princípios	32
1.5 Restrições a direitos fundamentais.....	37
1.6 Núcleo essencial dos direitos fundamentais.....	45
1.7 Vinculação dos particulares a direitos fundamentais	50
 2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA RELAÇÃO DE EMPREGO.....	63
2.1 A dignidade da pessoa humana	63
2.1.1 Significado	64
2.1.2 Concepção inatista x Concepção multiculturalista	66
2.1.3 Dignidade da pessoa X Dignidade da humanidade.....	68
2.1.4 Dúplice posicionamento: princípio e valor	69
2.1.5 Relacionamento com o núcleo essencial dos direitos fundamentais.....	73
2.1.6 Norma absoluta ou relativa?	75
2.2 Os direitos da personalidade	79
2.2.1 Noção	79
2.2.2 Fundamento constitucional	80
2.2.3 Atributos dos direitos de personalidade	82
2.2.4 Tutela dos direitos de personalidade	85
2.2.5 Classificação	86
2.2.6 Direito à vida privada, à intimidade e ao segredo.....	87
2.2.7 Os direitos de personalidade são direitos fundamentais?.....	93
2.3 Caracterização da relação de emprego.....	95

2.4 Os direitos de personalidade e a relação de emprego	100
3 A BUSCA PESSOAL: VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA.....	102
3.1 Os poderes do empregador	102
3.1.1 Noção de poder empregatício	102
3.1.2 Fundamento do poder empregatício	103
3.1.3 Natureza jurídica do poder empregatício.....	107
3.1.4 Manifestações do poder empregatício	110
3.2 Controle na relação de emprego. A busca pessoal: definição, legislação atual e propostas de alteração.....	115
3.2.1 A busca pessoal	116
3.2.2 Legislação atual e propostas de alteração.....	118
3.2.3 Posicionamento doutrinário	120
3.2.4 Jurisprudência.....	123
3.3 O poder de controle no Direito Estrangeiro.....	127
3.4 Violação da dignidade da pessoa humana por meio da busca pessoal	131
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	139
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	143

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa desenvolve-se no plano da teoria dos direitos fundamentais com destaque para a dignidade da pessoa humana, sobretudo em face do poder empregatício de fiscalização do empregado no âmbito da relação de emprego. O problema a ser analisado, portanto, delimita-se pela discussão acerca da violação que o procedimento da revista, usado pelo empregador, acarreta na dignidade da pessoa humana do empregado.

Mais especificamente, frise-se, a questão central deste trabalho encontra-se bem representada pela colisão de dois direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana do empregado e o direito de propriedade do empregador. Em razão da necessidade de salvaguarda do patrimônio do empregador tem sido corrente, no cenário nacional, a permissão às revistas. Isto ocorre, evidentemente, com prejuízo à dignidade do empregado, concedendo-se precedência à propriedade do empregador.

Para bem analisar o ponto, visa-se, em um plano imediato, promover um estudo em torno da teoria da colisão dos direitos fundamentais; analisar a normatividade do valor dignidade, os consentâneos direitos à intimidade e vida privada, bem como a polêmica sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Após, em um plano mediato, o objetivo será apreender a noção de busca pessoal para localizar o conceito de revista aplicável ao Direito do trabalho, bem como avaliar os poderes do empregador no contexto da relação de emprego da atualidade para que se possa, ao cabo disso, analisar a violação da dignidade da pessoa humana do empregado em face do procedimento de revistas.

Nesta senda, opta-se pelo tipo de pesquisa teórica, entendida esta como aquela que lança um estudo sobre as bases teórico-bibliográficas presentes sobre o tema, no que perpassa pelo exame da doutrina acerca do problema proposto: a violação da dignidade em face do procedimento de revista.

Partindo desta base teórica buscar-se-á um melhor entendimento ao problema proposto. Entretanto, também se empreende uma breve pesquisa jurisprudencial acerca do problema, a fim de que se vislumbre seu atual estágio na prática. Vale-se, nesse mister, do estudo de casos em que o Tribunal Superior do Trabalho, cúpula máxima da Justiça Laboral Brasileira, posiciona-se sobre o permissivo ou não do procedimento das revistas. Tal posicionamento, como se verá, é vacilante e não aborda a questão, propriamente, no âmbito da colisão dos direitos fundamentais.

Utilizar-se-á, neste mister, do método dedutivo, através do qual parte-se das posições doutrinárias e das normas jurídicas acerca do tema proposto para que se possa deduzir uma máxima hermenêutica que deverá posicionar-se no sentido de conferir precedência à dignidade quando a revista esteja embasada na necessidade de defesa da propriedade dos meios de produção.

Para a construção de tal raciocínio no qual se desdobrará a análise do problema da revista no âmbito da relação de emprego, bem como a violação que proporciona na dignidade da pessoa humana, partir-se-á do entendimento de que o sistema jurídico brasileiro é composto de dois tipos básicos de norma: as regras e os princípios.

O primeiro capítulo, portanto, inicia com a distinção terminológica e entre os temas Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos da personalidade sem, entretanto, destoar da função básica que tais terminologias representam: a necessidade de garantia da pessoa. Em que pese a importância da distinção terminológica mencionada, no âmbito da presente pesquisa, optar-se-á pelo prosseguimento da discussão no âmbito constitucional, através da colisão de direitos fundamentais.

Exatamente por isso, na sequência, enfrenta-se a questão da distinção entre regras e princípios, a incidência da regra da proporcionalidade no âmbito da colisão dos direitos fundamentais, as restrições e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Tal capítulo se encerra apresentando a incidência dos direitos fundamentais na relação de emprego.

No segundo capítulo analisa-se a dignidade da pessoa humana, seu significado, sua natureza jurídica, sua relatividade e seu relacionamento com o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Apresenta-se, neste capítulo, a idéia de que os direitos fundamentais significam a concretização de um mínimo de dignidade e retoma-se a necessidade de abordagem da discussão no plano da constitucionalidade, a qual seja a colisão de direitos fundamentais. De um lado o direito fundamental do empregado à dignidade e de outro o direito fundamental do empregador à propriedade.

Por fim, o capítulo terceiro perpassa pelo estudo do poder empregatício com destaque para o sistema de controle através de revista, amplamente praticado no Direito Pátrio. Analisa-se a legislação, a doutrina e a jurisprudência nacionais, bem como, com brevidade, o Direito estrangeiro. É neste capítulo que se aborda, retomando-se os conceitos antes estudados, a questão da violação da dignidade da pessoa humana em face da prática de revistas nos empregados.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A teoria dos direitos fundamentais não é diferente de qualquer outra teoria. Neste campo há inúmeros dissensos doutrinários acerca dos mais variados tópicos. Nestes termos, sabido que a proposta do presente trabalho é de estruturar um raciocínio de base constitucional a ser aplicado dentro do direito laboral brasileiro, buscou-se elencar os pontos tidos como chave para a compreensão da teoria dos direitos fundamentais que será, aqui, aplicada.

Destarte, por questões metodológicas, será percorrida uma via *crucis* com a finalidade de por em debate os pontos polêmicos que atualmente envolvem os direitos fundamentais no Brasil. Por evidente, não se pretende, com isso, desenvolver uma teoria aprofundada acerca dos direitos fundamentais, mas, tão somente, deixar claro as posições tomadas ao longo da vertente teórica para que, ao fim deste trabalho, se possa tomar uma posição corretamente fundamentada acerca da problemática proposta.

Visando este desiderato é que o presente capítulo vai iniciar com a distinção terminológica que existe entre os termos direitos do homem, direitos humanos, direitos fundamentais e direitos de personalidade.

Em um segundo momento, analisar-se-ão as normas de direitos fundamentais, bem como a distinção entre regras e princípios propostas por Robert Alexy e Ronald Dworkin, dentro do que se cunhou tratar como teoria dos princípios.

Também se dará relevo para a regra da proporcionalidade e para a questão da relatividade dos direitos fundamentais com sua dúplice discussão: as restrições a esses direitos, bem como a necessidade de ressalva de um núcleo essencial.

Por fim, este primeiro capítulo se encerrará com a discussão que envolve a aplicação dessa teoria dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Este último tópico, talvez, seja o de maior importância desta primeira parte, haja vista que a problemática que se pretende analisar ao longo deste trabalho se insere no direito do trabalho, o qual é direito privado.

Entretanto, não é objetivo, neste momento, empreender um estudo mais aprofundado no direito laboral brasileiro, mas, apenas, desenvolver uma linha teórica de direitos fundamentais, corretamente fundamentada, para propiciar sua aplicação no âmbito das relações de emprego.

Neste sentido, remissões ao direito do trabalho serão possíveis, embora o foco inicial seja o direito constitucional.

1.1 Questões terminológicas

O objeto de estudo deste trabalho, situa-se numa temática que, comumente, se convencionou referir como “Direitos Fundamentais”. Entretanto, há outras nomenclaturas, bastante usuais, que costumam aparecer quando está em jogo a tutela da pessoa.

Neste sentido, é comum o uso das expressões: Direitos do homem, Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos de Personalidade.

A primeira expressão, Direitos do homem, é usada para designar direitos de caráter universal, válidos para todos os povos em todos os tempos possuindo caráter inviolável.¹ Por outro lado, são Direitos Humanos aqueles positivados em declarações universais e revelados em cenário internacional. Sua aplicação no direito interno, embora se estenda a toda a humanidade, em muitos casos, depende de ratificação do tratado pelo país signatário.²

Esta conotação de direitos humanos, que exige o aceite interno, via algum procedimento legislativo, para a adoção de normas de promoção do ser humano declaradas pela ordem internacional, parece, contudo, demonstrar sinais de envelhecimento.

Nesse sentido, alerta Flávia Piovesan sobre a necessidade de construção de um conceito de direitos humanos contemporâneo, atado à Declaração Universal de 1948 e à Declaração de Direito Humanos de Viena de 1993, sobretudo em razão das barbáries praticadas em razão da segunda guerra.³

Seriam, então, direitos de caráter supranacional, visto que reconhecidos pelo Direito Internacional e válidos para qualquer pessoa independentemente da ordem jurídica a que esteja submetida, possuindo, ainda, a pretensão de universalidade.⁴

No mesmo sentido é a posição de Ingo Wolfgang Sarlet⁵ ao mencionar os direitos humanos como “[...] 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 [...]”.

Tal concepção parte da releitura da noção tradicional de soberania hobbesiana para uma soberania mais fluida, a qual, sustentada em uma base kantiana, elenca o ser humano como cidadão universal.⁶

¹ HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho*. p. 13 e 14

² MIRANDA, Rosângelo Rodrigues. *A proteção constitucional da vida privada*. p. 55

³ *Direitos humanos e direito constitucional*. p. 6

⁴ HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Op cit.* p. 13 e 14

⁵ *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 33

⁶ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.* p. 8

Já a expressão “Direitos fundamentais” liga-se aos direitos de tutela do ser humano que, contidos em âmbito internacional ou não, apresentam-se positivados no texto da Constituição de um País em um dado momento histórico.⁷ Na mesma posição quanto à definição dos direitos fundamentais estão Hainzenreder Júnior⁸, Edilsom Pereira de Farias⁹, André Gustavo Correa de Andrade¹⁰ e José Afonso da Silva¹¹.

Nessa mesma direção, leciona Antônio Henrique Perez Luño que os direitos fundamentais são a principal garantia que os cidadãos possuem para a promoção da pessoa humana no âmbito de um Estado de Direito.¹²

Importante constar que a distinção que se opera entre direitos fundamentais e direitos humanos não tem a finalidade de provocar uma divisão de mundos, mas apenas indicar se um determinado direito é objeto de referência no plano internacional ou no plano de um dado Estado.¹³

A Constituição Brasileira apresenta extenso rol de direitos fundamentais, mas, para além da evidente fundamentalidade dos direitos consagrados no artigo 5º é de se admitir a existência de direitos fundamentais em diversas outras passagens do texto constitucional.

Há, ainda, a previsão do art. 5º, § 2º da CRFB que prescreve que “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.”

Para importante parcela doutrinária trata-se da previsão de direitos fundamentais implícitos que não constaram expressamente do texto constitucional¹⁴, posição com a qual se coaduna. Aliás, o referido preceito permite ir além, para admitir como fundamental um direito de tutela da pessoa humana reconhecido por tratados e convenções.

Por fim, os direitos de personalidade são um grupo específico de direitos de tutela da pessoa ordenados por um sub-regime próprio¹⁵, composto por normas de caráter infraconstitucional, e constitucionalmente fundamentados no art. 1º, III da CF/88, que tutela a

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 35

⁸ *Op. cit.*, p. 13 e 14

⁹ *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.* p. 67

¹⁰ *O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e sua concretização judicial.* p. 16

¹¹ *Curso de Direito Constitucional Positivo.* p. 157

¹² *Los derechos fundamentales.* p. 19

¹³ ANDRADE, André Gustavo Correia de. *Op. Cit.*, p. 17

¹⁴ *ibid.*, p. 18

¹⁵ MIRANDA, Rosângelo Rodrigues. *Op. cit.* p. 55

dignidade da pessoa humana, bem como no art. 5º, § 2º da CF/88 o qual permite, através de redação aberta, a ampla proteção dos direitos da personalidade.¹⁶

Sua importância é ímpar no âmbito do direito privado, já que as normas de direitos de personalidade permitem a vinculação mediata e indireta dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado.

Quanto a esta última distinção, necessário salientar que parte da doutrina compreende que a diferença entre direitos fundamentais e direitos de personalidade representa uma diferença de grau de atuação, bem como de âmbito de eficácia das normas que fundamentam tais direitos.

Nesse sentido, leciona Santos Cifuentes¹⁷ que os direitos de personalidade são direitos de fundamento infraconstitucional destinados ao tratamento da relação jurídica entre privados, ao passo que os direitos fundamentais teriam fundamento constitucional destinando-se ao tratamento da relação jurídica entre privado e público. No mesmo sentido é a posição de Carlos Alberto Bittar.¹⁸

Em posição divergente assinala, acertadamente, Capelo de Sousa¹⁹ que embora os direitos de personalidade tenham seu fundamento no direito infraconstitucional e os direitos fundamentais o possuam no texto constitucional ambos são direitos aplicáveis tanto em relações apenas entre privados quanto entre público e privado.

Evidentemente, que a opção deste trabalho será por abordar as discussões que virão sob o âmbito dos direitos fundamentais, mas isto não afastará um breve olhar sobre os direitos de personalidade quando existentes. É que, há direitos que são, ao mesmo tempo, fundamentais e de personalidade, como é o caso da intimidade.

No mesmo sentido, é de se admitir a possibilidade de existência de direitos de personalidade que não sejam, ao mesmo tempo, direitos fundamentais²⁰, bem como direitos fundamentais que não sejam, ao mesmo tempo, direitos de personalidade.²¹

Tal diferenciação é importante pelo fato de que a “A ampliação do raio de ação do princípio da dignidade humana tem, cada vez mais, levado os direitos de uma categoria a se incluir na outra.”²²

¹⁶ HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Op. cit.* p. 31

¹⁷ *Derechos personalísimos*. p. 225.

¹⁸ *Os Direitos da Personalidade*. p. 22

¹⁹ *O Direito Geral de Personalidade*. p. 584

²⁰ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *Op. cit.* p. 585

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 372

²² ANDRADE, André Gustavo Correia de. *Op. cit.* p. 26

Segundo Capelo de Sousa²³ e Canotilho²⁴ este fenômeno da ampliação da dignidade da pessoa humana tem acarretado tanto a constitucionalização dos direitos de personalidade quanto uma vinculação dos direitos fundamentais em face da esfera personalíssima do ser humano.

1.2 As normas de direitos fundamentais

Ao se tratar do tema norma jurídica deve-se partir da distinção precisa entre norma e enunciado normativo, também chamado de dispositivo ou texto normativo. Dispositivos são o que se pode chamar de sinais lingüísticos ou conjunto de palavras que revelam, ou não, a presença de uma norma jurídica.²⁵ Normas são o seu conteúdo, o seu significado.

Nesse diapasão, leciona Edilson Pereira de Farias que “a norma é o resultado duma interpretação, ou seja, é o significado de um texto ou disposição de norma.”²⁶

Simple exemplo auxilia na compreensão desta distinção. Basta examinar o art. 143 da Consolidação das Leis do Trabalho que estabelece a permissão para que o empregado converta 1/3 de suas férias em abono pecuniário.

Nesta redação legal citada é enunciado normativo a construção lingüística que prescreve: “É facultado ao empregado converter 1/3 (um terço) do período de férias a que tiver direito em abono pecuniário, no valor da remuneração que lhe seria devida nos dias correspondentes.”

É norma o seu conteúdo, seu significado, que implica numa norma cujo modal deôntico é o da permissão. A norma é, portanto, sempre o significado que se extrai de uma disposição normativa, via procedimento hermenêutico.²⁷

Nestes termos, deve restar claro ao intérprete do Direito que não há correspondência entre norma e texto normativo, de modo que a presença de texto não leva, obrigatoriamente, à presença de uma norma.²⁸ No mesmo sentido posiciona-se Francisco Amaral.²⁹

Há diversos textos literários, bem como das diversas ciências existentes que não vinculam, necessariamente, normas, quanto menos jurídicas.

²³ *Op. cit.*, p. 585

²⁴ *Op. cit.*, p. 372

²⁵ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. p. 63

²⁶ *Op. cit.*, p. 78

²⁷ *ibid.*, p. 78

²⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. p. 22

²⁹ *Op. cit.*, p. 63

Tal falta de correspondência entre texto e norma permite inferir tanto a existência de norma sem texto quanto a existência de texto sem norma. No primeiro caso se encaixam os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito³⁰, bem como todas as normas consideradas implícitas no ordenamento jurídico brasileiro. Não contam com texto que as positive, mas são reconhecidas amplamente nos Tribunais pátrios.

Outro exemplo, ainda pode ser fornecido pelos costumes tidos como norma jurídica ante aos anos de prática reiterada, como no caso do tradicional costume do cheque pós-datado, corriqueiramente tratado como pré-datado.

Outra constatação que se segue em razão da ausência de correspondência necessária entre texto e norma é a possibilidade de que em um único texto estejam presentes várias normas como ocorre com o art. 5º, *caput* da CRFB de 1988 que consagra várias normas-princípio. Aliás, no mesmo sentido, é comum que uma mesma norma possa ser apresentada por diferentes enunciados normativos.³¹

Em tal diapasão somente se fala em direito fundamental quando haja norma jurídica fundamental que o preveja. Destarte, pode-se dizer que somente se está diante de direito fundamental quando, efetivamente, exista uma norma de direito fundamental que o preveja³², ainda que implícita. São, assim, normas de direitos fundamentais o conjunto de significados das disposições de direito fundamental.³³

Tenha-se, nesse sentido, o cuidado de se ressaltar que não há correspondência necessária entre a presença de uma norma de direito fundamental e um direito fundamental em grau subjetivo. É que, consoante leciona boa doutrina³⁴, há normas de direitos fundamentais que não consagram, diretamente um direito em grau subjetivo, senão apenas abrem a possibilidade de revelação de, até mesmo, mais de um direito fundamental em grau subjetivo. Exemplo disso é a norma do art. 5º, § 2º da CRFB ao estipular que os direitos consagrados na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Ademais, há normas de direitos fundamentais que visam estabelecer questões de aplicação sobre outras normas de direitos fundamentais, como o art. 5º, § 1º da CRFB, citado

³⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit.* p. 22

³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. p. 53

³² *Ibid*, p. 50

³³ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. p. 83

³⁴ FARIAS, Edilsom Pereira de. *Op. cit.* p. 80

por Edilsom Pereira de Farias³⁵, quanto à questão da aplicação imediata das normas de direitos fundamentais.

Pode-se dizer, em tais casos, que há, basicamente um tipo de norma de direitos fundamentais e, doutro lado, dois tipos de direitos fundamentais: um subjetivo e outro objetivo. As normas citadas pelo renomado autor seriam normas que consagram direitos fundamentais objetivos.

Lado outro, há de se ter em mente que a concepção tradicional de norma-regra, geralmente consagradora de padrão de conduta, não se basta para justificar direitos fundamentais. É que, uma tal definição normativa, jungida ao conceito de direito subjetivo, oriundo de norma-regra, estaria a menosprezar a possibilidade de existência de direitos fundamentais cuja base normativa sejam as normas-princípio.³⁶

Frise-se, nesse sentido, que as normas consagradoras de direitos fundamentais são normas-princípio. Isto por si só, não descarta a importância das normas-regra, as quais funcionam para estipular restrições a direitos fundamentais.

Tal constatação é importante, pois coloca em evidência o necessário entreteçamento entre as normas-regra e as normas-princípio quando o assunto é direitos fundamentais, além do que traz a tona o problema da distinção entre os princípios e as regras. Exatamente por tal motivo é que se impõe uma breve visita à teoria dos princípios, sobretudo pela sua importância no que toca ao papel que desempenha acerca dos direitos fundamentais.

Nestes termos, é bom frisar, não será feita qualquer incursão teórica de fôlego sobre este tema, mas apenas uma breve análise das teorias atuais sobre a questão, o que permitirá que se chegue a certas conclusões de suma importância para a compreensão e análise do objeto central deste trabalho.

1.3 A teoria dos princípios

Partindo da noção de que há dois tipos básicos de norma: as regras e os princípios, constata-se que sua aplicação gera, não raro, conflitos e colisões que exigem um mecanismo de solução desses entrelaçamentos normativos. Tal ocorrência ganha maior relevância quando, evidentemente, se está a tratar do choque normativo referente a direitos fundamentais.

³⁵ *Op. cit.*, 2008, p. 81

³⁶ ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 51

Em tal diapasão, surge a necessidade de estabelecer uma distinção normativa entre normas-princípio e normas-regra, para que, ao cabo desse procedimento de diferenciação, seja possível optar por uma solução determinada diante de uma colisão de direitos fundamentais.³⁷

Neste desiderato, a distinção mais tradicional feita entre regras e princípios é baseada no critério da generalidade, segundo o qual, comumente, é dito que princípios são normas de alto grau de generalidade e abstração, ao passo que as regras são normas de baixo grau de generalidade e abstração.³⁸ Trata-se da concepção débil da diferença entre princípios e regras.³⁹

Em tal entendimento, as normas mais genéricas, aquelas cujo suporte fático seja amplíssimo, seriam consideradas princípios, ao passo que as normas mais específicas, como as de suporte fático mais delimitado, seriam consideradas regras.

A infortunística de uma distinção de tal natureza se estabelece, justamente, pela dificuldade em traçar a linha divisória entre uma norma mais genérica e uma mais específica. A falta de um critério científico neste sentido faz com que a discussão saia do campo teórico para o de um subjetivismo decisionista.

Ademais, a comunidade jurídica é repleta de discussões e teorias em todos os sentidos. Não raro, portanto, será a possibilidade de contradições de entendimentos sobre o que seja genérico a ponto de poder ser considerado princípio e o que seja específico a ponto de poder ser considerado regra.

Em tais termos, é corrente o entendimento de que tal concepção não conduz a uma distinção clara e precisa entre princípios e regras.⁴⁰ Outrossim, há entendimento de que não seria correto considerar uma norma como princípio ou regra apenas baseando-se na forma em que fora formulada⁴¹.

A tentativa de superação do frágil critério da generalidade levou à criação de um critério chamado por uns de critério qualitativo⁴² e por outros de critério forte.⁴³

Tal concepção parte do suposto de que princípios são mandados de otimização, já que com base neles pressupõe-se que algo deva ser realizado na maior medida possível, admitindo-se, pois, variabilidade de realização, concorrendo, para esta variabilidade, tanto

³⁷ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. p. 61

³⁸ ALEXY, Robert. *Teoria Op. cit.* p. 87

³⁹ FARIAS, Edilsom Pereira de. *Op. cit.* p. 30

⁴⁰ *Ibid*, p. 29

⁴¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit.* p. 33

⁴² ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 90

⁴³ FARIAS, Edilsom Pereira de. *Op. cit.* p. 29

possibilidades jurídicas (colisão de princípios e regras) quanto possibilidades fáticas (condições do caso prático).⁴⁴

Essa distinção entre regras e princípios é de ordem lógica, vez que aos princípios é admitida uma importância de peso que varia em diversos graus de realizabilidade mediante análise do caso concreto, ao passo que as regras submeter-se-iam à regra do tudo ou nada.⁴⁵

A distinção Dworkiniana parte do suposto de que as regras expressam consequências jurídicas cuja incidência é quase automática quando presentes as condições necessárias. As regras são vistas, pois, como “[...] normas jurídicas das quais se extraem consequências jurídicas específicas, ou seja, uma vez ocorridos os fatos descritos em seu enunciado, a consequência jurídica é tangível e delimitada.”⁴⁶

É com base nessa distinção que se diz que os princípios oscilam em graus de realização diante de diversas circunstâncias práticas distintas, enquanto as regras devem ser aplicadas na exata medida em que estão anunciadas, não comportando, destarte, variação em seu grau de aplicação. As regras devem ser realizadas na forma exata que se apresentam ou não.⁴⁷

Exemplo dos diversos graus de realizabilidade dos princípios, no âmbito juslaboral, seria a aplicação do princípio da proteção à parte hipossuficiente eis que, na impossibilidade de fixação de uma consequência específica em grau abstrato, é cabível extrair-se, casuísticamente, entendimentos no sentido de deferir pedidos com base na necessidade de tutela da parte mais fraca.⁴⁸

Quanto às regras, serve de exemplo quanto à sua aplicação *in totum*, por assim dizer, a regra que fixa hora extraordinária, vez que, uma vez extrapolada a jornada diária ou semanal o empregado passa a fazer jus ao pagamento das horas laboradas em sobrejornada.⁴⁹

Os dois exemplos permitem inferir, com clareza, a distinção qualitativa entre regras e princípios sugestionada por Dworkin e, também, elencada por Alexy. Viu-se que o princípio da proteção ao hipossuficiente é denso e não permite clarificar em nível abstrato se um pedido deve ou não ser deferido. Somente o exame do caso prático permite enquadrar ou não o pedido no âmbito de aplicação do princípio.

Já a regra sobre horas extras permite inferir, no plano abstrato, quando seu suporte fático esteja preenchido, bem como o cabimento de sua consequência prática.

⁴⁴ ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 90

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 27

⁴⁶ LACERDA, Rosângela Rodrigues Dias de. *Teoria dos princípios em Dworkin*. p. 346

⁴⁷ ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 91

⁴⁸ LACERDA, Rosângela Rodrigues Dias de. *Op. cit.* p. 346

⁴⁹ *Ibid*, p. 346

Entretanto, há doutrina no sentido de que a distinção entre regras e princípios, que parte da dimensão de peso presente nos princípios e ausente nas regras não seria, também, critério suficiente para a distinção entre os dois tipos de norma.

É que, conforme adverte Humberto Ávila, as regras não seriam aplicadas segundo o procedimento tudo ou nada, antes teriam, também, a dimensão do peso, o que admitiria seu sopesamento segundo graus de realizabilidade⁵⁰, pondo em xeque a concepção de Alexy e Dworkin.

Visando comprovar sua teoria Humberto Ávila traz à baila três exemplos, os quais serão, aqui, analisados.

O primeiro exemplo da ausência de aplicação tudo ou nada das regras seria o art. 224 do Código Penal Brasileiro que estabelece a presunção de violência para os casos em que a vítima não tenha idade superior a 14 anos. Segundo Ávila tal dispositivo legal estaria prevendo, nos casos de crime de estupro, “[...] presunção incondicional de violência para o caso de a vítima ter idade inferior a 14 anos.”⁵¹

Assim, para Ávila, em caso de crime de estupro contra vítima menor de 14 anos o crime seria, indiscutivelmente, com violência presumida⁵², pois, caso contrário, a dimensão tudo ou nada das regras estaria infirmada.

Nestes termos, trouxe posição do Supremo Tribunal Federal em que crime de estupro contra vítima de 12 anos não se teria configurado por “circunstâncias particulares não previstas na norma”, eis que praticado ou com “aquiescência da vítima” ou contra vítima com “aparência física e mental de pessoa mais velha”⁵³.

Segundo Ávila, o não reconhecimento de crime com violência presumida pelo STF em razão de circunstâncias não previstas na norma penal “revelou que aquela obrigação, havida como absoluta, foi superada por razões contrárias não previstas pela própria ou outra regra”⁵⁴ colocando em xeque a teoria da aplicação tudo ou nada.

Entretanto, em sua tentativa de infirmar o caráter tudo ou nada o autor acabou comprovando-o. É que o fato do Supremo Tribunal Federal não reconhecer a tipicidade do delito gerou a não aplicação da norma o que, de fato, comprovou o caráter tudo ou nada da aplicação das regras.

⁵⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit.* p. 36-44

⁵¹ *Ibid*, p. 37

⁵² *Ibid*, p. 37

⁵³ *Ibid*, p. 37

⁵⁴ *Ibid*, p. 37

Também seria possível considerar que o STF tenha procedido à ponderação entre os princípios da liberdade e da proteção do menor considerando a necessária precedência do primeiro para afastar a regra que lhe estabelece restrição.⁵⁵ De qualquer forma, infringência ao caráter tudo ou nada da regra não houve.

Ademais, toda uma construção teórica não poderia ser tão facilmente infirmada sob o argumento de que “[...] esse ou aquele tribunal decidiu de forma diversa”.⁵⁶ Por outro lado, a atuação do Tribunal poderia ser interpretada de diversas formas⁵⁷, inclusive como feito acima.

Outrossim, a presunção de violência estipulada pela regra não estabelece certeza, mas presunção!

O segundo exemplo ministrado por Ávila para tentar infirmar a teoria Dworkiniana baseia-se num julgamento do STF que considerou inexistir prejuízo na contratação de um gari por um Município sem concurso público, nos termos do que manda o art. 37, II da CRFB de 1988.

Em tal diapasão, ficou entendido pelo STF que a contratação de um único servidor para prestar serviços por nove meses não afrontaria a obrigação de realização de concurso público para o acesso a cargo público, eis que seria “atentatório à ordem natural das coisas”, bem como ao princípio da razoabilidade “[...] exigir a realização de concurso público para uma única admissão para o exercício de atividade de menor hierarquia”.⁵⁸

Nestes termos, segundo Ávila teria ocorrido, novamente exceção à aplicação tudo ou nada das regras, havendo incidência da regra do art. 37, II da CRFB sem incidência de sua consequência em face de seu não cumprimento.⁵⁹

O exemplo de Ávila, contudo, serve outra vez, não para infirmar a teoria de Dworkin, mas para reforçá-la. No caso em tela, não se vislumbra incidência do art. 37, II com ausência de consequência jurídica, mas afastamento da regra em razão da incidência do princípio da razoabilidade. A regra do art. 37, II da CRFB de 1988, portanto, não foi aplicada.

O autor insiste ainda com um exemplo da seara tributária. Trata de um caso em que uma pequena fábrica de sofás teria efetuado a importação de quatro pés de sofá, uma única vez, violando a norma federal que proíbe importação de produtos estrangeiros para empresas optantes pelo pagamento simplificado de produtos federais.⁶⁰

⁵⁵ LACERDA, Rosângela Rodrigues Dias de. *Op. cit.* p. 354

⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais.* p. 58

⁵⁷ *Ibid.*, p. 58

⁵⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit.* p. 37

⁵⁹ *Ibid.*, p. 37

⁶⁰ *Ibid.*, p. 38

Segundo leciona, em grau recursal a empresa conseguiu anulação da decisão de exclusão do sistema de pagamento simplificado de tributos federais, pois em face de um ato único e isolado qualquer exclusão significaria violação da razoabilidade. Nestes termos entendeu, outra vez, que teria havido incidência da norma sem a correspondente aplicação da punição, o que levaria à quebra da teoria de Dworkin.⁶¹

Por evidente, em mais uma oportunidade, o autor não infirma a teoria do tudo ou nada, mas a reforça. Não houve incidência da norma que levaria à exclusão da empresa. Em razão da necessidade de garantir que as normas sejam aplicadas com razoabilidade a regra não foi aplicada. Não há aplicação graduada da norma ou “mais ou menos” da regra como pretende fazer crer Ávila.

Ao revés do que quer fazer crer não há violação da razoabilidade, mas sua plena aplicação⁶², eis que seria exagerado aplicar a regra para uma situação tão específica em que a sua consequência mostrou-se, por demais, exagerada.

Frise-se, em nenhum dos exemplos citados por Ávila há aplicação “mais ou menos” da regra. O que o autor conseguiu demonstrar foram casos em que a regra foi afastada em face da colisão entre o princípio que a sustenta e um princípio diverso.

As teorias de Dworkin e Alexy não defendem que ainda que preenchido o suporte fático da norma a sua sanção deva obrigatoriamente ocorrer como tem entendido Ávila⁶³, eis que tal noção colocaria por água abaixo a teoria deontológica de aplicação do Direito representada pela fórmula “Se A é então B deve ser”. Se A é obrigatoriamente B não é, mas deve ser.

O que tanto Dworkin quanto Alexy entendem é que a aplicação da regra não ocorre de forma graduada como ocorre com os princípios. Ou as regras são aplicadas ou não o são. Nos exemplos citados por Ávila as regras não foram aplicadas. Antes foram afastadas pelo fato de que os princípios que as sustentavam foram precedidos pelos princípios colidentes em face das condições específicas do caso concreto.

Mais, ainda que se empreste efeito à interpretação feita por Ávila, estaria comprovado que houve incidência do suporte fático sem a consequente aplicação da sanção. Isso em nada contradita as teorias de Dworkin e Alexy, estando, aliás, em conformidade com a fórmula Kelseniana de aplicação do Direito. Neste sentido, os exemplos trazidos por Ávila perdem, como resta evidente, seu aparente poder de contestação da teoria dos princípios.

⁶¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit.* p. 38

⁶² LACERDA, Rosângela Rodrigues Dias de. *Op. cit.* p. 354

⁶³ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit.* p. 41

Relembre-se o exemplo dado anteriormente acerca da regra que fixa a hora extra. O fato de o empregado trabalhar em sobrejornada autoriza o recebimento da hora trabalhada com o respectivo adicional. Mas, em quantos casos isso não ocorre sem o recebimento? Seja porque o empregado não buscou seu direito na justiça laboral pelos mais diversos motivos? Essa simples constatação faz com que a regra deixe de ser regra? Obvio que não!

Nas palavras de Fernando Ferreira dos Santos⁶⁴ ou a regra é aplicável e há de se admitir sua consequência para o caso prático ou, *in casu*, a regra não é aplicável e sua consequência não se faz presente. Note-se que o autor não fala em obrigatoriedade da ocorrência da consequência, mas apenas em admissão de sua consequência em caso de aplicabilidade da regra.

Na mesma direção, Virgílio Afonso da Silva dispõe que as regras, quando aplicadas, sempre levarão a uma realização total de seu conteúdo, salvo quando a situação concreta não esteja abarcada pelo suposto fático da regra ou quando se tratar de uma exceção à regra, enquanto os princípios permitem realização apenas parcial, pois neste tipo normativo é encontrável distinção entre o que é *prima facie* garantido (nível da abstração) e o que é definitivamente garantido (nível do concreto).⁶⁵

Visando clarificar o critério da distinção qualitativa entre princípios e regras, lança-se mão da distinção havida pelo entrechoque de normas jurídicas (princípios e regras). Nesse sentido, fala-se em colisão para referir-se ao choque de princípios e em conflito para se mencionar o choque normativo entre regras.⁶⁶

Virgílio Afonso da Silva⁶⁷, inclusive, adepto desta distinção, opta pela expressão conflito normativo para referir-se tanto aos conflitos entre regras, quanto às colisões entre princípios. Já Ricardo Luis Lorenzetti⁶⁸ chama de conflito a situação de tensão caracterizada como a presença de duas normas contraditórias.

O conflito entre regras também leva o nome de antinomia⁶⁹. Tal antinomia pode ser solvida por duas vias. A primeira, pela manutenção da validade das normas conflitantes remete a duas possibilidades: a) a existência uma cláusula de exceção; ou b) a aplicação do princípio da especialidade. A segunda, pela invalidação de uma das normas conflitantes remete a dois critérios: a) hierárquico; e b) cronológico.

⁶⁴ SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Op. cit.*

⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.* p. 45

⁶⁶ ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 92

⁶⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.* p. 47

⁶⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Op. cit.* p. 429

⁶⁹ *Ibid*, p. 423

Para Alexy as soluções são: a) manutenção da regra colidente em face de cláusula de exceção; ou b) invalidação da regra colidente.⁷⁰

No sistema positivado brasileiro é muito comum o uso da expressão “salvo disposição em contrário”, a qual funciona como cláusula de exceção bastante a elidir o pretenso conflito normativo havido entre as regras, de modo que a regra colidente se justifica com base na possibilidade da disposição divergente.

Entretanto, há casos em que a “cláusula de exceção” não se mostra cabível, eis que as normas em conflito podem estabelecer consequências jurídicas totalmente inconciliáveis fazendo com que a solução para o conflito normativo se desenrole no plano da validade.⁷¹

Por outro lado, há, ainda, no sistema brasileiro, um critério de ajustamento do conflito normativo que não leva, propriamente, à declaração de invalidade da norma. Trata-se do critério da especialidade ou especialização, segundo o qual entre norma geral e especial não ocorre revogação, mas complementaridade.

Quanto à solução do conflito via declaração de invalidade normativa, há dois critérios de invalidação: o critério cronológico, segundo o qual a norma posterior revoga a norma anterior⁷², e o critério hierárquico, segundo o qual norma superior posterior revoga norma anterior inferior⁷³.

Lado outro, a solução para a colisão entre princípios não é, assim, tão simples. Tal solução baseia-se na lei da colisão que atua através de uma ponderação que fixa uma relação de precedência condicionada.

Neste sentido, a colisão entre princípios solve-se através da necessidade de estabelecimento de uma precedência de um princípio sobre o outro sem a possibilidade, pois, de que um deles seja declarado inválido ou, mesmo, submetido a cláusulas de exceção.⁷⁴

É que, como princípios são mandamentos de otimização, normas que devem ser realizadas na melhor medida possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso prático⁷⁵, a colisão é de graus de realizabilidade.

Há, entretanto, dois tipos de relação de precedência: a relação de precedência incondicionada que, por não estar condicionada a nenhuma ordem de fatores levaria a uma precedência absoluta de um princípio em face de outro, trabalhando, pois, em nível de pura abstração; e a relação de precedência condicionada, a qual opera em nível concreto, vez que a

⁷⁰ ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 92

⁷¹ FONSECA, Maria Hemília. *Direito ao trabalho: um direito fundamental*. p. 30

⁷² BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. p. 97

⁷³ *Ibid*, p. 94

⁷⁴ ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 93

⁷⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.* p. 50

precedência somente se estabelece mediante determinadas condições que influem no grau de realização dos princípios em conflito podendo, esta precedência, ser invertida de acordo com as condições influenciadoras presentes.⁷⁶

Assim, em determinada condição é possível dizer que um princípio precede a outro e que, em condições diversas, essa relação de precedência pode ser invertida, sem que com isso, se esteja a questionar ou infirmar a validade de quaisquer dos princípios envolvidos.⁷⁷

A colisão resolve-se no plano da realizabilidade da norma, de modo que a necessidade prática de maior realizabilidade do princípio precedente faz com que a realizabilidade do princípio precedido ceda espaço. Deve, entretanto, restar claro que não há possibilidade de fixação de uma precedência em nível abstrato, mas sempre condicionada à situação concreta.⁷⁸ A colisão entre princípios solve-se, assim, pelo método da ponderação praticado com base na máxima da proporcionalidade.⁷⁹

É nisso, precisamente, que consiste a lei de colisão, na necessidade de afastamento de uma prevalência absoluta, bem como na prática do sopesamento, a fim de que se estabeleça, condicionadamente, a norma do caso, a fixar a precedência em nível concreto.

Adeptos desta distinção entre princípio e regras estão Maria Hemília Fonseca⁸⁰ e Ricardo Luis Lorenzetti⁸¹

Entretanto, também aqui, há dissenso doutrinário acerca da validade de tal distinção entre regras e princípios. Novamente, Ávila vem opor situações que, segundo ele, demonstram que a lei da colisão também atua nas regras. Desta forma, também as regras seriam ponderáveis.⁸²

Visando demonstrar a colisão das regras e a solução desta pela ponderação delas Ávila recorre a dois exemplos que serão, aqui, analisados.

O primeiro exemplo diz respeito à aplicação do Código de Ética da medicina. Segundo leciona, o Código proporciona uma colisão de duas regras em que uma determina que o médico diga ao paciente toda a verdade sobre sua doença, e outra que o médico utilize todos os meios disponíveis para a cura o enfermo.⁸³

⁷⁶ ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 97

⁷⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.* p. 50

⁷⁸ *Ibid.*, p. 51

⁷⁹ FONSECA, Maria Hemília. *Op. cit.* p. 34

⁸⁰ *Ibid.*, p. 34

⁸¹ *Op. cit.*, p. 426

⁸² ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit.* p. 44

⁸³ *Ibid.*, p. 44

Com base nestas regras suscita que para os casos em que a verdade viesse a reduzir as chances de cura, haveria a necessidade de ponderação entre as regras em conflito.⁸⁴

Quanto a este exemplo há a questão fundamental de se saber com base em quais parâmetros Ávila teria concluído que ambas as normas do Código de Ética são regras.⁸⁵ Na verdade, é de se notar que as normas conflitantes do Código de Ética não são regras, mas princípios, eis que ambas impõem deveres *prima facie*⁸⁶, e como se verá mais adiante as regras impõe deveres definitivos.

Ademais, ainda que se considerassem duas regras em conflito, jamais se haveria de falar em ponderação entre regras, mas em ponderação entre os princípios que as sustentam e que foram utilizados pelo legislador para fundamentação das regras.⁸⁷

O segundo exemplo ministrado por Ávila diz respeito à proibição de concessão de liminar contra a Fazenda Pública. Segundo ele haveria colisão entre a norma que assegura o direito de recebimento de remédios fornecidos pelo poder público e a norma que proíbe a liminar contra a Fazenda Pública.⁸⁸

Nesse sentido, a regra do art. 1º da Lei 8437/92 que prescreve que:

Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

Outrossim, adverte o § 3º do art. 1º da Lei 8437/92 ao prescrever que “Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação.”

Por outro lado, nos termos do art. 1º da Lei 9909/93: “O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família.” Trata-se de lei estadual do Rio Grande do Sul.

Nestes termos, segundo Ávila, ao passo que a norma estadual obriga que o juiz conceda a liminar em face do poder público a regra do art. 1º da lei 8437/92 proíbe que tal liminar seja concedida, razão pela qual haveria necessidade de ponderação entre as regras em conflito.⁸⁹

⁸⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit.* p. 44

⁸⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.* p. 60

⁸⁶ *Ibid*, p. 61

⁸⁷ LACERDA, Rosângela Rodrigues Dias de. *Op. cit.* p. 354

⁸⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit.* p. 45

⁸⁹ *Ibid*, p. 45

Entretanto, não se vislumbra no presente caso uma ponderação de regras, mas uma relação entre regra e exceção decorrente de uma situação de especialidade.⁹⁰ Ademais, ainda que haja ponderação neste caso, esta não se dará no âmbito das regras, mas no âmbito dos princípios que as asseguram.

Segundo precisa lição de Virgílio Afonso da Silva o que Ávila chama de sopesamento (peso das regras) na aplicação das regras em nada se confunde com o sopesamento (peso dos princípios) entre princípios, vez que no sopesamento dos princípios há presença de dois ou mais princípios aplicáveis ao passo que no sopesamento de regras, segundo Ávila, o que se viu foi a não aplicação da regra por não configuração de seu suporte fático.⁹¹

Ainda no tocante à distinção entre regras e princípios é questão tormentosa a ser observada a da colisão entre princípios e regras.

A proposta de Alexy para a solução desta temática (conflito princípio x regra) é dada pelo sopesamento que deve ocorrer, não entre princípio e regra, mas entre princípio colidente e princípio que sustenta a regra.⁹² Tal solução, concede ao intérprete e aplicador do Direito ampla liberdade para afastar uma determinada regra, sempre ao argumento de que o princípio que a assegura reste precedido em uma relação condicionada com o princípio precedente.⁹³

Entretanto, para Virgílio Afonso da Silva, a solução seria entender que não se trata de uma colisão entre princípio e regra, mas de um sopesamento, que ocorre entre o princípio colidente e o princípio que justifica a regra, o qual é feito pelo legislador.⁹⁴ Nesse caso, a precedência de um dos princípios em conflito foi convertida em regra.⁹⁵ Assim, a regra, fruto da precedência fixada pelo legislador, não deveria ser vista como norma colidente com o princípio oposto, mas como restrição ao mesmo, de modo que não deve ser discutida, mas simplesmente aplicada pelo método tradicional da subsunção.⁹⁶

Na mesma direção manifesta-se Edilson Pereira de Farias⁹⁷ para quem somente se há de atender ao sopesamento legislativo quando da existência de normas infralegais fixadoras de restrições aos direitos fundamentais. Na inexistência de tais normas é livre o sopesamento operado pelo Judiciário.

⁹⁰ *Op. cit.*, p. 63

⁹¹ *Ibid* p. 59

⁹² *Op. cit.*, p. 105

⁹³ *Ibid*, p. 52

⁹⁴ *Ibid*, p. 52

⁹⁵ *Ibid*, p. 52

⁹⁶ *Ibid*, p. 52

⁹⁷ *Op. cit.*, p. 107

Por fim, uma última, e não menos válida, distinção corrente entre regras e princípios é aquela que parte do suposto de que princípios funcionariam como razões para regras e estas funcionariam como razões para decisões concretas.⁹⁸

É neste ponto que se menciona a função normogenética fundante dos princípios ou, também chamada, natureza normogenética. Trata-se da função que os princípios desempenham no sentido de funcionar como fundamento para as regras.⁹⁹

No entanto, muito embora os princípios realmente possam figurar como razões para regras e estas, por sua vez, também figurem como razões para decisões concretas, é certo que o fenômeno não se restringe a estas singulares atuações de cada norma, já que, sem esforço, é possível cogitar de situações em que as regras possam figurar com razões para outras regras, bem como os princípios possam significar razões para decisões concretas.¹⁰⁰

As próprias regras do processo legislativo funcionam como razões para outras regras na medida em que estipulam o procedimento de criação de normas. Por outro lado, quantas vezes o Judiciário brasileiro já ao se decidiu com base no princípio da dignidade da pessoa humana?

Todavia, evidentemente, os princípios constituem diferentes razões para decisões concretas, quando em comparação com as regras. É que como as regras não admitem variabilidade de graus de realização, ou são aplicadas ou não o são, devendo, portanto, ser consideradas inválidas ou submetidas a cláusulas de exceção, isto faz com que quando sejam usadas como razões para decisões concretas funcionem como razões definitivas geradoras de direitos definitivos que, ou são ou não o são.¹⁰¹

Por outro lado, como os princípios admitem graus de realização, valem como razões para decisões concretas apenas como razões *prima facie*, geradoras de direitos *prima facie*, vez que, para que possam gerar direitos definitivos, despontam a necessidade do sopesamento que, como já se viu, geram o nascimento das regras fixadoras de precedência mediante determinadas condições, que, por sua vez, serão razões definitivas geradoras de direitos definitivos.¹⁰²

Isso, contudo, em momento algum infirma a funcionalidade dos princípios no sentido de fundamentarem as regras.

⁹⁸ ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 107

⁹⁹ FONSECA, Maria Hemília. *Op. cit.* p. 32

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 107

¹⁰¹ *Ibid*, p. 108

¹⁰² *Ibid*, p. 108

Nesse sentido, pode-se dizer que os princípios nunca serão razões definitivas para um juízo concreto, mas apenas razões *prima facie*¹⁰³, as quais estabelecem uma possibilidade de direito com alto grau de realizabilidade ou não, mediante o sopesamento. Todavia, apenas este procedimento de definição de precedência mediante dadas condições é que, via criação de regra de precedência (norma fundamental atribuída), será capaz de firmar o direito em definitivo decorrente de razão definitiva.

Assim, enquanto as regras contém uma determinação no sentido de que se faça exatamente o que nelas está contido, os princípios contem mandados não definitivos e passíveis de deslocamento por razões opostas.¹⁰⁴

Nesta concepção princípios são, portanto, normas que estabelecem direitos *prima facie* que somente se tornam definitivos ante as nuances do caso concreto, sobretudo em razão de sua possibilidade de realização graduada. Já as regras são normas que estabelecem um direito definitivo já no plano abstrato, não comportando, pois, variação no seu grau de aplicação e realização.

1.4 A regra da proporcionalidade e a teoria dos princípios

A primeira indagação que se pode estabelecer acerca da proporcionalidade é: trata-se de regra ou de princípio?

A doutrina de modo geral trata da proporcionalidade enquanto princípio. Nesse sentido diz-se que o “princípio” da proporcionalidade também é conhecido pelas alcunhas princípio da proibição do excesso e princípio da razoabilidade.¹⁰⁵ Hely Lopes Meirelles¹⁰⁶ leciona, nesse sentido, colocando a razoabilidade e a proporcionalidade como idênticas.

Na mesma posição está Luis Roberto Barroso para quem a única diferença que há entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade reside na origem. Para o renomado doutrinador a razoabilidade teria origem no direito americano, ao passo que a proporcionalidade teria nascedouro no direito alemão recebendo, do Direito português, a nomenclatura de proibição de excesso.¹⁰⁷

Mantendo a noção de proporcionalidade enquanto princípio, mas recusando sua similitude com a razoabilidade adverte Rodrigo Meyer Bornholdt que a proporcionalidade se

¹⁰³ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 108

¹⁰⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Op. cit.*, p. 428

¹⁰⁵ ANDRÉ, Caroline Franceschi. *Princípio da proporcionalidade*. p. 290

¹⁰⁶ *Direito administrativo brasileiro*. p. 121

¹⁰⁷ *Temas de direito constitucional*. p. 161

liga ao maior poder que possui o Judiciário no sentido de solver as colisões entre princípios, pois, segundo menciona, não basta que a solução da colisão se dê com razoabilidade, a mesma deverá ser resolvida com proporção.¹⁰⁸

Analizando a temática, Virgílio Afonso da Silva¹⁰⁹ aponta a impropriedade de se sustentar a proporcionalidade enquanto princípio, vez que não se trata de uma norma que admite diversidade de graus de realizabilidade sendo, antes, aplicada sempre da mesma forma com a mesma força.

Com razão o doutrinador ao excluir a proporcionalidade do mundo dos princípios até porque além do mesmo não admitir variedade de graus de concretização, não entra em rota de colisão com outras normas principiológicas,¹¹⁰ razão pela qual, no âmbito deste trabalho, passa-se a adotar a nomenclatura regra da proporcionalidade.

Quanto à questão da similitude entre razoabilidade e proporcionalidade, embora não seja objetivo deste trabalho aprofundar em tal questão, opta-se pelas posições que estabelecem a distinção entre os dois termos.

A primeira prova do acerto deste entendimento reside no fato de que é possível a existência de uma providência que seja desproporcional sem ser considerada irrazoável para o caso. Isto ilustra, destarte, que os termos razoável e proporcional não são sinônimos.¹¹¹

Ademais, a regra da proporcionalidade opera através da tríade adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o que, de per si, comprova que a diferença entre razoabilidade e proporcionalidade não é apenas no que toca à sua origem.¹¹²

Pode-se dizer, nesse sentido, que a regra da proporcionalidade seja mais ampla do que o “princípio” da razoabilidade. É que segundo lição de Luís Roberto Barroso¹¹³ razoabilidade é informada pela relação de compatibilidade que deve nortear os meios empregados pelo legislador na busca do atingimento da finalidade legal.

Tal conceito de razoabilidade permite inferir que a regra da razoabilidade, em verdade, se identifica com a noção de adequação¹¹⁴, uma das três sub-regras da regra da proporcionalidade.

¹⁰⁸ BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. p. 166.

¹⁰⁹ *O proporcional e o razoável*. p. 24

¹¹⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. p. 169

¹¹¹ SILVA, Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. In Revista dos Tribunais, p. 28

¹¹² *Ibid*, p. 28

¹¹³ *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*. p. 66

¹¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso. *Op. cit.* p. 31

Talvez esse o motivo de muitos entenderem que razoabilidade e proporcionalidade sejam sinônimos. Se bem que, ainda assim, tomando-se a proporcionalidade em sentido amplo haveria identidade apenas de parte da proporcionalidade com a razoabilidade.

Estabelecida, nestes termos, a distinção entre razoabilidade e proporcionalidade e, partindo da noção de que a razoabilidade encontra sintonia com o termo adequação, uma das três sub-regras da regra da proporcionalidade, impende investigar qual a noção se deve extrair de proporcionalidade.

Nesse sentido, uma primeira noção de proporcionalidade é informada pela idéia de limitação de poder do Estado no sentido de garantir o indivíduo em sua integridade física e moral.¹¹⁵ Trata-se de uma regra cuja finalidade é estabelecer um equilíbrio no manejo do poder de modo a limitar sua ação para garantia dos direitos fundamentais.

A proporcionalidade também pode ser entendida como “[...] um procedimento racional a ser utilizado na resolução de colisão de direitos fundamentais.”¹¹⁶

Na mesma direção, Rizzato Nunes¹¹⁷ vislumbra na regra da proporcionalidade importante função hermenêutica que visa solucionar os conflitos mais importantes do ordenamento jurídico: os conflitos entre princípios.

Cerrando fileira com Rizzato Nunes está Caroline Franceschi André para quem a regra da proporcionalidade se destaca pela sua condição fundamental de mecanismo de solução de conflitos entre princípios, na busca da solução mais justa para o caso.¹¹⁸

Outro adepto desta função hermenêutica é Carlos Bernal Pulido¹¹⁹ ao argumentar que a regra da proporcionalidade tem a função de estruturar a interpretação jurídica a fim de identificar, no que toca aos direitos fundamentais, seu conteúdo vinculante para o legislador e para o judiciário quando atua no controle de constitucionalidade das leis.

O autor, como se vê, ao vincular o legislador e o judiciário no controle de constitucionalidade, visa mencionar a estrita relação havida entre o princípio da proporcionalidade e a necessidade de garantia dos direitos fundamentais.

Ainda no mesmo sentido e em razão de seu caráter fundamental para a hermenêutica dos direitos fundamentais, no que toca à solução da colisão desses direitos, Willis Santiago

¹¹⁵ FONSECA, Maria Hemília. *Op. cit.*, p. 35

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 36

¹¹⁷ *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.* p. 42

¹¹⁸ *Op. cit.*, p. 288

¹¹⁹ *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.* p. 81

Guerra Filho¹²⁰ menciona se tratar do princípio dos princípios, aquele encarregado de ordenar o Direito.

Tal correlação, entretanto, decorre do desdobramento do princípio da proporcionalidade, em sua tríplice significação e a teoria dos princípios.¹²¹

Nesse sentido, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito relaciona-se com a teoria dos princípios no que toca às possibilidades jurídicas, a adequação e a necessidade relacionam-se, quanto à maior ou menor possibilidade fática de realizabilidade dos princípios em conflito.¹²²

É que, consoante precisa lição de Pulido¹²³, a determinação do conteúdo normativo dos direitos fundamentais é tarefa complexa que perpassa pela necessidade de uma correta fundamentação das normas de direitos fundamentais, o que somente é possível por meio do princípio da proporcionalidade.

Como se viu, os direitos fundamentais são normas *prima facie*. Nesse sentido, somente por intermédio da lei da colisão aplicada com recurso ao princípio da proporcionalidade seria possível, de forma corretamente fundamentada, extrair o conteúdo definitivo de um direito fundamental num caso determinado.

Com base nos exemplos fornecidos por Alexy¹²⁴ um outro exemplo pode ser criado para tentar ilustrar a relação entre a proporcionalidade, teoria dos princípios e os direitos fundamentais.

Suponha-se uma colisão entre os princípios P_1 e P_2 . Diante da condição C, analisa-se se o princípio P_1 deva ter precedência sobre o princípio P_2 ou vice e versa. Suponha-se, ademais, que neste caso existam três medidas possíveis, sendo elas M_1 , M_2 e M_3 . Destas, a medida M_3 é indiferente à realizabilidade de um ou de ambos os princípios colidentes, de modo que não é adequada (proporcionalidade em sentido amplo) à realizabilidade de qualquer deles. Já as medidas M_1 e M_2 são, ambas, adequadas (proporcionalidade em sentido amplo) à realizabilidade de um ou de ambos os princípios colidentes. Todavia, a medida M_2 é mais ofensiva ao conteúdo do princípio P_2 .

Entre as duas medidas adequadas é necessário que uma delas seja escolhida (questão fática) para que se firme a realizabilidade do princípio que será tomado como precedente, sob a condição C. Todavia, o exame sob o ponto de vista de qual princípio deverá ser precedente,

¹²⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. p. 60

¹²¹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 116

¹²² *Ibid.*, p. 119

¹²³ *Op. cit.*, p. 138

¹²⁴ *Op. cit.*, p. 119

sob a condição C, bem como de qual das medidas deverá ser escolhida, de modo a determinar qual a intensidade (proporcionalidade em sentido estrito) de ofensa o princípio precedido deverá suportar, é uma questão de sopesamento (questão jurídica) e, portanto, de proporcionalidade em sentido estrito.

Sob esta perspectiva, diz-se que uma medida é considerada adequada quando atinge o fim almejado¹²⁵, quando vincula a idéia de conformidade e utilidade à finalidade pretendida¹²⁶, quando é apta para a conquista do resultado pretendido¹²⁷, quando, não apenas apta, mas suficiente a fomentar o resultado objetivado¹²⁸; diz-se que é necessária quando há meio mais benigno¹²⁹, quando a gravidade é a menor dentre os meios escolhidos¹³⁰; e diz-se que é proporcional em sentido estrito quando há ponderação no sentido de prevalecer as vantagens sobre as desvantagens¹³¹, quando se opta pelo meio mais vantajoso ao direito precedente e menos prejudicial ao direito precedido¹³², quando há “[...] sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”.¹³³

Importante frisar, dentro de tal análise tripartida da regra da proporcionalidade, que a violação da proporcionalidade em sentido estrito não exige agressão ao núcleo essencial de um direito fundamental ou mesmo sua completa não realização, bastando, apenas, que uma medida seja adotada sem motivos suficientes a justificar o nível de restrição imposto ao direito fundamental precedido.¹³⁴

A regra da proporcionalidade funciona, assim, como uma solução de compromisso que busca dar prevalência e respeito ao princípio precedente conferindo o menor desrespeito possível ao princípio precedido.¹³⁵

O intérprete, portanto, deve manejar a regra da proporcionalidade na solução da colisão de princípios¹³⁶, pois somente por meio da atuação da lei da colisão por intermédio do princípio da proporcionalidade é possível a definição, num dado caso prático, de um direito fundamental em caráter definitivo.

¹²⁵ FONSECA, Maria Hemília. *Op. cit.* p. 35

¹²⁶ NUNES, Rizzatto. *Op. cit.* p. 43

¹²⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista de direito administrativo, p. 172

¹²⁸ SILVA, Virgílio Afonso. *Op. cit.* p. 32

¹²⁹ FONSECA, Maria Hemília. *Op. cit.* p. 35

¹³⁰ NUNES, Rizzatto. *Op. cit.* p. 43

¹³¹ FONSECA, Maria Hemília. *Op. cit.* p. 35

¹³² NUNES, Rizzatto. *Op. cit.* p. 43

¹³³ SILVA, Virgílio Afonso. *Op. cit.* p. 38

¹³⁴ *Ibid*, p. 39

¹³⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. p. 60

¹³⁶ NUNES, Rizzatto. *Op. cit.* p. 41

A grande significação e função do princípio da proporcionalidade é, então, a de ser usado como instrumento para a melhor solução numa colisão de direitos fundamentais de modo a acatar o princípio precedente com a menor agressão ao princípio precedido.¹³⁷ Trata-se do meio necessário para a geração de direitos definitivos a partir do direito *prima facie* garantido pela norma principiológica que consagra os direitos fundamentais.

No âmbito do Direito do Trabalho não é diferente, eis que cabível a aplicação da regra da proporcionalidade no que toca ao exercício dos poderes do empregador em face dos direitos fundamentais dos empregados.¹³⁸

Avulta, principalmente, sua necessária incidência quando se está diante do exercício do poder fiscalizador do empregador, vez que manejado, em regra, no exercício de seu direito fundamental à propriedade em contraposição aos direitos fundamentais à intimidade, privacidade e dignidade dos empregados.

A regra da proporcionalidade erige-se, portanto, como instrumento indispensável para a garantia e efetivação dos direitos fundamentais, bem como da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho.¹³⁹

1.5 Restrições a direitos fundamentais

Dado que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não cuidou de instituir direitos de caráter absoluto não haveria como se estruturar qualquer raciocínio na seara dos direitos fundamentais sem a compreensão da relatividade de tais direitos. Nestes termos, duas teorias se destacam na análise da presente temática. Trata-se da teoria interna e da teoria externa.

A primeira busca definir o grau não absoluto dos direitos fundamentais baseando-se no suporte fático do próprio direito fundamental. Por se tratar de uma teoria interna, parte do suposto de que os limites são internos ao próprio direito e não dependem da influência de quaisquer aspectos externos, principalmente colisões, para que seja fixado o alcance de um direito fundamental.¹⁴⁰

Nesse suposto, os direitos fundamentais já nascem limitados. Logo a atividade hermenêutica não estabelece o grau de relatividade de tais direitos, apenas declara-os. Tal

¹³⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *O princípio da proporcionalidade*.

¹³⁸ ANDRÉ, Caroline Franceschi. *Op. cit*, p. 296

¹³⁹ *Ibid*, p. 294

¹⁴⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit*, p. 128

teoria encontra-se, atualmente, sustentada por duas linhas teóricas que buscam a sua justificação e fundamentação, sendo elas a teoria dos limites imanentes e a teoria institucional.

Ambas, em linhas gerais, e sob argumentos aparentemente distintos, sustentam a mesma lógica: os limites a direitos fundamentais estão na norma desde a sua criação e dispensam qualquer atividade externa, não havendo criação de tais limitações, mas mero reconhecimento pela atividade hermenêutica.

A fragilidade da teoria, no entanto, é evidente. Para Virgílio Afonso da Silva, ela afasta o sopesamento na colisão de direitos fundamentais querendo fazer crer que a colisão deva solver-se automaticamente pelo reconhecimento dos limites, sem que haja uma ponderação que fixe a precedência de um dos direitos mediante análise das condições do caso.¹⁴¹

Outrossim, a teoria descamba para um subjetivismo decisionista bastante freqüente entre juristas que com o famoso “eu acho...” acreditam que seu ponto de vista deve prevalecer sobre os demais, independentemente do fundamento.

Explica-se. Ao partir do suposto de que os limites estão previstos originariamente na norma, tal teoria transforma o problema da relatividade dos direitos fundamentais num problema de suporte fático.¹⁴² Ao invés de se reconhecer via atividade externa que o direito foi precedido nesta ou naquela situação, passa-se à atitude metodológica de se enquadrar ou desenquadrar certas condutas na norma.

Ainda, outra impropriedade pode ser apontada. Acaso se admitisse tal teoria como se manteria a coerência de raciocínio para explicar como o suporte fático da norma pode, em um dado caso, abranger uma situação e, em outro caso, não abranger outra situação bastante similar e específica, como diuturnamente ocorre no campo jurídico?

Tudo iria acabar desabando no “eu acho...”, destruindo a racionalidade que o método da ponderação proporciona. Desta feita, a teoria que melhor se adéqua à proposta teórica deste trabalho é a teoria externa.

Tal corrente teórica trabalha com a idéia de que as restrições são o reflexo da dimensão não absoluta dos direitos fundamentais e são a estes externos. Desta feita, desenvolve-se sob um duplo suposto: o direito fundamental, de um lado, e suas restrições, do outro

¹⁴¹ *Op. cit.*, p. 129

¹⁴² *Ibid.*, p. 133

Para Alexy, este dúplice suposto é formado pelo direito fundamental e o direito restringido, funcionando a restrição como funil que leva à criação do segundo partindo-se do primeiro.¹⁴³

A teoria externa apresenta a vantagem inegável de melhor se ajustar à teoria dos princípios, eis que, partindo de um suporte fático amplo para os direitos fundamentais, admite a ponderação como instrumento que estabelece restrição aos direitos fundamentais.¹⁴⁴

As restrições podem ser estabelecidas por normas de hierarquia constitucional, chamando-se de restrições diretamente constitucionais, ou em virtude delas, via infraconstitucional, tratando-se de restrições indiretamente constitucionais.¹⁴⁵

Evidentemente, para se falar em restrições a direitos fundamentais é necessária a existência de normas de competência a preverem a possibilidade de fixação de tais restrições, sendo que, tais normas fixadoras de competência para criação de restrições a direitos fundamentais, funcionam, elas mesmas, como normas potencialmente restritivas de direitos fundamentais, eis que fixam a mera possibilidade de criação de normas de restrição.¹⁴⁶

No Direito brasileiro é comum que a fixação de restrições a direitos fundamentais ocorra por meio de regras infraconstitucionais como nos casos do art. 4º, §1º da lei 9612/98 que estabelece a atividade de radiodifusão comunitária e proíbe o proselitismo de qualquer natureza, bem como do art. 38 da lei 4595/64 que prevê a quebra do sigilo bancário, significando evidente restrição ao direito fundamental à privacidade.¹⁴⁷

Em face dessa relação entre a regra e o princípio, figurando a primeira como restrição do segundo no âmbito da teoria externa, há entendimento doutrinário de peso no sentido de que a colisão entre princípio e regra não seria, verdadeiramente, colisão, mas caso de exceção fixada pela regra em face do princípio colidente.¹⁴⁸

Bom exemplo disto seria o art. 76 do ECA que exige a exibição de programas compatíveis no horário recomendado para o público infanto-juvenil. Tal norma significaria, em verdade, o produto da colisão entre princípios, expresso em uma regra que fixa que o princípio da liberdade de imprensa restou precedido.¹⁴⁹

No âmbito do direito juslaboral seria norma similar a regra do art. 373-A, inciso VI da CLT ao estabelecer a vedação de revistas nas empregadas ou funcionárias. Trata-se de uma

¹⁴³ *Op. cit.*, p. 277

¹⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 139

¹⁴⁵ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 286

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 282

¹⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 141

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 141

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 142

restrição criada por norma infralegal e fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como no direito fundamental à intimidade. Neste caso, há restrição ao direito fundamental de propriedade do empregador que resta precedido pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Vê-se que a colisão entre princípios restou solucionada pela regra que significa, ao mesmo tempo, uma restrição ao princípio colidente e a opção feita pelo legislador ao sopesar os princípios em conflito, tudo expresso numa regra.

Somente para os casos em que não haja regra, fruto da ponderação legislativa, e veiculadora de restrição a um princípio é que caberia ao Judiciário proceder ao sopesamento dos princípios colidentes fixando a regra que, além de ser a norma jurídica do caso, figuraria como restrição ao princípio colidente.¹⁵⁰

A questão, todavia, do conflito entre princípio e regra foi tratada com maior profundidade no item 1.3, para o qual se remete o leitor.

Ademais, para além da discussão a respeito de cláusulas escritas veiculadoras de restrições a direitos fundamentais há a questão acerca da possível existência de cláusulas não escritas para restrição de direitos fundamentais. Tal nível de restrição encontra-se presente através da colisão de princípios, vez que ao sopesar os princípios colidentes a fixação de precedência de um deles gera restrição ao direito fundamental previsto no princípio precedido.¹⁵¹

Nesta base teórica, sob o argumento da teoria externa, as restrições a direitos fundamentais nasceriam de regras legislativas e judiciárias, ambas criadas à luz de uma colisão de princípios, ora solvida pelo judiciário, ora solvida pelo legislativo.

Há, no entanto, seis argumentos criticistas da teoria externa, os quais serão, aqui, rapidamente analisados.

O primeiro argumento desenvolveu-se na linha de que seria evidente contradição lógica partir da noção de que um direito pode estar assegurado *prima facie* e, ao mesmo tempo, não restar assegurado em grau definitivo.¹⁵²

Como se viu anteriormente uma das formas de distinção entre princípios e regras parte da noção de que os princípios asseguram direitos *prima facie*, cujo suporte fático é o mais amplo possível e, portanto, permitem sua realização em diversos graus, ao passo que as regras asseguram direitos em grau definitivo, não admitindo gradação de realizabilidade.

¹⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 143

¹⁵¹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 290

¹⁵² WEBER *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 144

Nestes termos, a lei da colisão funciona de forma dinâmica afastando do amplo suporte fático do princípio, casuísticamente, certas situações consideradas, ou pelo legislador, ou pelo judiciário. Tal opção, por evidente, elimina a problemática em se definir o que esteja abrangido pelo suporte fático do princípio, como ocorre com a teoria interna.

Entretanto, em que pese toda a logicidade do sistema há quem entenda ausência de lógica em se admitir um suporte fático amplo para, logo em seguida, excluir-se certas condutas do mesmo arcabouço fático. Todavia, não compreendem que a lógica do sistema é justamente esta: partir de um direito *prima facie* garantido por um princípio para se chegar a um direito definitivo garantido por uma regra, a qual representa o produto do sopesamento entre dois ou mais princípios.¹⁵³

Por outro lado, a adoção por uma teoria interna em nada eliminaria o possível problema apontando pela tese criticista. Muito pelo contrário. A quebra de lógica seria muito maior. Basta imaginar a dificuldade em se definir o conteúdo exato do suporte fático restrito de um direito fundamental. Haveriam situações limítrofes as quais não caberiam, com precisão, no suporte fático dos direitos fundamentais.

A teoria externa, pelo contrário, resolve tal problema. Ela admite toda conduta possível e imaginável, acerca de um direito fundamental, como prevista no seu suporte fático (suporte fático amplo). Entretanto, uma colisão desse direito com outro direito fundamental poderia, no caso prático, afastar a proteção naquele nível. Mais lógico do que esse sistema não há.

O segundo argumento, conhecido como “ilusão desonesta”, parte do suposto de que garantir um direito *prima facie* para, em um segundo momento, proteger apenas parte deste direito em grau definitivo, significaria iludir de forma desonesta os jurisdicionados, eis que quase nunca o direito garantido *prima facie* seria garantido de forma definitiva.¹⁵⁴

No entanto, não atentam para o fato de que um direito garantido *prima facie* não representa garantia de total realização em definitivo.¹⁵⁵ É que seria um absurdo pressupor-se que seria manobra desonesta admitir a prisão de um criminoso em razão da liberdade ser ampla. É que partindo da teoria externa com base num suporte fático amplo o direito à liberdade seria consagrado em sua totalidade.

Entretanto, devido à sua colisão com outros princípios, haveria situações em que a liberdade seria precedida em favor do princípio colidente. Nesse sentido, alegar que a

¹⁵³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 144

¹⁵⁴ GRONDONA *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 145

¹⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 146

ponderação é mecanismo de ilusão desonesta é argumentar pela existência de direitos em grau absoluto. Ou, como queiram, voltar para a teoria interna baseada num suporte fático restrito e ficar no “achismo” sobre o que esteja, efetivamente, abrangido ou não pelo suporte fático da norma.

Por óbvio, é muito mais racional trabalhar com um sistema que permite o caso prático criar exceções a um direito de suporte fático mais amplo possível, do que optar por um decisionismo sem fundamento que parte do suposto de um suporte fático restrito que não se encontra fundamentadamente delimitado.

O terceiro argumento criticista à teoria externa parte do suposto de que o sopesamento seria um decisionismo disfarçado.¹⁵⁶ Esquecem-se, porém, de que não há sistema argumentativo absolutamente ileso de críticas. Toda decisão guarda, mesmo em grau mínimo, algum subjetivismo e, para além disso, não percebem que o sistema do sopesamento fornece elementos racionais de controle do subjetivismo envolvido¹⁵⁷, até porque as regras sofrem controle de constitucionalidade e as decisões do judiciário devem ser motivadas sob pena de nulidade.

É que, nos termos do art. 93, IX da CRFB de 1988, as decisões judiciais exigem exposição de motivos, havendo, portanto, a exigibilidade de se elencar, com a máxima racionalidade, os fundamentos da decisão. Por evidente, a opção por uma teoria interna apenas aplacaria o subjetivismo.

O quarto argumento criticista à teoria externa parte do suposto de que o método do sopesamento gera insegurança jurídica na aplicação do Direito, pois, tratando-se de método não racional de aplicação descambaria para o puro subjetivismo do julgador.¹⁵⁸

Os adeptos desta crítica, no entanto, esquecem-se de que não há plenitude de segurança jurídica, bem como não há eliminação total da subjetividade em qualquer método de aplicação do Direito, de modo que, o sistema do sopesamento, ao contrário do que se possa pensar, constitui, justamente, o método que melhor contribui para o controle da subjetividade e para a racionalidade da decisão.¹⁵⁹

Ademais, a segurança jurídica constrói-se muito mais sobre uma base decisionista consolidada na consistência e coerência das decisões reiteradamente prolatadas por um Tribunal, do que na escolha de um método de aplicação do Direito.¹⁶⁰

¹⁵⁶ MULLER *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 146

¹⁵⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 149

¹⁵⁸ SCHLINK *apud* SILVA, *Op. cit.*, p. 148

¹⁵⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 149

¹⁶⁰ *Ibid*, p. 149

O quinto argumento criticista da teoria externa embasa-se na alegação de que o método do sopesamento causa inflação judiciária, na medida em que gera demandismo ante a necessidade da presença do judiciário para a solução das colisões relacionadas a direitos fundamentais.¹⁶¹

A crítica, entretanto, não se sustenta. Não há que se atribuir ao método de aplicação do direito a responsabilidade pelo crescimento do número de demandas. É que “[...] as pretensões judiciais com chance de êxito podem ser tão grandes na teoria externa quanto no âmbito da teoria interna.”¹⁶²

Ademais, ainda que se cogitasse de um crescimento de demandas em face da adoção de um método embasado na teoria externa, é de se constatar, por outro lado, que um sistema de precedentes judiciais organizado seria capaz de, se não reduzir o aumento de demandas, estabilizar tal crescimento.¹⁶³

Outrossim, frise-se que a adoção de uma teoria interna não poria fim ao problema do crescimento do número de demandas, o que demonstra que tal aumento não é gerado pela teoria ou método escolhido, mas por fatores diversos, entre os quais está o grande número de recursos e ações disponíveis para a defesa de direitos fundamentais.¹⁶⁴

O último argumento crítico à adoção de uma teoria externa parte da alegação de que a adoção de direitos *prima facie*, baseados em suporte fático amplo, geraria a aceitação de direitos que seriam irreais em um determinado contexto histórico.¹⁶⁵

Um simples exemplo ilustra o argumento. A base defendida ao longo deste trabalho está sustentada pela teoria de Robert Alexy. Para tanto, admite-se que as normas são de duas espécies: princípios e regras. Admite-se, ainda, que as normas do primeiro tipo asseguram direitos *prima facie*, ao passo que as segundas admitem, apenas, direitos definitivos.

Em razão disso, ao se argumentar que a Constituição consagra a liberdade de expressão, ao se tratar de um direito *prima facie*, infere-se que tal direito fundamental está amplamente garantido. Entretanto, em razão das restrições criadas por regras o âmbito do direito vai se reduzindo no que toca à sua efetivação. O seu grau de definitividade, nestes termos, se apresenta mais restrito do que o grau *prima facie* garantido.

¹⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 150

¹⁶² *Ibid.*, p. 151

¹⁶³ *Ibid.*, p. 152

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 152

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 153

Assim, a liberdade de expressão é ampla e, acaso não houvesse regras restringindo tal direito para proibir práticas como calúnia, difamação e injúria, tais condutas estariam amplamente garantidas por tal liberdade.

O ultimo argumento baseia-se, justamente, neste contraponto. Entendem, seus defensores, que admitir que caluniar, injuriar e difamar fazem parte do suporte fático do direito à liberdade de expressão, seria consagrar direitos irrealis.

Não compreendem que as ações proibidas integram o suporte fático dos direitos fundamentais¹⁶⁶ e que, nesta linha de raciocínio, são as restrições que funcionam de forma a decotar o direito quando em grau definitivo.

É preciso, contudo, alertar que a escolha por uma teoria interna jamais poria cabo a qualquer dos problemas apontados pelas linhas criticistas da teoria externa. Uma teoria interna apenas aplacaria tais considerações à medida que iniciaria com a problemática acentuada de definir-se o que faz parte e o que não faz parte do direito fundamental.

A escolha por uma teoria externa, nesse sentido, permite-se inferir que o direito fundamental está resguardado em grau máximo e que, no entanto, sofre restrições em seu conteúdo, gerando um déficit quando se compara a proteção *prima facie* com a proteção definitiva.

Por outro lado, ainda que se defenda a tese de que qualquer das teorias, interna ou externa, levaria aos mesmos resultados¹⁶⁷, no mínimo uma constatação faz presumir a diferença evidente entre a escolha de um ou outro caminho. Num sistema que adota a teoria interna, uma vez feita a opção por desconsiderar uma conduta como integrante do suporte fático de um direito fundamental, jamais a mesma conduta poderá ser tida como integrante do mesmo direito, sob pena de evidente contradição lógica.

De outro norte, a opção por uma teoria externa permite que o sopesamento seja feito de modo a considerar, num determinado caso, o afastamento da conduta e, noutro determinado caso, o acolhimento da conduta, sem que isso gere quebra da lógica, pois em nenhum dos casos se retirou do suporte fático do direito fundamental a conduta tida como afastada no primeiro caso e admitida no segundo.

Essa é a posição de Virgílio Afonso da Silva, para quem num sistema embasado numa teoria externa “[...] é possível que uma conduta faça parte do âmbito de proteção de um

¹⁶⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 154

¹⁶⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. p. 336

direito, mas seja vedado posteriormente seu exercício, sem que isso modifique aquele âmbito de proteção.”¹⁶⁸

Neste sentido, a opção lógica deste ensaio é pela teoria externa, embasada na lógica de que os direitos fundamentais admitem suporte fático amplo, os quais são relativizados de acordo com as circunstâncias do caso, mediante a lei da colisão que estabelece restrição ao princípio tido como precedido.

1.6 Núcleo essencial dos direitos fundamentais

Muito embora não seja o objeto principal deste trabalho estruturar, com profundidade, uma teoria acerca dos direitos fundamentais, é mister a compreensão, ainda que mínima, de alguns pontos da referida teoria.

Nestes termos, busca-se, nesse ponto do estudo, estabelecer-se uma noção acerca do que pode ser entendido como protegido por um direito fundamental, bem como as possíveis restrições que tal núcleo protegido pode sofrer. Haveriam limites para as restrições cabíveis a um dado direito fundamental ou seria de se admitir com restrições capazes de aniquilar por completo, em dada situação, um determinado direito fundamental?

Visando compreender esta questão far-se-á breve incursão teórico acerca das teorias que informam o que se entende por conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Todavia, antes que se proceda à análise de ditas teorias faz-se necessário abordar o problema do ponto de vista tanto do enfoque objetivo quando subjetivo.

Do ponto de vista objetivo, o conteúdo essencial de um direito fundamental seria aquele mínimo que, uma vez violado, levaria o direito a perder seu significado para toda a população ou para boa parcela dela.¹⁶⁹ Do ponto de vista subjetivo, cumpre analisar, casuisticamente, qual seria o mínimo de cada direito fundamental diante de cada caso particular. Uma análise subjetiva é sempre importante, eis que uma abordagem estritamente objetiva, no plano meramente abstrato, não teria o condão de significar efetiva proteção de conteúdo essencial de direito fundamental.¹⁷⁰

¹⁶⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 160

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 185

¹⁷⁰ FARIAS, Edilsom Pereira de. *Op. cit.*, p. 91

A casuística é, nesse sentido, imprescindível, eis que seria claramente possível que do ponto de vista objetivo não houvesse infração ao conteúdo mínimo, mas do ponto de vista subjetivo tal infração estivesse ocorrendo.¹⁷¹

Basta cogitar da supressão de um direito fundamental num caso bastante específico. Nesta situação não se infirma o direito em grau objetivo, mas apenas subjetivo.

Por outro lado, a adoção de um enfoque puramente subjetivo também poderia levar à eliminação total do conteúdo essencial de um direito fundamental, mediante análise das condições específicas do caso, como seria o caso de pena de morte decorrente de guerra declarada pelo Presidente da República.¹⁷²

Neste caso, ante o permissivo de morte haveria total supressão do direito fundamental à vida, mediante uma situação casuística específica: a guerra declarada pelo Presidente da República.

No entanto, em que pese o exemplo fornecido pelo ilustre Virgílio Afonso da Silva para destacar a insuficiência de um critério meramente subjetivo, é preciso ter em mente que tal exemplo se embasou em norma abstrata. Tratou-se de um exemplo baseado em um critério totalmente objetivo para ilustrar a insuficiência do critério subjetivo. A previsão de morte neste caso é abstrata e, portanto, o próprio critério objetivo teria anulado por completo a própria essência do direito fundamental à vida, não o critério subjetivo.

Ademais, o exemplo da desapropriação, também fornecido pelo autor¹⁷³, padece da mesma questão que o da previsão de morte. Trata-se de outro caso em que o conteúdo essencial do direito fundamental teria desaparecido por completo, mas não por questão subjetiva, como quer crer, e sim questão objetiva. A opção por retirada completa do direito fundamental à propriedade não nasceu da casuísta. Antes foi feita pelo legislador constitucional. Dimensão objetiva, portanto.

Outrossim, em que pese o entendimento de que os exemplos não se prestam a ilustrar insuficiência do critério subjetivo, vez que vazados em redação de normas abstratas presentes no texto constitucional, concorda-se com o renomado doutrinador de que um exame do conteúdo essencial não pode ser tomado com referência exclusiva a uma das dimensões.

Analisar o conteúdo essencial apenas pela dimensão objetiva ou subjetiva, com exclusão da outra, seria tomar o problema pela metade. O exemplo da pena de morte, antes, ilustra a necessidade da leitura do conteúdo essencial tanto com base na norma abstrata

¹⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 186

¹⁷² *Ibid*, p. 186

¹⁷³ *Ibid*, p. 186

quanto em relação às condições específicas do caso prático. Nesse sentido, aliás, seria de argumentar se a simples guerra declarada já seria suficiente para aplicação da pena de morte ou se seria necessário que, no caso prático, alguma situação específica, como tentativa de fuga, por exemplo, devesse estar presente para a aplicação da referida pena.

Ademais, a análise dúplice (dimensão objetiva e dimensão subjetiva), seria capaz de fundamentar a necessidade de defesa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais ainda que em um dado caso ou situação prevista normativamente, um dado direito fundamental viesse a desaparecer por completo.¹⁷⁴

Partindo, portanto, desta dupla análise as teorias que informam o conteúdo essencial dos direitos fundamentais podem ser resumidas em duas: a) teorias do conteúdo essencial absoluto; e b) teorias do conteúdo essencial relativo.

As teorias que defendem a existência de um conteúdo essencial absoluto partem do suposto de que, para cada direito fundamental, haveria um conteúdo intransponível, contra o qual não caberia restrição, redução ou limitação, independentemente do direito fundamental colidente ou dos interesses em conflito.¹⁷⁵

Nestes termos, haveria um conteúdo mínimo dos direitos fundamentais contra o qual não caberia sopesamento, vez que não haveria razão mais importante do que este mínimo a permitir sua superação.¹⁷⁶

Segundo Alexy, a pretensa adoção de uma teoria absoluta decorre muito mais de uma repetição de relações de precedência em favor de dado direito fundamental, sob certas condições, do que de uma fixação intuística de um direito absoluto contra o qual não pendem exceções.¹⁷⁷ Conforme leciona, o que ocorre é que um determinado direito fundamental venha tendo precedência em diversas situações, transparecendo que se está diante de um direito que seja absoluto, mas não é que ele seja, terminantemente, absoluto, o fato é que tal direito, repetidas vezes, tem merecido precedência nas situações em que tem sido sopesado com direitos colidentes.¹⁷⁸

As teorias absolutas, contudo, encontram como desafio a definição do que esteja abrangido e do que possa estar fora do considerado conteúdo absoluto dos direitos fundamentais.¹⁷⁹

¹⁷⁴ FARIAS, Edilsom Pereira de. *Op. cit.*, p. 91

¹⁷⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. p. 233

¹⁷⁶ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Curso de direito constitucional do trabalho*. p. 24

¹⁷⁷ *Op. cit.*, p. 301

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 301

¹⁷⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.* p. 188

As teorias do conteúdo essencial absoluto dividem-se em dois grupos havendo aquelas que admitem um conteúdo absoluto estático e as que admitem conteúdo absoluto dinâmico.

Nestes termos, os cultores de teorias de conteúdo absoluto e dinâmico entendem que o conteúdo essencial e intransponível dos direitos fundamentais, embora intocável, é mutável, variando de acordo com o transcorrer do tempo¹⁸⁰, ao passo que as teorias de conteúdo absoluto e estático, partem do suposto de um conteúdo intransponível e imutável.¹⁸¹

Embora uma teoria estática aparente uma possível petrificação do direito, ante a imutabilidade do considerado conteúdo essencial, é preciso ter em mente que tal premissa não conduz, necessariamente, a esta conclusão.

É perfeitamente possível que uma norma com conteúdo essencial estático seja bem mais flexível que uma norma com conteúdo essencial dinâmico, bastando, nesse sentido, que o conteúdo essencial estático tenha uma dimensão bem menos abrangente que o conteúdo essencial dinâmico.¹⁸²

Por evidente que, acaso se esteja diante de uma norma de conteúdo absoluto estático mais amplo do que uma norma de conteúdo absoluto dinâmico, esta será mais flexível do que aquela, vez que a parte da norma tida como não integrante do núcleo essencial é maior no segundo caso quando comparado com o primeiro.¹⁸³

Assim, o que define a flexibilidade da norma não é seu conteúdo essencial, mas a parte não essencial da norma de direito fundamental. Escolher, portanto, apressadamente, uma teoria absoluta dinâmica objetivando uma flexibilidade normativa pretensamente não existente numa teoria absoluta estática constitui-se em grave equívoco.

Já as teorias do conteúdo essencial relativo dos direitos fundamentais estipulam a ampla flexibilidade da norma, vez que admitem que o próprio conteúdo essencial seja flexível. Para estas teorias, não haveria um conteúdo essencial pré-definido para os direitos fundamentais, nascendo, esta definição de núcleo essencial, da ponderação dos direitos colidentes, bem como das condições específicas de cada caso.¹⁸⁴

Por tal teoria o conteúdo mínimo de um direito fundamental é o que reste de um sopesamento, ainda que tal sopesamento leve à aniquilação total de um direito fundamental em prol de outro.¹⁸⁵

¹⁸⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 188

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 189

¹⁸² *Ibid.*, p. 190

¹⁸³ *Ibid.*, p. 191

¹⁸⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 236

¹⁸⁵ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 298

Uma teoria nesse sentido leva, como se pode vislumbrar, a uma ampla mutação, inclusive, do que possa ser considerado núcleo essencial de um direito fundamental. O núcleo essencial de um direito fundamental poderá, nesse diapasão, variar de caso a caso a depender das circunstâncias específicas de cada caso¹⁸⁶, inclusive admitindo-se a completa exclusão de um direito fundamental em um determinado caso.¹⁸⁷

Tal teoria, aparentemente, se ajusta melhor a uma teoria dos direitos fundamentais baseada na lei da colisão segundo a proposta de Alexy. Aliás, nesse mesmo diapasão, normas como a do art. 5º, inc XLVII, alínea “a” da CRFB que prevê a pena de morte no caso de guerra declarada pelo Presidente da República, insinuam que o legislador constitucional brasileiro teria admitido a teoria do conteúdo essencial relativo.

Nesse sentido, argumenta-se que mesmo na via abstrata, existe previsão de aniquilação total de um direito fundamental diante de circunstâncias maiores. Esse, aliás, é o argumento que os cultores da teoria essencial relativa usam para defender o cabimento da restrição total de um direito fundamental. Segundo eles, tal teoria explicaria a necessidade, casuística, de superação total de um direito diante da colisão com interesses de maior valor.¹⁸⁸

Na mesma esteira, argumenta-se que a regra da proporcionalidade estaria intimamente ligada ao reconhecimento de uma teoria de conteúdo essencial relativo. É que, embora o princípio da proporcionalidade opere na base do método da ponderação, não se trata de uma norma que garanta qualquer caráter absoluto às normas de direitos fundamentais.¹⁸⁹

Em tal diapasão, o conteúdo essencial relativo dos direitos fundamentais estaria garantido pela regra da proporcionalidade, vez que toda restrição a direitos fundamentais que estivessem embasadas na regra da proporcionalidade estariam respeitando o conteúdo essencial desses direitos.¹⁹⁰ Supera-se com isso o problema da definição do conteúdo essencial do direito fundamental, que oscila de acordo com a regra da colisão.

Nesse diapasão, o conteúdo essencial é relativo, varia de acordo com o direito fundamental colidente e encontra-se resguardado sempre que a restrição seja decorrente do respeito à regra da proporcionalidade, ainda que em um dado caso nada reste de um determinado direito fundamental.

Retoma-se a lei da colisão, de modo que a intensidade da restrição de um direito fundamental varia de acordo com a necessidade de maior realizabilidade do direito

¹⁸⁶ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Op. cit.*, p. 24

¹⁸⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 196

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 196

¹⁸⁹ FONSECA, Maria Hemília. *Op. cit.*, p. 36

¹⁹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 197

fundamental colidente.¹⁹¹ Supera-se a problemática da definição do que seja essencial no âmbito de uma teoria absoluta, quer seja ela dinâmica ou estática.

1.7 Vinculação dos particulares a direitos fundamentais

A importância da presente temática para o trabalho é impar. Não haveria como se abordar o conflito entre poder do empregador e dignidade do empregado sem averiguar a eficácia que os direitos fundamentais exercem no âmbito das relações jurídicas travadas entre particulares, principalmente no que toca às relações regidas pelo Direito do Trabalho.

Nestes termos, a doutrina pátria tem se valido de várias expressões para se referir à eficácia que os direitos fundamentais exercem entre os particulares, sendo mais comum o uso das seguintes: eficácia privada, eficácia em relação a terceiros, eficácia externa e eficácia horizontal dos direitos fundamentais.¹⁹²

No âmbito deste trabalho far-se-á opção pela nomenclatura eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou, simplesmente, vinculação dos particulares a direitos fundamentais. É preciso, portanto, não confundir eficácia vertical com eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A primeira diz respeito à vinculação que as entidades de direito público sofrem perante os direitos fundamentais¹⁹³, ao passo que a segunda, como se firmou, menciona a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Atente-se, entretanto, que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais não poderá se desenvolver nos mesmos moldes da eficácia vertical, eis que no âmbito privado todos os indivíduos envolvidos nas relações jurídicas são destinatários das normas de direitos fundamentais.¹⁹⁴

Para tanto, feita a opção pelo estudo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares, alerta boa doutrina que um estudo nesse campo deve abranger a existência ou não desta vinculação, qual sua amplitude e modo de vinculação.¹⁹⁵ Tais indagações, entretanto, podem ser reduzidas a duas: a) há vinculação dos particulares a direitos fundamentais? b) em caso positivo, qual sua intensidade ou abrangência?

A proposta para este ponto do trabalho consiste, portanto, na tentativa de fornecer uma resposta corretamente fundamentada na teoria dos direitos fundamentais, acerca das duas questões levantadas.

¹⁹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 198

¹⁹² SARLET, *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. p. 113

¹⁹³ SABINO, João Filipe Moreira Lacerda. *Os direitos fundamentais nas relações de trabalho*. p. 195

¹⁹⁴ *Ibid*, p. 197

¹⁹⁵ SARLET. p. 110

Quanto à existência da referida vinculação há posicionamento doutrinário que situa toda a problemática no âmbito estatal afastando, pois, a existência de uma vinculação dos particulares a direitos fundamentais.

Trata-se da chamada teoria da convergência estatista, segundo a qual toda ofensa a direito fundamental, mesmo a praticada por um particular contra o outro, é tida como oriunda do Estado, eis que ao mesmo incumbe o dever de proteção de tais direitos, além do que é o próprio Estado quem autoriza o exercício da autonomia privada.¹⁹⁶

Em tal diapasão não haveria que se falar em vinculação de particulares a direitos fundamentais, eis que a vinculação seria, sempre, do público aos direitos fundamentais, a qual se desenvolveria pela vinculação do legislador privado e da jurisdição civil.¹⁹⁷

Também afastando a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, em paridade com a teoria da convergência estatista, estão os adeptos da teoria norte-americana da *state action*. Tal teoria parte do suposto de que não haveria que se falar de vinculação de particulares, mas apenas do Estado aos direitos fundamentais, ressalvado-se o caso da escravidão¹⁹⁸ em que se admite a vinculação de qualquer particular que esteja a praticá-la.

É, também, fundamento e justificativa para a *state action* norte-americana o fato de que o pacto federativo conferiu aos Estados e não à União a competência para legislar sobre Direito Privado, salvo quando a matéria seja comércio interestadual e internacional.¹⁹⁹

Tal constatação justificaria que o Estado já está intervindo nas relações privadas através do ato de legislar. Por tal motivo a vinculação dos direitos fundamentais deveria recair apenas sobre o Estado que é aquele que intervém diretamente nas relações privadas.

Todavia, o posicionamento norte-americano tem sido revisto, de modo que a vinculação do público tem tido seu espaço de abrangência ampliado. Desta feita, sempre que um particular exerça função estatal típica ou sempre que sua conduta possa ser imputada ao Estado há vinculação²⁰⁰, do Estado é claro.

É que revendo posicionamento anterior acerca do pacto federativo foi reconhecida a competência da União para legislar sobre normas de direitos fundamentais vinculando, desta forma, a atividade do legislativo estadual no que toca a esse tipo de relação privada.²⁰¹

¹⁹⁶ SARLET *Op. cit.*, p. 133

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 133

¹⁹⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. p. 186

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 189

²⁰⁰ SARLET *Op. cit.*, p. 134

²⁰¹ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 190

Por tal motivo vislumbra-se a intenção de vincular os privados pelos direitos fundamentais, mas a vinculação dirige-se apenas contra os Estados-membros, os quais, por sua vez, ficam encarregados de influir, via legislação, nas relações privadas.

Com efeito, segundo precisa lição de Daniel Sarmiento²⁰², a suprema corte norte-americana, ainda na década de 40, já havia se pronunciado pela aplicação da *public function theory*, segundo a qual o particular que atua em atividades tipicamente de Estado equipara-se a ele para fins de vinculação dos direitos fundamentais.

Passa-se a admitir, portanto, vinculação dos particulares apenas quando na relação privada esteja envolvido algum particular “poderoso”, o qual age desempenhando função típica do Estado. Mesmo assim não se admite, propriamente, vinculação de particulares, mas vinculação do público.

Atente-se para o fato de que referida teoria não exige que tenha havido delegação de função do Estado ao particular, bastando, apenas, que haja, por parte do ente privado, exercício típico de função Estatal, delegada ou não.²⁰³

Culmina-se por não reconhecer a vinculação dos particulares, mas, ao mesmo tempo, abre-se espaço para um início dessa vinculação. A prova disso segue pela ampla análise de julgados empreendida por Daniel Sarmiento²⁰⁴ em que ora se admite a vinculação por uma equiparação ao Estado e ora não se admite a mesma vinculação pela falta de dita equiparação.

Vê-se que a jurisprudência norte-americana mostra-se vacilante e somente gera insegurança jurídica quanto ao reconhecimento ou não da vinculação dos particulares. Além disso, desloca a discussão para um segundo plano, o qual consiste na equiparação entre privado e público, criando problemática adicional e dispensável no tema dos direitos fundamentais.

Exemplificativamente, no caso *Burton vs. Wilmington Parking Authority* a Suprema Corte admite a vinculação de um restaurante privado, o qual não poderia discriminar a clientela por motivos raciais, apenas porque o ente privado se localiza em espaço alugado do Poder Público.²⁰⁵ Reconhece-se, nesse caso, equiparação do ente privado ao público para fins da vinculação aos direitos fundamentais.

Por outro lado, já no caso *San Francisco Arts & Athletics inc v. United States Olympic Comitee* afastou-se a vinculação do Comitê Olímpico simplesmente porque a palavra “olímpico”, embora atribuída com exclusividade por lei federal americana, não bastava para

²⁰² SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 190

²⁰³ *Ibid*, p. 191

²⁰⁴ *Ibid*, p. 191-193

²⁰⁵ *Ibid*, p. 192

enquadrar tal entidade privada enquanto entidade pública a viabilizar a vinculação pelos direitos fundamentais.²⁰⁶ Com base nisso admitiu-se a proibição de que um grupo gay usasse a palavra olímpico em sua designação.

Vislumbra-se que a discussão norte-americana, com todo o respeito, envereda por caminhos tortuosos e põem em cheque o traço mais importante dos direitos fundamentais: sua efetividade.

Justamente por isso e em que pese o brilhantismo das teorias, bem como o respeito que a pesquisa exige com relação às teses divergentes, não há como se admitir ou, mesmo, concordar com posicionamentos teóricos que ou não dão relevo ao problema da vinculação dos particulares, ou pretendem tratá-lo como capítulo da vinculação do público.

Nessa esteira, é preciso ter em mente que, no que toca à teoria da convergência estatista, a autonomia privada, antes de ser uma liberdade concedida pelo Estado, é direito inato a qualquer ser humano que se pretenda digno, de modo que não seria possível conceber que a atuação do particular seja, inteiramente, uma decorrência da atuação Estatal.²⁰⁷

Desta forma, não haveria como se responsabilizar o Estado pela ação do particular como se fosse aquele que criou a liberdade de agir. O Estado, em tal conotação, assume mais uma posição de reconhecedor e garantidor da autonomia privada do que de criador da mesma.

Ademais, o Direito Privado orienta-se pela permissão de tudo que não esteja expressamente proibido. Nesse sentido, não haveria como se reputar ao Estado toda conduta privada violadora de direito fundamental simplesmente por haver permissão decorrente de ausência de proibição.²⁰⁸

É que, não é fundamento suficiente para responsabilizar o Estado o fato de que o mesmo não tenha normatizado naquele sentido, permitindo ao particular agir lesando direito fundamental. Mais coerente, seria admitir a vinculação dos próprios particulares responsabilizando cada qual, ente público ou privado, pela sua conduta.

Outrossim, em que pese a vinculação que se estabelece sobre o legislador privado e sobre o judiciário seus campos de ação são bastante restritos. O primeiro atua apenas em nível abstrato, ao passo que o segundo somente nos casos que lhe são submetidos a exame. O Estado, portanto, age antes ou depois da conduta particular que viola direito fundamental. E nem sempre age antes e muito menos depois.

²⁰⁶ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 192

²⁰⁷ SARLET *Op. cit.*, p. 136

²⁰⁸ *Ibid*, p. 136

Vislumbra-se, assim, que os defensores da teoria da convergência estatista e da teoria da *state action*, não enxergam que as condutas violadoras de direitos fundamentais nascem, diretamente, da ação particular e não da ação ou não ação do Estado.²⁰⁹

Entretanto, em que pese a opção que se faz pela existência de verdadeira vinculação dos privados a direitos fundamentais, não se deve, com isso, entretanto, tencionar que referida eficácia dos direitos fundamentais entre privados vá abranger todos os direitos fundamentais, eis que há direitos fundamentais cuja vinculação tem por destinatário direto o poder público, como nos casos de direitos políticos, de nacionalidade, de asilo e de não-extradição.²¹⁰

Lado outro, em face da eficácia vertical, o Estado, além de estar vinculado por tais direitos, assumiu posição positiva no sentido de protegê-los e de garanti-los, mesmo nas relações particulares.²¹¹ A eficácia vertical assume, desta forma, função de pressuposto da eficácia horizontal, eis que, na via indireta, seja pelo legislativo, seja pelo Judiciário, o Estado já está obrigado a promover a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações particulares.

Não se trata, nesse sentido, de afastar a vinculação dos particulares e ampliar a vinculação do público, como pretendem, tanto a teoria da convergência estatista, quanto a da *state action*, mas, ao reverso, afirmar a existência da vinculação dos particulares partindo da vinculação do público.

Reconhecendo a vinculação dos particulares a direitos fundamentais a Constituição Portuguesa de 1976 prescreve que “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”²¹²

Outras constituições como a Grega, a Espanhola e a Alemã também trazem disposições expressas pela vinculação dos particulares a direitos fundamentais.²¹³ Nestes termos, a despeito do silêncio da Constituição brasileira, há que se reconhecer uma eficácia de irradiação dos direitos fundamentais no âmbito, tanto das relações públicas quanto privadas.

Tal constatação é imprescindível, pois, ao mesmo tempo em que deixa claro a necessária vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, leva-se a discussão para o segundo ponto de exame: qual o alcance dessa eficácia?

²⁰⁹ SARLET *Op. cit.*, p. 138

²¹⁰ *Ibid.*, p. 115

²¹¹ *Ibid.*, p. 119

²¹² Constituição Portuguesa de 1976.

²¹³ SARLET *Op. cit.*, p. 120

No entanto, a questão do alcance da eficácia leva, segundo precisa lição de Sarlet²¹⁴ a indagações suplementares, tais quais: a vinculação sobre os particulares assume as mesmas feições da vinculação sobre o poder público? A expressão “particulares” abrange todo e qualquer particular ou apenas particulares com poderes sociais?

Visando responder estas indagações lança-se mão do exame de duas teorias que tentam explicar o alcance da vinculação dos particulares a direitos fundamentais. A primeira teoria, defendida por Nipperdey e Walter Leisner menciona uma eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.²¹⁵

Tal teoria preconiza o reconhecimento de efeitos absolutos aos direitos fundamentais sendo, portanto, desnecessária a mediação legislativa, bem como o uso de métodos hermenêuticos para o reconhecimento da incidência de tais direitos no âmbito das relações privadas.²¹⁶

No Brasil Ingo Wolfgang Sarlet defende a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, embasando-se no princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo o autor, a dignidade da pessoa humana seria o fundamento e a medida da vinculação que se abate tanto sobre o público quanto sobre o privado, não havendo porque se estabelecer vinculação diferenciada para o privado.²¹⁷

Com base nesta teoria sustenta-se que o princípio da unidade e da força normativa da Constituição não admitem que o Direito Privado não sofra uma vinculação direta dos direitos fundamentais.²¹⁸ Isto significaria, entretanto, uma eficácia absoluta dos direitos fundamentais nas relações privadas com total predomínio do direito constitucional e completa anulação da autonomia privada.²¹⁹

Ademais, como bem adverte Durig²²⁰ uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas provocaria uma ampliação demasiada da Constituição e o esvaziamento do Direito Privado. Entra em cena, portanto, a teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais.

Para esta teoria, a eficácia direta das normas constitucionais somente teria espaço para os casos em que houvesse ausência de normas privadas sobre o assunto, e, ainda assim, se

²¹⁴ *Op. cit.*, p. 120

²¹⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. p. 79

²¹⁶ FONSECA, Maria Hemília. *Op. cit.*, p. 59

²¹⁷ SARLET *Op. cit.*, p. 150

²¹⁸ *Ibid.*, p. 121

²¹⁹ FONSECA, Maria Hemília. *Op. cit.*, p. 57

²²⁰ DURIG *apud* SARLET *Op. cit.*, p. 122

fariam através de recursos hermenêuticos de interpretação e integração de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, interpretados consoante os direitos fundamentais.²²¹

Não haveria espaço, como se vê, para uma ampla e irrestrita aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações privadas quando existentes normas privadas sobre o assunto. O caminho seria interpretar as normas privadas à luz dos direitos fundamentais e valer-se, diretamente, das normas fundamentais apenas em casos de omissão do direito privado.

E, mesmo assim, para os casos de uso direto das normas constitucionais, valer-se-ia do procedimento hermenêutico de recurso às cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados a fim de promover a integração do direito privado com as normas de direitos fundamentais.

Tal concepção ajusta-se com a noção de que seria dever do legislador, no âmbito de sua “liberdade” para criação de normas, promover a criação e aplicação das normas privatísticas sob o influxo das normas de direitos fundamentais.²²²

Nesta vertente, os direitos fundamentais, para serem aplicados nas relações privadas, careciam, portanto, de uma intermediação promovida pelas normas privadas²²³ criadas sob o influxo dos direitos fundamentais. Somente em caso de ausência de tais normas é que estaria autorizado o judiciário a promover a integração das lacunas privadas por meio das normas constitucionais²²⁴, servindo, nestes casos, as cláusulas gerais do direito privado como verdadeiros “pontos de ingresso” dos direitos fundamentais no direito privado.²²⁵

O alcance, portanto, da vinculação seria da ordem da eficácia mediata e indireta, dependendo de norma privada criada e interpretada à luz dos direitos fundamentais. Apenas em caso de omissão, via hermenêutica, haveria aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Entretanto, toda a discussão acerca do alcance da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais levou a problemática para um segundo ponto de análise. Cunhou-se a idéia de que, em face da necessidade de garantia dos direitos fundamentais, o Estado, destinatário direto de tais direitos, teria o dever de proteger os particulares contra agressões

²²¹ DURIG *apud* SARLET *Op. cit.*, p. 122

²²² *Ibid.*, p. 123

²²³ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 198

²²⁴ SARLET. *Op. cit.*, p. 123

²²⁵ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 198

em seus direitos particulares, mesmo quando provocadas por outros particulares.²²⁶ Trata-se do que se cunhou chamar de teoria dos deveres de proteção.

Tal noção de dever estatal é de suma importância e justifica-se na exata medida em que, conforme raciocínio anterior, o Estado assume a posição de defensor e garantidor dos direitos fundamentais, de modo que da eficácia vertical nasce a eficácia horizontal.

Este dever de proteção estatal, inclusive contra particulares, eis que destinatário direto dos direitos fundamentais justifica-se, como bem adverte Sarlet²²⁷, inclusive, no Princípio do Estado de Direito, vez que estabelece o monopólio da força para o Estado impedindo que o particular, salvo raras exceções, use de força para defender seus direitos fundamentais causadas por outros particulares.

Superada, entretanto, a discussão acerca do modo de vinculação dos particulares, cumpre examinar as divergências que circundam em torno do conceito de particulares, eis que, é comum, dentro de tal expressão, a classificação de dois nichos de particulares distintos. Nestes termos, no âmbito da esfera privada, distinguem-se as relações particulares travadas entre particulares desiguais, pelo fato de um deles ser detentor de poderes sociais, das relações entre particulares iguais²²⁸, ao menos em princípio.

Em face da existência de relações privadas desiguais, geralmente marcadas pela presença de uma parte privada, pessoa jurídica ou física, dotada de expressivo poder social, criando-se a figura de um particular poderoso, há relevante parcela doutrinária considerando que tal relação privada equivale à relação entre administrado e Estado, pelo que a eficácia dos direitos fundamentais, em tais casos, deveria ser vertical e não meramente horizontal.²²⁹

Tal concepção parte da noção de que o Estado não seria a única fonte de ameaça a direitos fundamentais havendo, nesse sentido, vários particulares como corporações e grupos empresariais que, por serem detentores de parcela significativa de poder econômico e social, atuariam com a mesma capacidade lesiva a tais direitos.²³⁰

Uma constatação de ordem social confirma a presença de tais atores poderosos na sociedade atual. É que é comum, na vida moderna, que os indivíduos, em busca de interesses diversos, inclusive econômicos, submetam-se aos interesses de diversas entidades privadas poderosas, facilitando, sobremaneira, a agressão a seus direitos fundamentais.

²²⁶ SARLET. p. 126

²²⁷ *Ibid*, p. 127

²²⁸ *Ibid*, p. 128

²²⁹ *Ibid* p. 128

²³⁰ *Ibid*, p. 129

Tal lesão, por muitas vezes, além de se concretizar torna-se prática habitual, vez que o ator privado poderoso, em face da dependência que o indivíduo demonstra em torno daquela relação jurídica, se aproveita de tal sentimento para solapar-lhe, por completo, toda a dignidade e integridade.

Tal ocorrência, inclusive, é bastante corriqueira nas diversas relações de emprego no país, nas quais o empregador, detentor dos meios de produção, independente economicamente, se aproveita da dependência econômica do empregado para tratá-lo como coisa. A mentalidade do “quem tem dinheiro manda” parece ser uma constante desde que a moeda foi cunhada.

Em que pese, entretanto, o brilhantismo da tese da eficácia vertical dos direitos fundamentais em face de entidades privadas poderosas, há de se estar atento que, ainda que se pretenda o reconhecimento da eficácia vertical nesses casos, é preciso retomar a observação antes feita de que no caso das relações privadas ambos os envolvidos são detentores de direitos fundamentais.²³¹

Neste sentido, uma opção mais apressada pela eficácia vertical em tais casos levaria ao total prejuízo do método da ponderação para solução da colisão de direitos fundamentais eis que, uma eficácia de tal natureza, levaria, em nível abstrato, a uma prevalência quase absoluta do direito da parte considerada mais “fraca”.

Ademais, atente-se para o fato de que embora haja desigualdade entre particulares comuns e particulares detentores de poderes sociais e econômicos, tal assimetria de posições não se compara à assimetria que se submete o particular quando diante dos Entes Públicos, de modo que indiscutível a diferença de graus de assimetria na comparação das relações entre privados e entre privado e público.²³²

Nestes termos, há entendimentos no sentido de que admitir eficácia vertical nas relações entre privados quando um deles seja detentor de elevadas parcelas de poder social levaria ao que se chamou de Estatização ou socialização do Direito Privado.²³³

É preciso, portanto, tomar cuidado com esta prática, até porque em 99,9% dos casos de relações entre privados no Brasil há, de fato, uma desigualdade latente. Os contratos, com raríssimas exceções são do tipo contrato de adesão. A desigualdade instaura-se desde o início.

²³¹ SARLET. *Op. cit.*, p. 129

²³² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1158

²³³ SARLET. *Op. cit.*, p. 131

Optar, desta forma, por eficácia vertical, ante a desigualdade evidente que reina nas relações privadas, seria o mesmo que sepultar qualquer intenção de se reconhecer eficácia horizontal nas relações privadas.

Em outros termos, admitir eficácia vertical na relação entre privados, ainda que um deles seja detentor de poderes sociais e econômicos de monta, seria perverter o sistema dos direitos fundamentais apenas com o objetivo de controlar situações de abuso de poder, além do que acarretaria invasão da competência do legislador, a quem incumbe o controle de tais abusos via legislativa.²³⁴ E isso sem contar na completa anulação da atuação judicial, como instrumento de controle de tais abusos e de aplicação dos direitos fundamentais.

Nessa direção, leciona Canaris²³⁵ que a existência de abusos decorrentes do mau uso de poderes sociais não constitui problema autônomo, mas problema decorrente da paridade contratual, ou falta dela, em que a solução já é dada pelo instrumental do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, não se há de admitir uma eficácia vertical nas relações entre privados, mas uma eficácia horizontal que admita variação no grau de proteção do particular mais fraco de acordo com os poderes do particular que com ele trave relações jurídicas.

Há, em tal diapasão, que se admitir a função de defesa dos direitos fundamentais, a qual deve funcionar contra toda e qualquer opressão²³⁶ independente de sua origem, particular ou pública. Em tais termos qualquer violação a direito fundamental não há de ser tolerada, seja provinda de particular poderoso ou público.

Por evidente, não há necessidade de reconhecimento de uma eficácia vertical também no âmbito das relações privadas. Basta que se adote uma eficácia horizontal de contornos fluídos, baseada na aplicação das normas privadas à luz dos direitos fundamentais²³⁷, bem como na aplicação direta da Constituição em casos de omissão, via técnica da cláusula geral e dos conceitos jurídicos indeterminados.

Quanto à possível preocupação sobre a existência de leis que violem direitos fundamentais, atente-se para o fato de que já existe no sistema jurídico brasileiro remédio adequado para normas que violam a Constituição. Trata-se do controle de constitucionalidade, o qual pode ser, a todo momento, utilizado para afastamento das normas infraconstitucionais violadoras das normas constitucionais, entre elas, as de direitos fundamentais.

²³⁴ SARLET. *Op. cit.*, p. 131

²³⁵ *Op. cit.*, p. 132

²³⁶ SARLET. *Op. cit.*, p. 133

²³⁷ SABINO, João Filipe Moreira Lacerda. *Op. cit.*, p. 199

Não se olvide, nesse sentido, sobre a técnica de decidir através da interpretação conforme a constituição. Tal técnica decisória será de grande valia, também, para controle de normas infraconstitucionais que possam estar violando normas de direitos fundamentais.

Ademais, ainda que se cogite de violação à Constituição pelo próprio Judiciário, não se esqueça do instituto da reclamação, instituído pela emenda constitucional 45, conhecida como reforma do judiciário, o qual permite controle das decisões judiciais violadoras de normas de direitos fundamentais.

Adepto de um vinculação indireta e fluida esta Canaris para quem dado que na relação entre particulares defrontam-se titulares de direitos fundamentais, é de se admitir, por vezes, uma variação do grau de vinculação em face dos direitos fundamentais colidentes, bem como da relação de precedência que se vá estabelecer entre eles.²³⁸

Tal técnica, deve, desta forma, se desenvolver, sobretudo, ligada nas nuances do caso concreto, bem como nos diversos desníveis efetivamente verificáveis em face dos poderes privados envolvidos, de modo a estar sempre disposta a oscilar de acordo com a maior ou menor necessidade de proteção da parte mais fraca.

Uma tal vinculação, atente-se, não se justifica, entretanto, apenas em nível jurídico-processual, senão também em nível jurídico-material, vez que a atuação judicial é de suma relevância para conferir as conseqüências práticas das normas em face de posições jurídicas de vantagem dos cidadãos.²³⁹ Trata-se da transformação da *Law in the books* na *Law in action*, já que a decisão judicial reiterada é responsável por concretizar o direito previsto na norma abstrata.

É que, ainda que ambos os envolvidos sejam titulares de direitos fundamentais, também não se há de aturar, por tal motivo, práticas abusivas de poder, por diversas vezes cunhadas sob o escudo da titularidade de direitos fundamentais. É chegado o momento de cerrar fileira no combate ao neofeudalismo social que se instaura nas relações particulares.²⁴⁰

Vê-se, pois, que o sistema jurídico está apto para trabalhar com uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais nos moldes de uma aplicação indireta e mediata de tais direitos.

O único traço distintivo a ser aqui ressaltado é a necessidade de adoção de uma eficácia indireta, porém fluida, a qual esteja sensível à necessidade de respeito ao princípio da isonomia e proteção da parte mais fraca da relação jurídica.

²³⁸ CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. p. 38

²³⁹ *Ibid*, p. 40-41

²⁴⁰ SARLET. *Op. cit*, p. 133

Por evidente, tal tese se amolda perfeitamente ao direito laboral do país. Em primeiro lugar, cite-se a norma do art. 8º, parágrafo único da CLT a qual estabelece a possibilidade de suprimimento das lacunas laborais com a legislação comum, no caso o Direito Civil.

Tal norma abre passagem para a ampla incidência das normas de direitos da personalidade no âmbito das relações de emprego. Trata-se de uma incidência de suma importância, haja vista que as normas de direitos de personalidade assumem, hodiernamente, o distinto papel de concretizar alguns direitos fundamentais, nelas elencadas, no âmbito do direito privado.

Cite-se, de passagem, os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade. Todos esses são direitos fundamentais cunhados em normas privadas para vincular as relações privadas e que, em face da norma celetista citada, devem incidir amplamente nas relações laborais regidas pela CLT.

Ousa-se, nesse sentido, dissentar da douda opinião de João Filipe Moreira Lacerda Sabino, para quem haveria necessidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas ante a patente desigualdade a que se estão submetidas as partes envolvidas em tal espécie de relação jurídica²⁴¹.

Como se disse repetidas vezes acima, uma eficácia indireta e fluida é o suficiente para fazer atuar a vontade do legislador constitucional no sentido de tutelar a pessoa humana, bem como no sentido de resguardar a dignidade da pessoa humana. Basta que se lance mão do farto instrumentário já elencado anteriormente.

Relembre-se, aplicação direta somente em caso de omissão. Nos demais casos, aplicação indireta com vinculação do legislador de direito privado e do judiciário. Incidência indireta dos valores constitucionais via hermenêutica das normas privadas à luz da Constituição, bem como uso das cláusulas gerais para propiciar tal caminho hermenêutico.

Ainda, uso do controle de constitucionalidade, da interpretação conforme e da reclamação, poderão propiciar a eficácia dos direitos fundamentais na via indireta com respeito tanto à Constituição quanto ao Direito Privado. Não é preciso, portanto, rasgar o sistema para aplicar os direitos fundamentais.

Aliás, como bem ressalta Canaris²⁴², a aplicação dos direitos fundamentais deve ser indireta, através da edição de regras legislativas ou por meio do controle da edição ou não edição de tais regras.

²⁴¹ SABINO, João Filipe Moreira Lacerda. *Op. cit.*, p. 208

²⁴² *Op. cit.*, p. 58

Ademais, o próprio João Filipe Moreira Lacerda Sabino não destoa do entendimento de que a aplicação dos direitos fundamentais somente é cabível através da análise caso a caso.²⁴³

Isto comprova, que os casos deverão ser olhados um por um. Não se justifica, portanto, estipular na via abstrata uma eficácia direta se o sistema jurídico brasileiro admite, tranquilamente, uma eficácia indireta, com todo o instrumentário já colacionado acima.

²⁴³ *Op. cit*, p. 210

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA RELAÇÃO DE EMPREGO

Uma boa noção acerca da dignidade da pessoa humana, que não seja muito superficial e nem deveras aprofundada, é indispensável quando se esta a tratar da eficácia dos direitos fundamentais. É que, conforme assevera boa doutrina, é postulado do Direito Constitucional atual a vinculação que os direitos fundamentais sofrem em razão do princípio da dignidade da pessoa humana.²⁴⁴ Nestes termos, é necessário, pois, uma correta fundamentação dos direitos fundamentais à luz da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, não basta, para as pretensões deste estudo, apenas uma correta noção e fundamentação da dignidade da pessoa humana no que toca à teoria dos direitos fundamentais. Faz-se imprescindível elencar como ela se integra na relação de emprego.

Para atingir esta desafiante tarefa de demonstrar a incursão da dignidade no âmbito da relação de emprego o estudo será dividido em três partes: análise da dignidade da pessoa humana, análise dos direitos de personalidade e estudo da relação de emprego com a incidência da dignidade da pessoa humana através dos direitos de personalidade.

O trajeto nesta via se mostra necessário, haja vista a ampla dissidência que banha, praticamente, todas as discussões jurídicas. Esta é, portanto, a proposta deste capítulo, mostrar a incidência da dignidade da pessoa humana no âmbito da relação de emprego.

2.1 A dignidade da pessoa humana

A fim de facilitar o estudo a análise da dignidade da pessoa humana no âmbito da teoria dos direitos fundamentais será desdobrada.

Em um primeiro momento serão empreendidos esforços no sentido de identificar o significado da dignidade da pessoa humana. Na sequência, e como desdobramento deste primeiro item, será analisado se a dignidade é uma questão inata ao ser humano ou se nasce da própria cultura em que ele se encontra inserido.

Ainda nesta via será objeto de análise o confronto dignidade individual x dignidade coletiva, bem como a natureza jurídica normativa da dignidade, seu relacionamento com o núcleo essencial dos direitos fundamentais e, por fim, um exame sobre seu grau de imposição. Seria ela norma absoluta ou relativa?

Essa e outras questões secundárias serão respondidas nas linhas que se seguem.

²⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. p. 25-26

2.1.1 Significado

Por evidente traçar um conceito de dignidade da pessoa humana é tarefa por demais difícil, haja vista se tratar de um vocábulo bastante fluído e indeterminado. Neste diapasão, a proposta, para este ponto do estudo, consiste em traçar um significado de dignidade o qual imantará as bases do discurso desenvolvido ao longo deste ensaio.

Nestes termos, é possível vislumbrar, na antiguidade clássica, uma noção de dignidade vinculada à posição social dos indivíduos, de modo a se admitir pessoas com mais dignidade e pessoas com menos dignidade.²⁴⁵

Em que pese tal noção, alerta Bodin de Moraes que o cristianismo foi o responsável por fornecer a primeira noção, corretamente fundamentada, de dignidade da pessoa humana.²⁴⁶

Nestes termos, a dignidade da pessoa humana pode ser encontrada na Bíblia, tanto no novo quanto no antigo testamento, sempre com a remissão de que o ser humano teria sido criado à imagem e semelhança de Deus, de modo que, sendo dotado de valor próprio, não poderia ser tratado como mero objeto ou instrumento.²⁴⁷

A noção bíblica de dignidade da pessoa humana encontrou forte desenvolvimento com São Tomás de Aquino que, além de retomar a concepção do homem enquanto imagem e semelhança de Deus aduziu a dignidade também fundamentada na liberdade do homem, bem como na sua capacidade de autodeterminação.²⁴⁸

Por evidente, tal concepção da dignidade enquanto capacidade de autodeterminação poderia levar à exclusão das pessoas incapazes, face à sua falta de preparo mental para a auto-gestão. Todavia, leciona boa doutrina²⁴⁹ que tal concepção não exclui qualquer sorte de pessoas incapazes, as quais preservam a mesma dignidade que qualquer pessoa mentalmente sã.

No campo da concepção bíblica o ser humano passa a representar o valor mais alto, inclusive, do ordenamento jurídico sendo, em tal diapasão, destinatário primário da tutela prometida pela norma jurídica.²⁵⁰

²⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 30

²⁴⁶ *Na medida da pessoa humana.* p. 77

²⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 30

²⁴⁸ HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Op. cit.*, p. 7

²⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 45

²⁵⁰ TOBEÑAS. José Castan. *Los Derechos de la Personalidad.* p. 6

Indiferente à concepção bíblica e um tanto quanto antropocêntrico²⁵¹ leciona Giovanni Pico Della Mirandola²⁵² que o homem é obra da natureza indefinida, colocado como centro do mundo, dotado de livre arbítrio para buscar tudo aquilo que seja de sua vontade, criado para representar a criação que permeia a divindade e os demais seres vivos.

Na mesma posição, admitindo a centralidade do homem, entretanto, no campo jurídico é a posição de André Gustavo Corrêa de Andrade²⁵³, para quem o homem ocupa posição de fundamento e finalidade do Direito.

Rompendo com a noção religiosa, destaca-se a posição de Immanuel Kant para quem o fundamento da dignidade da pessoa humana radica na noção de autonomia ética do indivíduo, bem como na proibição de sua coisificação.²⁵⁴ O ser humano, neste viés, seria dotado de autonomia, não podendo ser, portanto, tratado pelos demais e, nem mesmo por si, como coisa.

A concepção Kantiana de dignidade da pessoa humana parte da racionalidade, ao afirmar a capacidade de autodeterminação, existente apenas nos seres racionais, e, ao mesmo tempo, rompe com a natureza religiosa da dignidade²⁵⁵, cujo fundamento residia na Divindade.

A partir desta concepção o ser humano passa a ser visto como um fim em si mesmo e não simples meio para o atingimento da vontade alheia, de modo que a dignidade passa a ser vista como um valor que quando posto diante de um confronto com qualquer outro não pode ser levado a cálculo para aferição de seu preço.²⁵⁶

Nesse diapasão, Kant leciona que “Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.”²⁵⁷

Da evolução do significado de dignidade, perpassando pela noção religiosa e pela noção filosófica, pode-se inferir que a dignidade é uma qualidade intrínseca, irrenunciável e inalienável, da pessoa humana, que qualifica o ser humano e dele não pode ser destacado,²⁵⁸ como elemento externo e diferente da pessoa.

Supera-se, por completo, qualquer discussão no sentido de diferenças de dignidade no âmbito da existência humana. Reconhece-se, nesta medida, a dignidade enquanto valor que

²⁵¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. p. 79

²⁵² *Discurso sobre a dignidade do homem*. p. 47-48

²⁵³ *Op. cit*, p. 1

²⁵⁴ *Fundamentação da metafísica dos costumes*. p. 61

²⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit*, p. 33

²⁵⁶ *Ibid*, p. 33

²⁵⁷ KANT, Immanuel. *Op. cit*, p. 65

²⁵⁸ NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. p. 49-50

imanta a existência de todo e qualquer ser humano, em igual proporção, de tal modo que não é cabível falar em dignidade maior ou menor.²⁵⁹

2.1.2 Concepção inatista x Concepção multiculturalista

O primeiro passo, portanto, para se fixar uma noção fundamentada de dignidade é admitir se tratar de uma qualidade integrante da pessoa. Logo, impossível que se retire da pessoa a dignidade, sob pena de se estar removendo parte do próprio conceito de pessoa. Nestes termos, a dignidade está “[...] compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana [...]”.²⁶⁰

Trata-se, como se vê, de atributo que decorre da condição humana e torna o ser humano credor de respeito e consideração recíprocos por parte de seus semelhantes.²⁶¹

Tal constatação, aliás, permite inferir que a dignidade não é criação do Direito, de modo que não depende do mesmo para ser reconhecida, sendo, antes, dado prévio ao sistema jurídico²⁶², ao qual cabe, apenas, seu reconhecimento e proteção.

No entanto, a adoção do significado da dignidade como elemento integrante do ser humano vai de encontro às posições doutrinárias que se orientam pela multiculturalidade. Cria-se uma dualidade conceitual reconhecível pelo conflito: inatistas x multiculturalistas.

Enquanto de um lado os inatistas entendem que a dignidade é qualidade integrante da pessoa humana, de outro, os multiculturalistas lecionam que a dignidade é fruto da evolução cultural de um povo²⁶³ em um dado local e momento histórico.

A tese multiculturalista parte da noção de que a dignidade não transcende ao direito posto de um Estado sendo, antes, criação do mesmo. Os defensores de tal corrente pretendem comprová-la indagando sobre exemplos de atrocidades praticadas contra seres humanos, as quais são, naquele espaço-tempo, aceitos e estimulados pela sociedade local.²⁶⁴

Sem pretender aprofundar na presente discussão, a qual não constitui cerne desta pesquisa, mas, apenas com a finalidade de esclarecer o ponto levantado, basta a análise de três exemplos para ilustrar o questionamento levantado pela corrente cultural. Basta se cogitar dos exemplos de escravidão presentes ao longo da história, do exemplo da mutilação sexual das mulheres africanas, as quais tem o seu clitóris removido para não ter prazer na relação sexual,

²⁵⁹ ANDRADE, André Gustavo Correia de. *Op. cit.*, p. 4

²⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 42

²⁶¹ ANDRADE, André Gustavo Correia de. *Op. cit.*, p. 2

²⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 42

²⁶³ *Ibid.*, p. 46

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 56

e o exemplo das mulheres muçulmanas que sofrem castigos corporais dependendo do comportamento adotado.

Em todos estes casos, como se justifica que a dignidade da pessoa humana seja um valor inato se a tal valor é diuturnamente desrespeitado, inclusive, com consenso social?

Em defesa da corrente inatista é possível formular uma resposta de ordem hermenêutica à presente indagação. É que, embora a dignidade seja universal e, portanto, inata ao ser humano, tal disparidade no seu reconhecimento estaria a cargo da interpretação de quais condutas sejam consideradas ofensivas à dignidade da pessoa.²⁶⁵

Adepto da corrente inatista posiciona-se Dallari²⁶⁶, para quem a dignidade é valor universal que independe de diversidades sócio-culturais de quaisquer povos, vez que todas as pessoas são iguais em direitos e deveres, bem como detentoras das mesmas necessidades vitais.

No mesmo sentido é a posição de André Gustavo Correa de Andrade²⁶⁷ ao lecionar que “a dignidade é composta por um conjunto de direitos existenciais compartilhados por todos os homens, em igual proporção.” E ainda adverte: “A dignidade não é algo que alguém precise postular ou reivindicar, porque decorre da própria condição humana.”

Ainda na mesma linha adverte Rizzatto Nunes que a dignidade nasce com o indivíduo, é-lhe inerente, é característica que faz parte da essência humana, não se admitindo posições que adotam relativismo conceitual acerca da dignidade.²⁶⁸

A universidade do valor dignidade, aliás, prova-se pelo fato de que o homem continua a merecer a tutela da dignidade ainda quando seu ciclo vital tenha se encerrado.²⁶⁹

Nestes termos, a dignidade seria, realmente, valor inato. A justificativa para as atrocidades exemplificadas não estaria plasmada no fato de que naquelas sociedades não se admite ou se protege a dignidade da pessoa humana, mas pelo fato de que tais condutas não foram consideradas como ofensivas a tal valor intrínseco do ser humano.

Ademais, ainda que se pudesse argüir que naquelas sociedades não se protege a dignidade, tal suposto não seria suficiente para infirmar a própria universalidade de tal valor. Acaso a escravidão foi capaz de afastar infirmar a existência do valor liberdade? Claro que não. Tanto que com o passar dos anos reconheceu-se que tal conduta violava o valor liberdade.

²⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 56

²⁶⁶ *Direitos Humanos e Cidadania*. p. 8

²⁶⁷ *Op. cit.*, p. 3 e 13

²⁶⁸ *Op. cit.*, p. 49

²⁶⁹ COMTE-SPONVILLE, André. *A sabedoria dos modernos*. p. 126

O mesmo está ocorrendo com a dignidade. Não se trata de afastar sua existência nas sociedades em que há condutas que provocam sua violação. Cuida-se, antes, de aguardar o evoluir do pensamento de tais povos de modo a perceberem que tais condutas violam a dignidade.

Corroborando a posição inatista, adverte Gonçalves Loureiro que a dignidade da pessoa humana configura-se em “[...] obrigação geral de respeito pela pessoa, traduzida num feixe de deveres e direitos correlativos, de natureza não meramente instrumental, mas sim, relativos a um conjunto de bens indispensáveis ao florescimento humano.”²⁷⁰

O que se pode admitir com a tese multiculturalista é uma variação do conceito de dignidade. Mas, nunca, uma aceitação de que a diversidade cultural seja capaz de infirmar um valor tão fundamental para a ordem jurídica mundial.

Nestes termos, pode-se admitir, com a tese multiculturalista, que as diversidades comportamentais nos diferentes “Estados soberanos” demonstram uma ligação entre o fator cultural e a noção de dignidade²⁷¹ que informa um dado povo.

Desta feita, o aspecto cultural permite que o conceito de dignidade seja variante de acordo com os comportamentos aceitáveis em cada sociedade.²⁷² Isto, contudo, não leva, necessariamente, ao entendimento de que, simplesmente por uma questão de conceito cultural, um valor inato deveria ser considerado suprimido.

É importante, contudo, frisar que “Essas diferenças, porém, não eliminam o caráter universal da idéia de respeito à dignidade humana ou da existência de um direito inato da pessoa de ser tratada dignamente.”²⁷³

2.1.3 Dignidade da pessoa X Dignidade da humanidade

No que toca ao valor dignidade da pessoa humana, devidamente constitucionalizado no art. 1º, III da CRFB de 1988 cumpre atentar para o fato de que tal formulação fora criada pelo legislador constitucional de forma a estabelecer a proteção da pessoa individual quando em comparação com a humanidade como um todo.

²⁷⁰ *O direito à identidade genética do ser humano*. p. 281

²⁷¹ ANDRADE, André Gustavo Correia de. *Op. cit.*, p. 10

²⁷² *Ibid*, p. 10

²⁷³ *Ibid*, p. 10

É que, conforme boa doutrina, haveria distinção entre dignidade da pessoa e dignidade humana, de modo que a primeira significaria proteção da pessoa individual e a segunda proteção à humanidade.²⁷⁴

Nestes termos, estaria entre os fundamentos da república a proteção da pessoa individualmente considerada, de modo a não se admitir que a dignidade individual ceda espaço para a dignidade coletiva.²⁷⁵

Como se vê a norma foi apregoada no texto constitucional de forma que a hermenêutica das normas jurídicas deverão se desenvolver sempre no sentido de preservar o indivíduo num eventual conflito com o Estado.²⁷⁶

Teria, destarte, o legislador constitucional, optado por colocar a dignidade da pessoa individual em primeiro lugar quando em confronto com a dignidade coletiva, eis que optou pelo termo “dignidade da pessoa humana”.

Nestes termos, ao colocar o termo pessoa antes do termo humana a intenção seria o resguardo da pessoa individual, cuja dignidade não poderia ser tocada ainda que estivesse em jogo a dignidade de toda a coletividade.²⁷⁷

Não se quer, com isso, dizer que uma única pessoa deva ter precedência sobre toda a humanidade, mas que, quando o legislador constitucional colocou a dignidade da pessoa antes da dignidade humana ele o fez para deixar claro que a dignidade da coletividade não pode ser perseguida à custa da dignidade individual.

Trata-se, portanto, de uma opção legislativa que gerou a necessária compatibilização entre o individual e o coletivo, e não a precedência de um sobre o outro.

2.1.4 Dúplice posicionamento: princípio e valor

A dignidade da pessoa humana foi consagrada na Constituição Federal na posição de fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do que dispõe o art. 1º, III da CRFB de 1988.

²⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit*, p. 52

²⁷⁵ *Ibid*, p. 52

²⁷⁶ SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.*, p. 4

²⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit*, p. 52

Para Sarlet os fundamentos do art. 1º da Constituição Brasileira são, em verdade, princípios fundamentais que imantam a base de toda a ordem constitucional, principalmente as normas definidoras de direitos fundamentais.²⁷⁸

Adverte, no mesmo diapasão, André Gustavo Correa de Andrade²⁷⁹ que a eleição da dignidade enquanto princípio fundamental da República Federativa do Brasil revela o compromisso assumido pela Constituição brasileira com o ser humano e seus valores mais caros.

Desta forma, tendo o legislador constitucional elencado a dignidade enquanto fundamento da república Brasileira, deixou claro que o Estado Brasileiro existe em função da pessoa e não o contrário.²⁸⁰

No mesmo sentido assinala Fábio Konder Comparato²⁸¹ ao dizer que o termo fundamento significa razão justificativa ou fonte legitimadora, de modo que ao valer-se desse termo para colocar a dignidade da pessoa humana na base da República Brasileira o legislador constitucional a apontou como uma das razões de ser de toda a organização estatal.

Ainda, no mesmo diapasão leciona Eros Roberto Grau ao dizer que a dignidade da pessoa humana constitui fundamento e fim da República Federativa do Brasil de modo a comprometer toda a atividade econômica no país, bem como as empresas, as quais deverão, no exercício de suas atividades, respeitar a dignidade.²⁸²

Esse papel de fundamento da dignidade da pessoa humana é reforçado pelas diversas passagens do texto constitucional em que a dignidade é veiculada. Nestes termos, a garantia de existência digna que imanta a ordem econômica, nos termos do art. 170, a dignidade da pessoa humana veiculada com a paternidade responsável segundo o art. 226, § 6º, bem como o direito da criança e do adolescente a uma vida digna, consoante o art. 227, *caput*, todos da Constituição.²⁸³

Ademais, a dignidade aparece mesmo implícita em outros dispositivos constitucionais que não fazem menção expressa à ela, como é o caso do art. 3º inciso I ao mencionar entre os objetivos fundamentais da República a necessidade de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como do inciso IV ao prescrever a necessidade de promoção do bem de todos os seres humanos sem preconceitos ou discriminações.²⁸⁴

²⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 61

²⁷⁹ *Op. cit.*, p. 13

²⁸⁰ SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Op. cit.*, p. 7

²⁸¹ *Fundamento dos direitos humanos*. p. 2

²⁸² *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 221

²⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 62

²⁸⁴ ANDRADE, André Gustavo Correia de. *Op. cit.*, p. 13

Vê-se, pois, que o legislador constitucional optou, acertadamente, por não arrolar a dignidade da pessoa humana enquanto direito fundamental, colocando-a, por opção, na condição de princípio fundamental.²⁸⁵ Desta forma, é inegável o caráter normativo-principiológico assumido pela dignidade enquanto constante do texto da Constituição Brasileira.

Entretanto, em que pese esta certeza, atente-se para o fato de que também se trata de valor fundamental que imanta a base dos direitos fundamentais e permite o reconhecimento de novos direitos fundamentais. Nesse sentido posiciona-se Sarlet ao dizer que do princípio da dignidade “[...] podem e até mesmo devem ser deduzidos direitos fundamentais autônomos, não especificados [...]”.²⁸⁶

No mesmo sentido é a posição de André Gustavo Correa de Andrade, para quem “Não é necessário, pois, que a invocação ao princípio da dignidade venha acompanhada da indicação de algum direito fundamental específico que tenha sido alvo de violação [...]”.²⁸⁷

Reforçando tal entendimento adverte André Comte-Sponville²⁸⁸ se tratar da razão que fundamenta os princípios, eis que, o homem, como fundamento do direito, não poderia ser, ele mesmo, o próprio princípio, senão apenas seu fundamento.

Ainda corroborando tal posição leciona Fábio Konder Comparato que a dignidade da pessoa humana, verdadeiro fundamento dos direitos humanos, deve ser tida como o fundamento maior do Estado Brasileiro e não como um de seus fundamentos.²⁸⁹

Trata-se do valor mais precioso eleito pela ordem jurídica como fundamento da Constituição de 1988.²⁹⁰

Por tal concepção a dignidade do homem está para além dos princípios. Apresenta-se, portanto, como verdadeiro fundamento ou valor fundamental de toda e qualquer ordem jurídica. Colocada nessa condição de valor fundamental culmina por comparecer e vincular todos os direitos que sejam reconhecidos à pessoa humana.²⁹¹

No mesmo sentido é a advertência de Maria Celina Bodin de Moraes para quem a dignidade da pessoa humana constitui o valor supremo da ordem jurídica que a alicerça e vincula todas as relações jurídicas travadas sob a égide do ordenamento jurídico brasileiro.²⁹²

²⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 67

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 69

²⁸⁷ *Op. cit.*, p. 14

²⁸⁸ *Op. cit.*, p. 90

²⁸⁹ *Op. cit.*, p. 6

²⁹⁰ ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. p. 124

²⁹¹ *Ibid.*, p. 124

²⁹² *Danos à pessoa humana*. p.57

Ao que parece o legislador constitucional buscou realçar a posição da dignidade no ordenamento jurídico brasileiro ao consagrá-la enquanto princípio fundamental. Na verdade é possível, inclusive, inferir que ao colocar a dignidade enquanto princípio fundamental o legislador constitucional buscou garantir sua máxima proteção.²⁹³

Aliás, a própria qualificação de princípio fundamental, no que reforça sua feição de fundamento e valor, mostra que a própria fundamentalidade do princípio da dignidade da pessoa humana serviria para demonstrar sua produção de efeitos independe de texto normativo expresso para se fazer incidir.²⁹⁴

É que, entende-se, o fenômeno jurídico não se resume ao texto positivado na Lei e muito menos à atuação exclusiva do Estado²⁹⁵ sendo, antes, produto da própria sociedade e não uma produção Estatal.²⁹⁶

É preciso frisar, portanto, que o fato da dignidade da pessoa humana ter sido recepcionada no texto da atual Constituição Brasileira enquanto princípio fundamental não afasta sua função de valor fundamental para toda a ordem jurídica pátria.²⁹⁷

Por fim, nesta mesma esteira manifesta-se Peces-Barba ao dizer que a dignidade é conceito construído pela filosofia com a finalidade de por em evidência o valor intrínseco do ser humano que, derivando das características de sua identificação, situam o ser humano no centro do mundo.²⁹⁸

Pode-se dizer, portanto, que a dignidade é o valor supremo de qualquer ordem jurídica, sobretudo a brasileira. Sua colocação enquanto princípio fundamental, ao mesmo tempo em que deixa isto muito claro, afirma, indubitavelmente, sua dúplice função: valor e norma jurídica principiológica.

Enquanto valor é o fundamento dos fundamentos. É o fundamento de todo o Estado brasileiro que existe em função da pessoa, e não o contrário. Enquanto princípio é a norma mais fundamental prevista no texto constitucional. Norma, esta, que vincula todo tipo de norma jurídica já criada neste país, sobretudo aquelas que digam respeito à tutela das pessoas.²⁹⁹

Desta constatação exsurge a máxima de que toda atividade no campo jurídico deve ser tomada, sempre, no sentido da máxima realização da pessoa. Toda atividade executiva,

²⁹³ HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Op. cit.*, p. 10

²⁹⁴ ANDRADE, André Gustavo Correia de. *Op. cit.*, p. 11

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 12

²⁹⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito. Introdução e teoria geral.* p. 52

²⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 71

²⁹⁸ *La dignidade de la persona desde la filosofía del derecho.* p. 68

²⁹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana.* p. 84

legislativa e judicial deve desenrolar-se no sentido de tutelar, no limite mais alto, o ser humano.

Se é assim, se a dignidade possui esta função de vincular de forma tão evidente o setor público, pode-se dizer que o setor privado está, com muito mais razão, submetido ao seu respeito. Donde que, toda atividade privada deve desenvolver-se de modo a consagrar de forma mais elevada possível os seres humanos envolvidos, sob pena de estar violando a dignidade da pessoa humana, bem como direitos fundamentais e de personalidade.

2.1.5 Relacionamento com o núcleo essencial dos direitos fundamentais

O presente ensaio parte da evidência de que a dignidade da pessoa humana é o suposto basilar que confere unidade e identidade a um ordenamento jurídico que a tenha como fundamento.

Neste suposto basilar a dignidade assume a posição de fundamento e fim da sociedade e do Estado. Justifica-se tal constatação pelo fato de que a dignidade da pessoa humana, enquanto valor fundamental da República Federativa do Brasil, exerce verdadeira força de atração sobre os direitos fundamentais de modo que a violação a um direito fundamental pode ser tida como violação da própria dignidade.³⁰⁰

Por evidente, tal noção basilar acerca da posição do princípio da dignidade da pessoa humana, possui aplicação no constitucionalismo pátrio³⁰¹, haja vista que o valor dignidade foi alçado à condição de fundamento do Estado Brasileiro, nos termos do art. 1º da CRFB de 1988.

Entretanto, fixada a condição basilar do valor dignidade no âmbito do Direito Constitucional Brasileiro, cumpre atentar para o fato de que a dignidade, para além desta constatação básica, vincula diretamente os direitos fundamentais em diversos graus.³⁰²

Consequentemente, em razão da vinculação que a dignidade exerce, sobretudo, nos direitos fundamentais, estes passam a ser vistos como explicitações da dignidade e, na mesma via, esta passa a compor um conteúdo mínimo em cada direito fundamental.³⁰³

Explica-se. De um lado os direitos fundamentais, por serem vinculados pela dignidade enquanto fundamento do Estado Brasileiro, ficam responsáveis pela realização de um mínimo

³⁰⁰ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Op. cit.*, p. 29

³⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 78

³⁰² *Ibid.*, p. 79

³⁰³ *Ibid.*, p. 84

de dignidade. De outro lado, a dignidade comparece no núcleo essencial de cada direito fundamental.

“Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.”³⁰⁴

Na mesma direção posiciona-se Fernando Ferreira dos Santos, para quem a dignidade da pessoa humana constitui, nesse suposto teórico, não um valor subsidiário aos direitos fundamentais, mas o fundamento substancial e justificante dos direitos fundamentais, de sorte que violar um direito fundamental significa violar a própria dignidade da pessoa.³⁰⁵

A constatação de que a dignidade componha o núcleo basilar de cada direito fundamental é bastante procedente, haja vista que foi opção do legislador constitucional eleger o valor dignidade à condição de fundamento do Estado Brasileiro.

Tal opção provocou o reconhecimento de que o Direito Brasileiro esteja fundamentado na tutela da pessoa humana. Os direitos fundamentais, por sua vez, nascidos inicialmente como mecanismos de proteção da pessoa contra os exageros do poder estatal, encontram na dignidade a base necessária para sua sustentação.

Nessa ordem de idéias, se é verdade que a pessoa ocupa o centro do ordenamento brasileiro, no que toca à sua necessidade de promoção e proteção, também é certo que os direitos fundamentais, cuja finalidade é justamente de promoção e proteção da pessoa, estejam vinculados e fundamentados na dignidade, valor fundante do sistema jurídico brasileiro atual.

Aliás, tal função basilar da dignidade, quanto à fundamentação dos direitos fundamentais, admite, inclusive, o reconhecimento de direitos fundamentais dispersos no texto constitucional, além de direitos fundamentais implícitos, bem como novos direitos fundamentais.³⁰⁶

Ademais, tal fundamentação da dignidade permite que a mesma vincule, na mesma medida, tanto o público quanto o particular significando, antes, verdadeira cláusula geral da proteção e tutela da pessoa humana.³⁰⁷

Por evidente, em razão da importância que a dignidade assume no constitucionalismo pátrio, sobretudo para os direitos fundamentais, tem sido considerada como o princípio de

³⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 85

³⁰⁵ *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.* p. 98

³⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 104

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 112-114

maior hierarquia no Direito pátrio, o que, de per si, leva ao problema do grau de normatividade da dignidade.³⁰⁸ Seria ela norma absoluta ou relativa.

Tal questão assume ainda maior relevância quando se parte do suposto de que a dignidade da pessoa humana constitui o núcleo mínimo de cada direito fundamental, vez que, enquanto valor que confere unidade axiológica ao sistema de direitos fundamentais, cabe a tais direitos, como já se afirmou anteriormente, a realização de um mínimo em dignidade.

2.1.6 Norma absoluta ou relativa?

Uma vez restando definida que a dignidade da pessoa humana foi consagrada pelo constitucionalismo brasileiro enquanto princípio e, mais, enquanto princípio fundamental, bem como valor fundamental, que imanta toda a base da ordem jurídica, e que a dignidade, ao mesmo tempo em que vincula cada direito fundamental, comparece em seu núcleo essencial, resta discutir: trata-se de norma absoluta ou relativa?

Uma primeira constatação que exsurge desta questão é a de que enquanto norma principiológica deverá estar submetida à lei da colisão.

No entanto, advogando a tese do grau absoluto da dignidade da pessoa humana, leciona Fernando Ferreira dos Santos que a tutela da pessoa é o mínimo que qualquer ordem jurídica deve resguardar, ainda que em grau apenas coletivo, sob pena de destruição do próprio fundamento do Direito: o ser humano.³⁰⁹

Em sentido contrário adverte Sarlet³¹⁰ que o constitucionalismo brasileiro não consagrou qualquer princípio em grau absoluto. Corroborando do mesmo posicionamento leciona Alexy³¹¹ que haveriam diversas situações de precedência da dignidade em casos concretos gerando a crença de se tratar de norma absoluta quando, em verdade, não é o que ocorre.

O que, portanto, poderia ocorrer seria a criação da aparência de um princípio absoluto provocado por uma série de condições de precedência que conferissem, a um dado princípio, prevalência quase absoluta sob certas condições.

Na mesma direção posiciona-se Ricardo Luís Lorenzetti ao lecionar que a teoria dos direitos fundamentais não implica na admissão de princípios absolutos, principalmente no que

³⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 83

³⁰⁹ SANTOS, Fernando Ferreira. *Op. cit.*, p. 94

³¹⁰ *Op. cit.*, p. 73

³¹¹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2008, p. 111

toca à dignidade da pessoa humana que submete-se, como qualquer direito, ao método da ponderação.³¹²

A questão é tormentosa, principalmente, tendo em vista a existência de posições que condizem com o entendimento de que a dignidade da pessoa humana constituiria o núcleo essencial de cada direito fundamental.³¹³

Ademais, o próprio Ricardo Luís Lorenzetti assume que embora o princípio da dignidade da pessoa humana não seja absoluto, a regra da inviolabilidade da pessoa é nele embasada e trata-se de norma absoluta.³¹⁴

Nesse mister, seria o conteúdo, em dignidade, de cada direito fundamental intocável ou não?

Como se viu no primeiro capítulo o conteúdo essencial dos direitos fundamentais pode ser analisado por duas bases teóricas, sendo uma relativa e outra absoluta. A base teórica absoluta sustenta que há um núcleo essencial intocável em cada direito fundamental, contra o qual não caberia restrição.

Já a vertente teórica relativa sustenta que o núcleo essencial de cada direito fundamental é dinâmico e depende da ponderação. Para tal posição ainda que de um dado sopesamento nada reste de um direito fundamental seu núcleo essencial estaria respeitado, eis que a lei da colisão propicia ponderação com base no princípio da proporcionalidade.

Nestes termos, tanto no âmbito de uma teoria absoluta do conteúdo essencial dos direitos fundamentais bem como no âmbito de uma teoria relativa, admitir um núcleo absoluto de dignidade em cada direito fundamental acarretaria hipertrofia da dignidade bem como absolutização de todos os direitos fundamentais, segundo relevante parcela doutrinária.³¹⁵

O princípio da dignidade da pessoa humana, assumiria segundo tal vertente, função de elemento de proteção contra restrições e contra abuso de direitos fundamentais.³¹⁶ Assumiria, nesse diapasão, dúplice função, portanto. É limite ao uso desproporcional dos direitos fundamentais, bem como é limite ao poder de restrição a tais direitos.

Todavia, em que pese a validade de tais considerações a evidência de que a dignidade desempenhe dúplice função limitadora não põe a cabo a questão de seu grau absoluto ou relativo. É nessa quadra da teoria que se questiona se a colisão de dois direitos fundamentais

³¹² *Fundamentos do direito privado*. p. 427

³¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit*, p. 119

³¹⁴ *Op. cit*, p. 427

³¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit*, p. 193 e 201

³¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit*, p. 123

com idêntico conteúdo em dignidade levaria ao reconhecimento do grau absoluto ou relativo da dignidade.³¹⁷

Admitir uma essência de direitos fundamentais com base em um valor dignidade em grau absoluto levaria, segundo Sarlet³¹⁸ à dificuldade de se resolver as colisões havidas entre iguais, eis que um valor absoluto não admitiria o sacrifício de qualquer dos direitos em conflito naquilo tido como essência em dignidade.

Nessa direção adverte que boa parte da doutrina nacional admite relativização da dignidade individual quando justificada pela necessidade de proteção da dignidade de terceiros ou, mesmo, da dignidade dos integrantes de certa comunidade.³¹⁹

Ademais, impor uma noção absoluta de dignidade aplicada de forma isonômica para todas as pessoas poderia, em determinados casos, levar ao entendimento pelo não cabimento de certas penalidades do âmbito penal em razão de sua evidente violação da dignidade em grau absoluto.³²⁰

Por exemplo, poderia questionar-se que as penas privativas de liberdade ofendem a dignidade e, nesta medida, não poderiam ser impostas. Isso tudo, sem levar em consideração a difícil, se não impossível, tarefa de definir, com contornos precisos e bem determinados, o significado da dignidade.

A adoção de uma teoria absoluta em torno da dignidade da pessoa humana, certamente, levaria ao entendimento de que qualquer restrição que se tentasse estabelecer sobre ela seria considerada como uma violação de seu conteúdo.³²¹

Com base em tais impropriedades geradas pela adoção de uma feição absoluta da dignidade da pessoa humana, seja enquanto conteúdo mínimo de direitos fundamentais, seja individualmente considerada, leciona Virgílio Afonso da Silva³²² que o melhor caminho seria admitir a relatividade da dignidade da pessoa humana, revelando-se seu conteúdo essencial casuísticamente através do método da ponderação.

Nesse mister, é possível, entretanto, cogitar, não pelo grau absoluto da dignidade da pessoa humana, mas pela manutenção de um núcleo intangível representado pela máxima kantiana consignada na vedação a qualquer tratamento que tenda a produzir a coisificação ou a instrumentalização do ser humano.³²³

³¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 124

³¹⁸ *Ibid.*, p. 126

³¹⁹ *Ibid.*, p. 132

³²⁰ *Ibid.*, p. 133

³²¹ *Ibid.*, p. 134

³²² *Op. cit.*, p. 201 e 202.

³²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 137

Tal entendimento se justifica à medida que a dignidade foi guindada à condição de fundamento dos direitos humanos e, também, fundamento principal da República Federativa Brasileira. Neste sentir, o valor dignidade há de ser tido como absoluto no sentido de impedir a tomada de condutas que levem à coisificação do ser humano.

Sustenta-se que o princípio da dignidade, como norma que é, seja relativo. Isto, entretanto, em nada infirma o valor dignidade que há de restar resguardado em toda relação jurídica, pouco importando se pública ou privada. Este valor não pode ser suprimido do Direito sob pena de derrocada de todo o sistema jurídico.

Basta imaginar um grande edifício de mais de 100 andares sustentado sob uma larga base de concreto. O que acontece se a base for retirada?

Assim, mesmo no âmbito de uma teoria relativa é possível sustentar a existência de um conteúdo mínimo em dignidade que deve ser respeitado sob pena de adoção de um entendimento que viola a regra da proporcionalidade.³²⁴

Se com a teoria do conteúdo essencial dos direitos fundamentais se admitiu que a essencialidade de cada direito fundamental é fluida e depende da ponderação que se desenvolve com base na regra da proporcionalidade, também para a dignidade tal entendimento é válido desde que, neste caso, não haja total supressão do conteúdo mínimo em dignidade, o qual é verificável via método da ponderação embasado na regra da proporcionalidade.

Nesse sentido, é possível entender a necessidade de que a dignidade individual possa sofrer restrição diante da necessidade de proteção da dignidade de terceiros ou de um grupo coletivizado. Entretanto, não se está, em tal diapasão, a defender que a dignidade pessoal seja violada ou sacrificada em benefício da dignidade de terceiros ou de um grupo coletivizado.³²⁵

Assim, em caráter argumentativo, ao não se admitir o sacrifício da dignidade, mas apenas a fluidez de seu conteúdo mínimo em decorrência do método da ponderação está a se admitir um conteúdo mínimo relativo em dignidade, tanto para a dignidade individualmente considerada quanto para seu conteúdo essencial que comparece em cada direito fundamental.

Tal entendimento, aliás, permite resgatar a validade dos argumentos que enxergam na dignidade dúplice função: limitadora de direitos e limitadora do nível de restrição cabível para cada direito fundamental. A função de limitar as restrições desenvolve-se fluidamente através do método da ponderação.

³²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 120

³²⁵ *Ibid*, p. 139

Qualquer restrição à dignidade, tida como violadora da proporcionalidade, seria, pois, entendida como violadora do conteúdo essencial da dignidade, bem como do conteúdo essencial do direito fundamental sopesado.

Tal posicionamento, entretanto, suscita uma problemática adicional, qual seja a de se definir o que, exatamente, em um direito fundamental consistiria no núcleo essencial em dignidade. Entretanto, tal resposta somente pode ser dada casuisticamente através do método da ponderação.³²⁶

2.2 Os direitos da personalidade

Repisando o que já se deixou consignado no início do capítulo, é necessário um estudo acerca dos direitos de personalidade a fim de que se possa demonstrar a incidência da dignidade da pessoa humana na relação de emprego.

Trata-se, como se diz, de um estudo um tanto quanto superficial, eis que não se fará qualquer incursão de peso no âmbito da teoria dos direitos de personalidade. Muito pelo contrário, o estudo perpassará por noções básicas que se fazem necessárias para a compreensão de como se dá a incidência, não apenas da dignidade, mas dos próprios direitos fundamentais no âmbito da relação de emprego.

Para tanto, o estudo será subdividido em sete partes. Em um primeiro momento será dada ênfase à noção que banha a expressão direitos de personalidade. Após serão analisados os fundamentos constitucionais que banham esses direitos, bem como seus atributos e classificação.

Será, ainda, dispensada atenção acerca da tutela que tais direitos asseguram, bem como um estudo mais pormenorizado acerca dos direitos à vida privada, à intimidade e ao segredo. Em último plano observar-se-á qual a relação existente entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais.

2.2.1 Noção

A palavra personalidade foi construída por derivação do vocábulo latino *persona*, o qual era utilizado para fazer menção às máscaras que os atores usavam nas peças teatrais.³²⁷ A

³²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 125

³²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 77

personalidade, entretanto, assume uma feição conceitual distinta no âmbito jurídico gerando direitos que dela derivam e que assumem a conotação de direitos de personalidade.

No âmbito jurídico a personalidade pode ser entendida como o atributo ou plexo de normas que asseguram as condições de atuação e limite da pessoa humana.³²⁸ É, também, corrente designar a personalidade como conjunto de atributos que reúne o ser humano e que identifica os modos de ser e de agir de um indivíduo.³²⁹

Derivando desta noção de personalidade é possível traçar uma noção dos direitos de personalidade. Seriam, então, aqueles que tem por objeto a proteção dos atributos físicos, psíquicos e morais do ser humano em si e em suas projeções.³³⁰ Cuida-se, em verdade, de direitos que expressam o mínimo que se deve garantir ao ser humano em salvaguarda de sua personalidade.³³¹

2.2.2 Fundamento constitucional

Há entendimento doutrinário no sentido de que o art. 5º, § 2º da CRFB de 1988 ao prescrever que a constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes de regime próprio e princípios por ela adotados, teria deixado fundamento para a constitucionalidade dos direitos de personalidade.³³²

Não se trata, entretanto, de imputar aos direitos de personalidade a natureza de normas materialmente constitucionais. Muito ao contrário, tal fundamento constitucional serviria, sem reservas, para a justificativa da constitucionalidade de direitos de personalidade que não encontrem direito fundamental respectivo, eis que haveria, na própria constituição, guardada para outros direitos de tutela da pessoa além dos que já estejam, ali, garantidos.

Há também quem fundamente os direitos de personalidade na dignidade da pessoa humana. Este parece ser um fundamento mais forte, eis que, como já se viu no estudo da dignidade da pessoa humana, tal valor constitui o fundamento maior da República Brasileira.

Nesta medida é de se dizer que a dignidade é o suposto que fundamenta a idéia de que o ser humano é dotado de liberdade, a qual lhe permite a escolha de condutas, ações, a

³²⁸ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. p. 161

³²⁹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Direito ao sossego*. p. 114

³³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. p. 136

³³¹ FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. cit.*, p. 119

³³² HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Op. cit.*, p. 31

expressão de sentimentos, bem como a constante reflexão sobre sua própria vida e a realidade que o circunda³³³.

Nesta via, os direitos de personalidade podem ser vistos como direitos de tutela da pessoa, nas relações privadas, cujo fundamento de sua atuação reside no princípio da dignidade da pessoa humana.³³⁴

Tal constatação reforça a teoria da eficácia mediata e indireta dos direitos fundamentais, eis que estes direitos restam representados no âmbito privado, sobretudo naqueles casos e que haja identidade entre direito fundamental e de personalidade, como são os casos dos direitos à privacidade, intimidade e honra.

Atente-se para o fato de que há direitos fundamentais que não são direitos de personalidade.³³⁵ Assim, no âmbito deste fundamento, é possível sustentar, por via diversa da elencada anteriormente, que há direitos de personalidade que não derivam diretamente dos direitos fundamentais, mas da dignidade da pessoa humana.

Desta feita, para os casos em que haja direito fundamental respectivo é possível dizer que a constitucionalidade de um determinado direito de personalidade derive diretamente do direito fundamental e indiretamente da dignidade da pessoa humana, ao passo que nos casos em que falte o direito fundamental respectivo a fundamentação do direito de personalidade derive diretamente da própria dignidade da pessoa humana. Isto, salvo os casos em que se possa inferir pela existência de um direito fundamental implícito, em que o raciocínio leva à fundamentação pela dignidade na forma indireta.

Nestes termos, frise-se, que os direitos da personalidade foram cunhados, desde o início, como instrumentos para defesa e garantia da dignidade da pessoa humana³³⁶, justificando-se esse raciocínio na máxima de que a proteção que deve recair sobre o ser humano não deve ser apenas de ordem patrimonial, mas sobretudo em sua essência.³³⁷

É, portanto, justamente com base nessa assertiva que, atualmente, se fala numa cláusula geral da personalidade cujo fundamento reside na própria dignidade da pessoa humana.³³⁸ Esta vertente, de cunho juspositivista, parte da idéia de que haveria um direito geral de personalidade, entendendo-se a personalidade como um valor em constante evolução, o qual deve ser reconhecido e protegido no âmbito jurídico.³³⁹

³³³ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *Op. cit.*, p. 317

³³⁴ ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Op. cit.*, p. 118

³³⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 390

³³⁶ HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Op. cit.*, p. 24

³³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 135

³³⁸ ANDRADE, André Gustavo Correia de. *Op. cit.*, p. 21

³³⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. p. 155

Isto posto, em que pese a validade do entendimento que vislumbra o fundamento dos direitos de personalidade com base no art. 5º, § 2º da CRFB de 1988, é de se tomar partido com aqueles que vislumbram na dignidade da pessoa humana o fundamento maior dos direitos de personalidade, seja na via direta, seja na via indireta.

2.2.3 Atributos dos direitos de personalidade

Os direitos da personalidade apresentam os seguintes traços característicos que os diferenciam dos demais direitos patrimoniais, deixando em evidência seu caráter pessoal. Nesta via, é comum menção às seguintes características: a) grau absoluto; b) generalidade; c) extrapatrimonialidade; d) indisponibilidade; e) imprescritibilidade; f) impenhorabilidade; g) vitaliciedade.

Diz-se que os direitos de personalidade são absolutos pelo fato de serem oponíveis *erga omnes*, deitando seus efeitos para todos os campos de relações jurídicas, inclusive, com o dever geral de respeito aos seus ditames, no que vincula toda a coletividade.³⁴⁰ Cuida-se de uma relação que se estabelece entre os direitos de personalidade e a generalidade das pessoas³⁴¹ de forma que todos apresentam-se vinculados por eles.

Trata-se, como se vê, de uma modalidade de direito que é exigível contra quaisquer pessoas, eis que provocam uma obrigação de caráter universal e abstencionista no sentido de respeito aos direitos de outrem.³⁴²

Já o traço da generalidade implica que os direitos de personalidade sejam outorgados a todas as pessoas indistintamente³⁴³, inclusive as pessoas jurídicas, consoante a precisa dicção do art. 52 do Código Civil Brasileiro ao prescrever que é aplicável às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção que o código assegura aos direitos de personalidade.

Pela combinação do traço absoluto com a generalidade vislumbra-se a dúplici relação de vinculação estabelecida pelos direitos de personalidade. Trata-se de uma relação de ida e volta. É que os direitos de personalidade vinculam a generalidade na mesma medida em que, também, são conferidos à mesma generalidade³⁴⁴, estabelecendo uma vinculação vice-e-versa.

Explica-se. Ao mesmo tempo em que uma pessoa é titular dos direitos da personalidade e tem, em seu favor, o dever dos demais de respeitar tais direitos, também se

³⁴⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 145

³⁴¹ CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. p. 30

³⁴² CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *Op. cit.*, p. 401

³⁴³ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 146

³⁴⁴ CUPIS, Adriano de. *Op. cit.*, p. 30

coloca na condição de obrigada a respeitar os direitos de personalidades que detém as outras pessoas.

Por sua vez, a característica da extrapatrimonialidade leva ao entendimento pela inexistência de caráter monetário nos direitos de personalidade.³⁴⁵ É que tais direitos situam-se no chamado âmbito pessoal do sujeito, ligando-se ao ser e não ao ter³⁴⁶, o que afasta as questões de posse e, portanto, de patrimonialidade.

Entretanto, isto em nada impede que tais direitos acarretem repercussão econômica. É o que ocorre com o dano moral pela violação da honra. A honra é direito de personalidade e é impossível sua apreciação econômica. Quando ocorre, portanto, a fixação de uma indenização por dano moral, isto se dá pelo fato de que o julgador infere que houve um dano na honra que equivale a um determinado valor em reais.

O dano é apreciado, a honra não. Trata-se de uma equivalência indireta entre o dano, o direito à indenização e o direito de personalidade lesado.³⁴⁷ Tanto que se fala em reparação e não em ressarcimento, que é vocabulário típico para danos materiais em que se pretende a reposição plena ao *status quo ante*.

Assim é possível dizer que o objeto dos direitos de personalidade cinge-se a um modo de ser físico ou moral que não traz consigo qualquer utilidade imediata de ordem econômica.³⁴⁸

No mesmo diapasão, a indisponibilidade é traço dos direitos da personalidade que implica tanto a intransmissibilidade quanto a irrenunciabilidade desses direitos.³⁴⁹

A intransmissibilidade implica impossibilidade de que tais direitos sejam passados hereditariamente ou mesmo por ato de transmissão entre vivos. Por evidente é impossível ceder parte da honra de uma pessoa para a outra. Ou mesmo os filhos “herdarem” a honra do pai.

Tal intransmissibilidade justifica-se pelo objeto diferenciado dos direitos de personalidade, o qual recai sobre os bens mais preciosos da pessoa, os quais, por isso mesmo, ligam-se ao ser humano de forma orgânica³⁵⁰, impedindo, neste sentido, seu destaque para transmissibilidade a outrem.³⁵¹

³⁴⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 146

³⁴⁶ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *Op. cit.*, p. 415

³⁴⁷ CUPIS, Adriano de. *Op. cit.*, p. 30

³⁴⁸ *Ibid*, p. 29

³⁴⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 146

³⁵⁰ CUPIS, Adriano de. *Op. cit.*, p. 48

³⁵¹ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *Op. cit.*, p. 402

Nem mesmo o ordenamento jurídico tem força suficiente para gerar o rompimento de um vínculo tal, de natureza orgânica, tão forte entre o titular do direito e os bens sobre o qual recai tal proteção.³⁵² E isso, justamente, em virtude de se tratar dos bens mais elevados da pessoa.

A irrenunciabilidade justifica-se pela impossibilidade de abandono do direito, de modo que, mesmo por vontade própria, a pessoa não tem poderes para abrir mão dos direitos de personalidade.³⁵³

Trata-se da idéia de que o titular dos direitos de personalidade não seja detentor de poderes suficientes para despojar-se de tais direitos.³⁵⁴ A ninguém é dado, portanto, dispor da própria vida, da própria honra e daí por diante.

Atente-se, entretanto, para o fato de que irrenunciabilidade não se confunde com consentimento do titular para lesão de um determinado direito. Consentir com a lesão significa permitir que uma ou mais pessoas produzam a lesão a um determinado direito sem que isso acarrete a extinção do direito lesado.³⁵⁵

Assim, quando uma pessoa opta por não demandar em defesa de um determinado direito de personalidade não se está renunciando a ele, mas consentindo com sua lesão, o que, de per si, não se confunde e, muito menos, leva à idéia de renúncia de direito de personalidade.

O dano continua existindo muito embora o titular do bem lesado opte pela sua não indenização. Nestes termos, embora ocorra sem punição, não é admissível contratos de prestação de trabalho que exponham a pessoa ao ridículo, negócios jurídicos que violem a honra da pessoa, de forma contínua ou não, bem como qualquer tipo de relação jurídica constituída e que venha a lesar qualquer direito de personalidade.³⁵⁶

Muito embora estas situações ocorram no mundo físico, isto em nada infirma a teoria dos direitos da personalidade. E, muito menos, afasta a efetiva existência da lesão. No máximo, a conduta do lesado em admitir, permitir e não buscar repreensão dos atos lesivos contribui para que continuem ocorrendo. Mas, em qualquer hipótese, tal conduta do lesado, de não se defender, jamais gera extinção do dano ou renunciabilidade do direito lesado.

³⁵² CUPIS, Adriano de. *Op. cit.*, p. 48

³⁵³ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 147

³⁵⁴ CUPIS, Adriano de. *Op. cit.*, p. 51

³⁵⁵ *Ibid*, p. 53

³⁵⁶ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *Op. cit.*, p. 406

Nessa direção posiciona-se Capelo de Souza ao dizer que a ilicitude não resta excluída quando haja lesão a bens da personalidade, sobretudo quando se tratar de lesões graves, com elevada extensão do dano e tempo de duração.³⁵⁷

Por sua vez, a característica da imprescritibilidade acarreta o entendimento de que não há prazo para o exercício dos direitos de personalidade³⁵⁸, ou seja, não se trata de direitos que podem extinguir-se pelo seu não uso.³⁵⁹ Neste sentido,volvendo ao exemplo do dano moral, é possível dizer que a defesa da honra com pedido de retração pública é imprescritível.

Já a indenização, que é a repercussão econômica da lesão à honra, é plenamente prescritível, tanto que o Código Civil em seu art. 206, § 3º, V, elencou o prazo de 3 anos para o exercício deste direito material.

A característica da impenhorabilidade representa o reforço das características da indisponibilidade e da extrapatrimonialidade. Significa que um direito de personalidade não pode ser expropriado da pessoa para satisfação de obrigações devidas a outras pessoas.³⁶⁰ Por evidente, que embora a honra esteja incluída nesta impenhorabilidade, é possível a penhora de direito creditório à indenização por dano moral, haja vista sua natureza econômica de direito material.

Por fim, a característica da vitalicidade implica em dizer que os direitos de personalidade perduram por toda a vida da pessoa, desde o nascimento até a morte, havendo, entretanto, direitos de personalidade que se projetam para além da morte como no caso do direito à honra de pessoas falecidas.³⁶¹

2.2.4 Tutela dos direitos de personalidade

A proteção aos direitos de personalidade é informada pelo art. 12 do Código Civil Brasileiro ao prescrever o cabimento da cessação de conduta lesiva a seu conteúdo, bem como a indenização decorrente de sua violação. Trata-se, portanto, de uma proteção dúplice, tanto no âmbito preventivo, quanto repressivo.³⁶²

³⁵⁷ *Op. cit.*, p. 412

³⁵⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 148

³⁵⁹ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *Op. cit.*, p. 413

³⁶⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 149

³⁶¹ *Ibid.*, p. 149

³⁶² *Ibid.*, p. 176-177

A tutela pode ser identificada pela exigência de cessação de ameaça ou lesão a direitos de personalidade, ao passo que a tutela repressiva justifica-se através da indenização e do cabimento de outras penas legais.³⁶³

O art. 20, por sua vez, estabelece tutela específica sobre a imagem. Prescreve, referido dispositivo, tutela de ordem inibitória pela proibição de violação da imagem da pessoa, sem prejuízo da proteção de ordem ressarcitória pela indenização dos danos causados.³⁶⁴

Por evidente, a tutela do art. 20 não é incompatível com a tutela do art. 12, ambos do Código Civil. É que a primeira é tutela específica do direito à imagem, ao passo que o segundo é tutela suplementar do direito de imagem e geral para todos os direitos de personalidade.

Aplica-se, assim, também para os direitos de imagem a tutela preventiva do art. 12 do CCB pelo cabimento de ordem que exija o recolhimento de publicações e imagens que estejam violando o direito de imagem das pessoas.

Similar é o raciocínio quanto ao direito à vida privada. Estabelece, nesse sentido, o art. 21 do CCB tutela específica da vida privada, na ordem inibitória e preventiva.³⁶⁵ Segundo a norma, o juiz poderá impedir ou fazer cessar atos de violação à vida privada da pessoa.

Também aqui, é válida a tutela do art. 12 do CCB naquilo em que não contradita com a tutela específica do art. 21 do CCB. Nesse sentido, é cabível, também para o direito à vida privada, a tutela de ordem ressarcitória para indenização dos danos causados à pessoa.

Vislumbra-se, desta forma, que o código civil consagra tutela preventiva e repressiva, mas, também, inaugura a técnica da tutela inibitória. Cuida-se, nestes termos, de uma tríplice tutela dos direitos de personalidade, de ordem inibitória, preventiva e ressarcitória.

2.2.5 Classificação

Os direitos da personalidade podem ser classificados em três grandes grupos: a) direitos físicos, dentre os quais se integram os direitos à vida, propriamente dita, à integridade física, ao corpo e ao cadáver; b) direitos psíquicos, relativos à liberdade, criações intelectuais, privacidade, segredo e intimidade; e c) direitos morais, entre os quais estão a honra, a imagem e a identidade pessoal.³⁶⁶

³⁶³ HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Op. cit.*, p. 35

³⁶⁴ *Ibid*, p. 36

³⁶⁵ *Ibid*, p. 36

³⁶⁶ FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. p. 329

Por evidente não está no âmbito deste trabalho um estudo aprofundado de cada uma das categorias de direitos de personalidade. Nestes termos, será dada ênfase apenas aos direitos à privacidade, intimidade e segredo, constantes da dimensão psíquica dos direitos da personalidade.

2.2.6 Direito à vida privada, à intimidade e ao segredo

A Constituição Federal assegura em seu art. 5º inc. X a inviolabilidade dos direitos à vida privada, à intimidade, a honra e à imagem assegurando direito a indenização por dano moral ou material quando ocorra tal violação.

A distinção entre os dois (intimidade e vida privada) é, portanto, matéria a ser enfrentada, já que a Constituição Federal de 1988 optou por tratar tais direitos de forma autônoma em seu art. 5º, inc. X. Outrossim, ainda que não explícito na Constituição há o direito ao segredo.

A doutrina, entretanto, não é muito acertada quanto à amplitude da vida privada e da intimidade, havendo quem entenda que a intimidade é mais ampla a ponto de englobar a vida privada, bem como existindo posicionamentos inversos, no sentido de garantir à vida privada a concepção mais ampla a ponto de englobar a intimidade.

Nesse sentido, sustenta Fernando Herrero-Tejedor³⁶⁷, que a intimidade divide-se em três esferas, a saber: a) vida privada, englobando todos os assuntos acerca de uma pessoa que a mesma afasta do conhecimento de terceiros; b) esfera confidencial, abrangendo os assuntos acerca de uma pessoa que ela afasta, inclusive, das pessoas da família, confiando-as apenas a pessoas de sua absoluta confiança; c) esfera do segredo, abarcando todos os assuntos acerca de uma pessoa, os quais ela não ousa compartilhar com qualquer outro ente humano, geralmente presente em diários ou coisas do tipo.

Em posição diversa, está a práxis francesa, para quem a intimidade seria um setor mais restrito dentro da vida privada, conhecido como intimidade da vida privada.³⁶⁸ Corroborando tais argumentos, adverte Darcy Arruda Miranda que integram a vida privada os fatos da vida íntima, bem como todos os demais que devam estar alheio ao conhecimento do público.³⁶⁹

No mesmo sentido, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior que a vida da pessoa pode ser dividida em duas partes: a pública e a privada, sendo que, no âmbito da

³⁶⁷ *Honor, intimidad y propia imagen*. p. 80

³⁶⁸ FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. cit.*, p. 118

³⁶⁹ *Comentários à lei de imprensa*. p. 279

segunda estariam os acontecimentos pessoais que o indivíduo pretende manter fora do conhecimento geral das pessoas e, dentro deste aspecto de vida privada, haveria, ainda, uma esfera menor, de fatos, os quais a pessoa pretenderia manter fora do conhecimento, inclusive, de pessoas próximas, sendo esta a noção de intimidade.³⁷⁰

Ainda nesta mesma posição estão Tércio Sampaio³⁷¹ ao exemplificar a vida privada como situações de ordem pessoal e a vida íntima como foco mais restrito de uma pessoa, citada como situação de pudor pessoal e segredo íntimo; e Luiz Carlos dos Santos Gonçalves³⁷², para quem a intimidade é parcela da vida privada, exemplificando que uma reunião entre amigos, fechada e protegida da curiosidade alheia, é questão de vida privada, ao passo que questões de pudor e da vida amorosa, são traços da intimidade.

Por evidente a escolha por uma noção de intimidade que a coloca como traço mais específico do que a vida privada parece mais lógica e, no que toca ao respeito à pesquisa, encontra-se bem fundamentada, razão pela qual se lança mão desta opção para o tratamento do assunto.

Em tal diapasão, é necessário, pois, estabelecer a distinção entre vida privada, intimidade e segredo. Nesse sentido, referindo-se à intimidade como uma dimensão menor do direito à vida privada, assevera Pablo Stolze que vida privada é o direito que a pessoa possui de que se não viole sua vida particular.³⁷³

A vida privada é, nesse sentido, o direito do indivíduo de não permitir que chegue ao conhecimento de terceiros aspectos pessoais de sua vida, sentimentos, preferências as mais diversas, características pessoais, apelidos, orientações políticas, religiosas e sexuais.³⁷⁴ Tais aspectos são, em geral, do conhecimento apenas das pessoas que fazem parte da vida privada da pessoa, como familiares, amigos íntimos, etc.

Por evidente que a tutela da vida privada engloba a proibição de investigação da vida alheia, bem como a divulgação de aspectos da vida privada, ainda que obtidos de forma lícita.³⁷⁵ Não importa, portanto, se as informações pessoais acerca da vida de um indivíduo foram obtidas por métodos escusos ou se foram obtidos com base numa relação de confiança. Em qualquer das hipóteses é vedado divulgar aspectos da vida de outrem sem sua autorização.

³⁷⁰ *Curso de direito constitucional*. p. 73

³⁷¹ Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. p. 442-443

³⁷² O sigilo bancário e de dados financeiros e a tutela da privacidade e intimidade. p. 222

³⁷³ *Op. cit.*, p. 171

³⁷⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. p. 162

³⁷⁵ *Ibid*, p. 162

Definir, entretanto, com precisão qual a abrangência acerca da vida privada de uma pessoa, a ponto de separá-la da intimidade é questão tormentosa. É que “os critérios acerca do que seja a vida privada de alguém são elásticos e dependem da condição de vida de cada pessoa, podendo ser definidos apenas perante cada caso concreto.”³⁷⁶

A clareza deste raciocínio é solar. Basta lembrar da diversidade de personalidade das pessoas no que toca à seleção daquilo que deve e não deve ir ao conhecimento de terceiros. Há pessoas que tem pouca reserva pessoal e revelam a vida pessoal para qualquer pessoa que esteja diante de si, até mesmo para um desconhecido na fila do banco.

Lado outro, há pessoas que são mais reservadas, que levam tempo para desenvolver confiança e, ainda assim, sábias, optam por revelar pouco de si, principalmente quando na presença de pessoas pouco conhecidas. É claro que o conceito de vida privada num e noutro caso é bem divergente.

A intimidade, por sua vez, pode ser vista como o direito de controlar a indiscrição alheia nos assuntos privados de uma pessoa, como um direito de ser deixado em paz.³⁷⁷ Cuida-se de um direito que surgiu, primeiramente, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 2 de maio de 1948.³⁷⁸

O direito à intimidade é entendido, nesse sentido, como o direito de cada ser humano de isolar, do conhecimento, inclusive, de membros da sua família, de certos aspectos mais pessoais e específicos de sua vida.

Pode-se dizer, portanto, que a intimidade é identificada pelas relações de trato íntimo do ser humano, envolvendo família e amizades, ao passo que a vida privada se liga a todos os demais relacionamentos da pessoa, seja de ordem do trabalho, seja do estudo.³⁷⁹

Parece haver consenso doutrinário de que o direito à intimidade nasceu de um artigo intitulado *The right to privacy* (direito à privacidade), escrito pelos advogados americanos Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, e publicado na *Harvard Law Review* em 15 de dezembro de 1890.³⁸⁰ Mais tarde, os mesmos autores passaram a falar da intimidade fazendo uso da expressão “*the right to be alone*” (direito de ficar sozinho).

A intimidade desenvolve-se, nesta linha, como o direito de estar só (*right to be alone*) ao passo que a vida privada passa a ser entendida como o direito de estar com os amigos

³⁷⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Op. cit.*, p. 163

³⁷⁷ FARIAS, Edilsom Pereira de. *Op. cit.*, p. 126

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 112

³⁷⁹ HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Op. cit.*, p. 48-49

³⁸⁰ FARIAS, Edilsom Pereira de. *Op. cit.*, p. 112

(*right to privacy*). A invasão de aspectos do lar e da família da pessoa são tidos, portanto como violações da sua intimidade.³⁸¹

Por sua vez, a dimensão do segredo é ainda mais estrita do que a da intimidade, sendo, nesse diapasão, conhecida como a menor dimensão da intimidade que necessita de maior proteção contra qualquer tipo de indiscrição.³⁸²

O segredo, nesse sentido, é composto pelas situações da pessoa, as quais ela pretende guardar apenas para si própria sendo ilícita qualquer atitude não só no sentido de tomar ciência destas situações como também de transmiti-las a outras pessoas.³⁸³

Nas relações interpessoais é muito comum que o segredo seja composto por sentimentos e opiniões que uma pessoa tem sobre as demais pessoas do seu convívio ou, até mesmo, em relação a uma pessoa em especial. Invadir esse grau de individualidade do ser humano e, ainda, tornar público tais sentimentos é uma afronta muito mais séria do que invadir a vida privada ou intimidade da pessoa. Cuida-se da violação de um segredo que compõe aquela personalidade.

Para Luiz Carlos dos Santos Gonçalves o sigilo é direito fundamental da pessoa humana, derivado da intimidade e da privacidade, muito embora a Constituição não traga menção expressa ao direito ao sigilo.³⁸⁴

Esta posição é, aliás, facilmente fundamentada. Basta atentar para o fato de a intimidade é uma dimensão menor do que a vida privada e que o segredo, no mesmo diapasão, é uma dimensão ainda menor do que a própria intimidade. Colocando-se em círculos concêntricos é facilmente dedutível que a dimensão da vida privada engloba tanto a intimidade quanto o segredo que, por sua vez, está englobado pela intimidade.

Assim, ao se garantir e tutelar a vida privada se está tutelando, diretamente, tanto a intimidade quanto o segredo. Como já se afirmou, a referência na Constituição de forma diferenciada entre vida privada e intimidade se deu, apenas, para reforçar que são dimensões diferentes de um mesmo fenômeno: a vida individual da pessoa.

O direito ao segredo encontra tríplice classificação. Há, nesse sentido, o segredo das comunicações, relativo ao direito de segredo das correspondências eletrônicas, telefônicas e telegráficas; o segredo doméstico, relativo aos acontecimentos de âmbito familiar da pessoa e a cujo respeito estão, também obrigados, os próprios familiares com relação uns aos outros; e o segredo profissional, ligado aquele segredo que as pessoas acabam dizendo em razão de

³⁸¹ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 171

³⁸² COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. p. 73

³⁸³ CUPIS, Adriano de. *Op. cit.*, p. 147

³⁸⁴ *Op. cit.*, p. 215

uma relação profissional, como acontece com o médico, o padre e o advogado, por exemplo.³⁸⁵

Há de se atentar para o fato de que o segredo profissional encontra tutela específica no âmbito do direito laboral brasileiro. Não se trata, propriamente, de uma tutela bem fundamentada e ampla, mas apenas de uma proteção em nível repressivo com pretensões inibitórias em face do eminente caráter coercitivo da norma do art. 482, “g” da CLT, a qual prescreve o cabimento da demissão por justa causa quando ocorra violação do segredo empresarial.

Obtempere-se que, nesse caso, embora não se possa excluir a existência de empresários que sejam pessoas físicas é da tônica dos grandes conglomerados empresariais a representatividade pela estrutura da pessoa jurídica. Nesse sentido, a CLT é, ainda, mais avançada nesta proteção tão específica do direito ao segredo, eis que tutela, desde 1943, um direito de personalidade da pessoa jurídica.

A dimensão do segredo, entretanto, admite que o mesmo seja comunicado a pessoas de estrita confiança sem que, com isso, deixe de ser considerado um dado sigiloso de uma pessoa. Constitui, entretanto, evidente violação do direito ao segredo propagar a noção da qual se tomou conhecimento com base na confiança do confidente.³⁸⁶

Atente-se para o fato de que a intensidade da proteção que se confere à vida privada e à intimidade é reduzida quando se trata de pessoas que possuem uma imagem pública, uma vida pública e, em geral, estão, quase todo o tempo, expostos ao público em locais como recintos culturais, cerimônias públicas, restaurantes, etc.³⁸⁷

Entretanto, mesmo nesses casos não há que se cogitar pela inexistência de tutela, mas por uma necessária redução do aspecto que é abarcado pelas noções de vida privada e de intimidade.

A dimensão da tutela do segredo alcança, entretanto, não apenas situações profissionais, domésticas e epistolares. Atente-se para o fato de que todos os pensamentos, opiniões e sentimentos de uma pessoa, os quais esta entenda por não revelar, encontram-se abrangidas pela proteção do direito ao segredo.³⁸⁸

Em que pese, entretanto, as noções acima lançadas acerca da intimidade e da vida privada, especificamente, há de se atentar para o fato de que a Constituição Brasileira não

³⁸⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 172-173

³⁸⁶ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *Op. cit.*, p. 337

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 327

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 335

consagra direitos absolutos. Neste sentido, não é de se estranhar a existência de restrições a tais direitos.

Em tal direção, obtemperem-se pela existência de normas que, ao permitir o acesso de dados referente às pessoas, culminam por significar importante limitação ou conformação à privacidade e à intimidade.³⁸⁹

Nesse sentido, o princípio do acesso ao judiciário, por exemplo, permite a determinação judicial de acesso de dados de uma das partes em interesse da outra, sempre que a parte cujos dados são acessados, não os forneça espontaneamente.³⁹⁰

Também neste diapasão, o princípio da segurança pública, presente no dispositivo constitucional acerca da inviolabilidade do domicílio, permite a violação da privacidade alheia sempre que sua casa necessite ser violada por questão de flagrante delito, bem como a determinação da escuta telefônica para fins de investigação criminal e instrução processual penal.³⁹¹

Entretanto, mesmo em caso de segurança pública, Leciona Capelo de Sousa que embora existam fatores que poderão justificar agressões aos direitos à vida privada, à intimidade e ao segredo, a definição acerca da existência de um fator preponderante a ponto de justificar uma tal agressão a tais direitos somente poderá ser procedida mediante uma análise caso a caso e mediante a técnica da ponderação.³⁹²

Também é claro exemplo desta limitação à privacidade e à intimidade, o poder de requisição do Ministério Público no sentido de expedir notificações nos processos administrativos de sua competência, bem como a requisição de diligências investigatórias.³⁹³

Pelo princípio da defesa do Estado e das Instituições democráticas é cabível situações emergenciais como o Estado de defesa e de Sítio, nos quais há evidentes limitações a direitos individuais, dentre os quais a intimidade e a vida privada, sempre que haja necessidade de quebra do sigilo das comunicações.³⁹⁴

Já pelo princípio da capacidade econômica do contribuinte e, visando evitar sonegações de tributos, é permitido pela Constituição, que a administração tributária venha a identificar o patrimônio, bem como rendimentos e atividades econômicas do contribuinte, desde que respeitados os direitos individuais (art. 145).³⁹⁵

³⁸⁹ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Op. cit.*, p. 231

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 232

³⁹¹ *Ibid.*, p. 232

³⁹² *Op. cit.*, p. 346

³⁹³ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Op. cit.*, p. 233

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 234

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 234

Ademais, é possível, também, a violação da intimidade, vida privada e segredo em casos de legítima defesa ou de exercício de direito colidente e superior, sobretudo quando se esteja em jogo situações de vida, saúde, honra, liberdade e quaisquer outros bens jurídicos tidos como mais valiosos.³⁹⁶

Também é caso de limitação da intimidade e da privacidade, os poderes do Parlamento no que toca às comissões parlamentares de inquérito, as quais se reservam poderes investigatórios típicos de autoridades judiciais, no que, portanto, tem poderes para acessar dados sigilosos das pessoas.³⁹⁷

Ademais, a Lei 9613/98, instituída para coibir a prática de lavagem de dinheiro, leciona que tal lei criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), conferindo a esse conselho poderes para acessar operações passadas e futuras das pessoas, naquilo que sejam consideradas suspeitas pelo fato de excederem um valor financeiro determinado pelo próprio COAF.³⁹⁸

Não se considera, portanto, violação de sigilo de dados os acessos feitos na situações acima mencionadas desde que guardadas as referidas finalidades.³⁹⁹ Nesse sentido, o que faz com que o acesso seja legal ou violador não é se ele se enquadra nos permissivos acima, mas se o acesso é feito com objetivos escusos e alheios ao interesse público.

Contudo, em qualquer caso de violação justificada de tais direitos os excessos não serão tolerados, ainda que respeitadas as finalidades das restrições.

2.2.7 Os direitos de personalidade são direitos fundamentais?

Cuida-se de uma indagação que ora ou outra deveria aparecer, vez que tanto uma quanto a outra categoria de direitos tutelam a pessoa. Nesse sentido, aliás, leciona Capelo de Sousa que tanto os direitos de personalidade quanto os direitos fundamentais abordam o mesmo conteúdo: a necessidade de tutelar a pessoa.⁴⁰⁰

Entretanto, há entendimentos no sentido de que não seria possível a identidade de conteúdo entre direitos fundamentais e de personalidade, vez que há direitos fundamentais que não são direitos de personalidade e vice-e-versa.⁴⁰¹

³⁹⁶ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *Op. cit.*, p. 348

³⁹⁷ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Op. cit.*, p. 235

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 222

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 246

⁴⁰⁰ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *Op. cit.*, p. 619-621

⁴⁰¹ JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos de personalidade*. p. 81

A favor de uma diferença entre ambos está a conceituação sugerida logo no início deste ensaio.

Definiu-se, nesse diapasão, que os direitos fundamentais são direitos de tutela da pessoa em âmbito constitucional, ao passo que os direitos de personalidade são direitos de tutela da pessoa em âmbito infraconstitucional.

A diferença, pois, é evidente. Um é norma constitucional material e formal, ao passo que o outro é norma infraconstitucional com fundamento constitucional. Entretanto, a mesma questão deve ser vista por outro ângulo.

Sem prejuízo da distinção ora caracterizada, é de se notar que, pelas discussões até o momento travadas acerca dos direitos de personalidade, pode-se vislumbrar que tais direitos surgiram como mecanismo de defesa das pessoas contra abusos.⁴⁰² Da mesma forma nascem os direitos fundamentais.

Há traços característicos aos direitos de personalidade. São eles absolutos, genéricos, intransmissíveis, irrenunciáveis, impenhoráveis, indisponíveis, não patrimoniais. Mas, também não teriam todas estas características os direitos fundamentais?

Diz-se, ainda, que a dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental da República Brasileira que justifica e fundamenta, no mesmo sentido, os direitos fundamentais e os direitos de personalidade.⁴⁰³

Estar-se-ia, então, a sugerir que direitos de personalidade e direitos fundamentais são a mesma coisa? Evidente que não.

A tomada de posição aqui está embasada nestas constatações não para igualar ambos os direitos, mas para demonstrar que toda a discussão que envolve a tutela das pessoas no aspecto do direito interno de um país é, no fundo, uma discussão de direitos fundamentais.

Ora, se os direitos de personalidade foram cunhados para a defesa das pessoas contra abusos, os direitos fundamentais também o foram. Reforçando esta tese está a constatação de que o raciocínio jurídico atual parte de bases constitucionais para, em um segundo momento, estruturar-se em bases infraconstitucionais.

Qualquer argumento de peso busca fundamento na Constituição Federal para, somente depois, alicerçar-se nas normas infraconstitucionais. A leitura constitucionalizante do Direito é uma “moda” que pegou. Tanto que não há mais como se estudar um direito Civil que não seja Civil Constitucional. O mesmo se diga com relação ao Direito do trabalho, bem como qualquer outro ramo jurídico.

⁴⁰² HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Op. cit.*, p. 23

⁴⁰³ ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Op. cit.*, p. 119

Não há mais como se estruturar um raciocínio jurídico de peso que não parta de bases constitucionais. Os direitos de personalidade assumem, portanto, o papel de normas que derivam dos direitos fundamentais⁴⁰⁴ e que quando não os aclaram na base infraconstitucional funcionam como regras de restrição aos direitos fundamentais.

Ambos são direitos de tutela da pessoa, diferenciando-se, apenas, pelo âmbito de atuação de cada qual.⁴⁰⁵ Assim, muito embora haja direitos de personalidade que não encontram respectivo direito fundamental e vice-e-versa, dada a estruturação constitucional do raciocínio jurídico, é de se atentar que toda discussão de direitos de personalidade é, antes de mais nada, uma discussão de direitos fundamentais.

Outrossim, nada impede que a hermenêutica jurídica reconheça um direito fundamental implícito baseando-se na sua respectiva representação enquanto direito de personalidade.

2.3 Caracterização da relação de emprego

A temática maior deste trabalho, a qual seja, a violação da dignidade no âmbito do exercício do poder de fiscalizar do empregador, situa-se no terreno do que se cunhou chamar, juridicamente, de relação jurídica.

Para além desta inicial constatação, cite-se que, *in casu*, se trata de uma modalidade de relação jurídica em que o objeto do contrato é força, é labor humano. E, mais ainda, não se trata de qualquer relação jurídica envolvendo trabalho humano. Trata-se de uma relação jurídica específica em que a contratação do trabalho humano se dá através de certos requisitos que definem se tratar de uma relação de emprego.

A relação de trabalho, portanto, é mais ampla e engloba não apenas a relação de emprego, bem como quaisquer outros tipos de relação de prestação de labor humano, tais quais o trabalho autônomo, trabalho avulso, trabalho eventual, trabalho do estagiário, e outros.⁴⁰⁶

É, portanto, no âmbito de uma relação de trabalho específica de contratação de mão-de-obra, conhecida como relação de emprego, que se pretende estruturar a problemática maior, objeto deste estudo. Para tanto, entretanto, far-se-á mister delinear os contornos do que possa ser compreendido enquanto relação de emprego.

⁴⁰⁴ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: parte geral*. p. 210

⁴⁰⁵ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *Op. cit.*, p. 401

⁴⁰⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. p. 265

Embora não seja tarefa do legislador a conceituar, a relação de emprego vem conceituada pela prescrição do art. 3º da CLT como a prestação de serviços de natureza não eventual de empregado pessoa física a um empregador com subordinação e salário.

Partindo da leitura deste artigo a doutrina⁴⁰⁷ alinhava cinco elementos cunhados como elementos fático-jurídicos, para definição da relação de emprego. São chamados de elementos fático-jurídicos pelo fato de que são ocorrências do mundo físico com significação jurídica específica.⁴⁰⁸ São eles: a) prestação pessoa de trabalho por pessoa física; b) pessoalidade; c) não eventualidade; d) onerosidade; e e) subordinação.

O primeiro elemento é facilmente explicado. O Código Civil Brasileiro, em seu art. 1º e 2º, define a pessoa como o ente dotado de personalidade e, por consequência, sujeito de direitos e deveres.

Nessa linha, o Direito brasileiro classifica as pessoas em duas espécies. Há, nesse sentido, as chamadas pessoas jurídicas e as pessoas físicas ou naturais. No primeiro grupo estão as pessoas públicas arroladas no art. 41 do CCB e as pessoas privadas no art. 44 do CCB. Exemplo típico das pessoas privadas são as sociedades simples e empresariais.

Lado outro, são pessoas físicas ou naturais os entes dotados de personalidade e que possuem existência corpórea. Trata-se dos seres humanos.

Divergindo desta classificação já bastante sedimentada no Direito brasileiro está Francisco Amaral⁴⁰⁹, para quem todas as pessoas são jurídicas, já que o traço característico da personalidade, responsável por conferir às pessoas tal atributo, é oriundo de norma jurídica. Para ele tanto as pessoas de existência física quanto as de existência abstrata seriam pessoas jurídicas.

Em que pese a boa colocação que faz o autor, por ora não se pretende destoar da classificação já bastante sedimentada que divide as pessoas em físicas e jurídicas. Neste passo, para que se possa falar de relação de emprego é necessário que se esteja a falar de relação de trabalho pactuada com pessoa física.

Sem labor humano não há que se mencionar a possibilidade de existência de relação de emprego, razão pela qual não se vislumbra, nem pela mais tenra imaginação, existência de relação de emprego entre pessoas jurídicas.⁴¹⁰ “Assim, a figura do trabalhador há de ser, sempre, uma pessoa natural.”⁴¹¹

⁴⁰⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 269

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 270

⁴⁰⁹ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. p. 217

⁴¹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. p. 165

⁴¹¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 270

Por essa razão há muitas tentativas de simulação de relação jurídica diversa para maquiar a real existência de uma relação de emprego.⁴¹² Isto ocorre, principalmente, no ramo da construção civil, onde os responsáveis por obras simulam relação jurídica diversa com a construtora para afastar a responsabilidade da construtora pelos empregados que constroem a obra.

Trata-se de uma fraude comum no âmbito empresarial em que o empregado cria uma sociedade para receber por nota fiscal⁴¹³, simulando, pois, uma prestação de serviços entre pessoas jurídicas.

O segundo elemento característico da relação de emprego é conhecido como pessoalidade. Trata-se de um verdadeiro traço personalíssimo do empregado no que toca ao cumprimento de sua obrigação de prestação de serviço.⁴¹⁴

É que a pessoalidade implica na infungibilidade do trabalhador, pelo que o mesmo não pode fazer-se substituir por outra pessoa na prestação do serviço⁴¹⁵, a não ser que o faça de forma esporádica e sempre com permissão do empregador⁴¹⁶, sob pena de gerar a plena descaracterização da relação de emprego.

Entretanto, há casos de admissibilidade da substituição do prestador de serviço, sem que se possa acarretar a descaracterização da relação de emprego. Estão neste permissivo os casos de substituições eventuais consentidas pelo empregador em casos de faltas pontuais do empregado, sem que isso se desenvolva com frequência.⁴¹⁷

Também são casos de substituição do empregado sem descaracterização do requisito da pessoalidade os casos de substituições autorizadas por norma jurídica, como nos casos de férias, licenças, afastamentos, eis que são casos de interrupção ou suspensão do contrato de trabalho do empregado que está ausente.⁴¹⁸ Não se trata, nestes casos, de situação em que alguém substituirá o empregado faltante em caráter definitivo.

É admissível, portanto, que o empregado seja substituído pela vontade do empregador em situações pontuais entre as quais estão as listadas acima, sem que isso acarrete quebra da pessoalidade. O que não se admite, portanto, é que o próprio empregado faça-se, livremente, substituir-se na prestação diária dos serviços.

⁴¹² DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 271

⁴¹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 166

⁴¹⁴ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do trabalho*. p. 287

⁴¹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 271

⁴¹⁶ BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. p. 264

⁴¹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 271

⁴¹⁸ *Ibid*, p. 271

De se concluir, portanto, que a noção de pessoalidade pode ser informada por duas palavras. Trata-se da intransferibilidade, por ato unilateral do empregado, no que toca às atividades por ele devidas ao tomador de serviços, e da indissociabilidade entre o empregado e a atividade prestada, pelo que se exige que a própria pessoa esteja presente para fornecimento do objeto contratado.⁴¹⁹

Por sua vez, o requisito da não eventualidade revela a necessidade de permanência do empregado numa determinada atividade vinculada a um determinado empregador.⁴²⁰ Cuida-se, em verdade, do traço da habitualidade, da necessária recorrência com que o prestador se vincula, diuturnamente, ao mesmo empregador, eis que uma vinculação esporádica pode descaracterizar a relação de emprego, informando, ao reverso outro tipo de relação de trabalho.

Entretanto, definir o que seja permanência para fins de caracterização da relação de emprego é tarefa tormentosa. Nesse sentido, a doutrina, na tentativa de fornecer uma precisa idéia do que seria não eventualidade, costuma abordar quatro vertentes teóricas distintas.

A primeira das teorias, chamada de teoria da descontinuidade, aponta no sentido de que trabalho não eventual seja aquele prestado de forma contínua, sem fracionamento, sem rupturas ou espaçamentos temporais significativos para um determinado tomador de serviços.⁴²¹

Para uma teoria desta natureza, um trabalhador que preste serviços ao mesmo empregador apenas em finais de semana, mas que o faça por vários meses, como os garçons por exemplo, não seriam tidos como empregados eis que, tratando-se de serviço prestado com espaçamentos temporais significativos não se preencheria o requisito da não eventualidade para configuração da relação de emprego.

O mesmo se diga para com os empregados que trabalham em empresas de eventos e que, por tal ocasião, prestam serviços apenas nos finais de semana. Tais empregados, portanto, em razão da teoria da descontinuidade não poderiam ser tidos como empregados.

Por tais motivos, entende boa doutrina que a CLT ao se referir, no art. 3º, ao requisito da não eventualidade e não ao requisito da continuidade, teria rejeitado a teoria da descontinuidade⁴²², pelo que a mesma, então, não se presta a definir os contornos do requisito da não eventualidade.

⁴¹⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 166

⁴²⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 273

⁴²¹ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Op. cit.*, p. 288

⁴²² DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 274

Corroborando tal raciocínio está a norma do art. 1º da Lei 5859/72, conhecida com lei dos domésticos, que em sua caracterização optou pelo requisito da continuidade e, em tal opção, demonstrou, claramente, a plena incidência da teoria da descontinuidade.⁴²³

Tanto que há vários julgados no país que afastam o vínculo de emprego da diarista pelo fato de que a mesma, ainda que preste por apenas um ou dois dias na semana, atividades na mesma residência o faz com intervalo de tempo considerável entre uma atividade e outra. Opção clara, portanto, pela teoria da descontinuidade em face da opção pelo requisito da continuidade.

Outra teoria que busca a definição do que seja não eventual é a teoria do evento. Segundo tal teoria é trabalho eventual aquele desenvolvido de forma esporádica ou passageira em virtude de um evento certo e determinado.⁴²⁴ Trabalho não eventual, portanto, seria aquele prestado de forma indeterminada e independente de qualquer evento certo e específico.

Outra é a teoria dos fins do empreendimento, para a qual o trabalho é considerado eventual quando o indivíduo é chamado para prestar serviços que não estão nos fins normais da empresa.⁴²⁵ Ao reverso, o trabalho é tido como não eventual quando o indivíduo esteja a desempenhar atividade normalmente inserida nos fins do empreendimento.

Neste sentido, a atividade de limpeza do escritório de contabilidade não está inserida nos fins do escritório que não é prestar serviços de limpeza, mas serviços de contabilidade. Portanto tal trabalho seria eventual e, portanto, não empregatício. Lado outro, a pessoa contratada para digitar declarações de imposto de renda estaria trabalhando nos fins do empreendimento, pelo que seu trabalho seria não eventual, preenchendo-se, nesta quadra, tal requisito de caracterização da relação de emprego.

Por fim, a teoria da fixação jurídica ao tomador de serviços informa ser eventual trabalhador que não se fixa a um tomador específico de serviços e não eventual aquele prestador que demonstra tal vinculação.⁴²⁶

Vislumbra-se que as teorias, cada qual, isoladamente, demandam um entendimento diverso acerca da não eventualidade, pelo que a conduta mais apropriada, no sentido de sua definição, persiste pelo caminho da convergência e interpretação conjunta das teorias para fins⁴²⁷ de verificação do requisito em apreço e configuração da relação de emprego.

⁴²³ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 274

⁴²⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 168

⁴²⁵ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Op. cit.*, p. 288

⁴²⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 169

⁴²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 273

Tal conduta, entretanto, há de se desenvolver casuísticamente e, sempre, com plena observância das nuances do caso concreto, pelo que, em respeito ao princípio da primazia da realidade será admissível, ora, se dar preferência a uma, ora a outra teoria, desde que se reconheça no mundo jurídico o que realmente se passa no mundo fático.

Por sua vez, o requisito da onerosidade implica no reconhecimento do caráter econômico da relação de emprego.⁴²⁸ Trata-se do reconhecimento de que se trata de um tipo de relação em que há a troca da força de trabalho pelo correspondente montante pecuniário.

Por evidente, a análise do requisito da onerosidade se dá, no plano objetivo, através da constatação da existência de um pagamento, em dinheiro ou parcialmente em utilidades, em face dos serviços prestados⁴²⁹ e, num plano subjetivo, pela intenção do prestador de serviços em ser remunerado pela prestação de sua força de trabalho.⁴³⁰

Por fim, o elemento da subordinação consiste no poder do empregador de dirigir a prestação pessoal de serviços do empregado.⁴³¹ O empregado, nesta via, não possui autonomia para determinar a prestação de sua força de trabalho. Antes, fica sujeito às determinações do empregador quanto ao trabalho a ser prestado.

A CLT, entretanto, não usa o termo subordinação, mas dependência para deixar claro que o empregado desempenha sua tarefa sob dependência do patrão, a quem a prestação de serviços é dirigida.⁴³²

Trata-se, portanto, de uma conotação de subordinação no plano objetivo, eis que ligada à prestação de serviços do empregado e não sobre a sua pessoa.⁴³³

2.4 Os direitos de personalidade e a relação de emprego

Na qualidade de garantia mínima da dignidade da pessoa humana no que toca às relações privadas, os direitos de personalidade são plenamente aplicáveis a quaisquer relações jurídicas, sobretudo às relações de emprego.⁴³⁴ E isto principalmente em relação da evidente disparidade que cerca as partes desta modalidade específica de relação jurídica privada.

⁴²⁸ BARROS, Alice Monteiro. *Op. cit.*, p. 266

⁴²⁹ MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. p. 117

⁴³⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 277-278

⁴³¹ *Ibid.*, p. 278

⁴³² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 165

⁴³³ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Op. cit.*, p. 289

⁴³⁴ HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Op. cit.*, p. 36

Outrossim, conforme já se teve a oportunidade de manifestar a CLT permite o uso do direito comum nas situações em que a norma trabalhista seja lacunosa, como é o caso da necessidade de defesa da pessoa no âmbito da relação de emprego.

Cite-se, nesse diapasão, a norma do art. 8º, parágrafo único da CLT a qual estabelece a possibilidade de suprimimento das lacunas laborais com a legislação comum, no caso o Direito Civil. Tal norma abre passagem para a ampla incidência das normas de direitos da personalidade no âmbito das relações de emprego.

Os direitos à privacidade, à intimidade e ao segredo são, todos eles, direitos fundamentais cunhados em normas privadas enquanto direitos de personalidade. Cuida-se de expressões da dignidade da pessoa humana consagrada em direitos específicos para vincular as relações privadas e que, em face da norma celetista citada, devem incidir amplamente nas relações laborais regidas pela CLT e que, vez que aplicáveis às relações de emprego, provocam a própria incidência da dignidade da pessoa humana nesta modalidade específica de contratação de labor humano.

Ademais, segundo leciona Haizenreder Júnior, a CLT tutela de forma indireta os direitos de personalidade como ocorre com as normas dos artigos 163 e 164 da CLT acerca da prevenção de acidentes no que toca a tutela da vida e da integridade física, assim como as normas celetistas dos art. 192 e 193, acerca das situações de insalubridade e periculosidade.⁴³⁵

No mesmo sentido, ainda, da ordem da tutela indireta dos direitos de personalidade, estariam as normas celetistas dos arts. 166, sobre a necessidade de fornecimento de equipamentos de proteção individual, 168, acerca da adoção de medidas preventivas sobre medicina do trabalho; bem como o art. 483, alíneas “b” e “e” que permitem ao empregado dar por terminado o contrato por tratamento com rigor excessivo ou por falta do empregador.⁴³⁶

Por evidente, ainda que se admita uma tutela da ordem indireta como pretende o doutrinador citado, isto em nada infirma a ampla incidência das normas civilistas sobre personalidade, consoante anunciado acima com esboço no art. 8º, parágrafo único da CLT, eis que a norma trabalhista traz, no máximo, uma tutela de ordem indireta.

Frise-se que esta incidência das normas de direitos de personalidade é a ponte necessária para a incidência dos próprios direitos fundamentais, o que se faz de forma mediata e indireta, bem como da dignidade da pessoa humana no âmbito da relação de emprego.

⁴³⁵ *Op. cit.*, p. 38

⁴³⁶ *Ibid.*, p. 39-40

3 A BUSCA PESSOAL: VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

Feito o estudo acerca da teoria dos direitos fundamentais, bem como da dignidade da pessoa humana e da incidência dos direitos fundamentais na relação de emprego, é chegado o momento de se tratar, com mais proximidade, a questão dos poderes do empregador e da prática das revistas, vislumbrando-se os motivos pelos quais não se pode admitir com a prática de revistas sem que se esteja a transigir com o valor máximo do ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana.

Para tanto, dividir-se-á o capítulo em quatro partes. Em um primeiro momento estudar-se-á os poderes do empregador. Num segundo momento será dada maior ênfase no poder de fiscalização ou de controle conferindo-se especial atenção sobre o procedimento das revistas na relação de emprego.

Em terceiro lugar, o poder de controle será estudado no Direito Comparado a fim de que se possa vislumbrar como a legislação alienígena se posiciona acerca do tema. Por fim, um quarto item será utilizado para que se vislumbre os motivos pelos quais não se pode admitir qualquer procedimento de revista, na relação de emprego, para defesa de propriedade do empregador.

3.1 Os poderes do empregador

A fim de facilitar o estudo dos poderes do empregador a matéria será dividida em noção do poder empregatício, fundamento, natureza jurídica e manifestações.

3.1.1 Noção de poder empregatício

A palavra poder é tratada, em geral, como uma espécie de instituição jurídica que investe seu titular em um status elevado sobre seus pares. Cuida-se, nesse sentir, da capacidade de direção e adequação de conduta alheia.⁴³⁷ É instrumento de imposição da própria vontade através da qual se determina conduta alheia para realização de vontade pessoal.⁴³⁸

⁴³⁷ COUTINHO, Aldacy Rachid. *Poder punitivo trabalhista*. p. 12

⁴³⁸ CHALITA, Gabriel. *O poder. Reflexões sobre Maquiavel e Etienne de La Boétie*. p. 22

Quando se fala, portanto, em poder o que se está a referir é um juízo de possibilidade de vinculação da vontade alheia.⁴³⁹ Tal expressão reserva, destarte, em seu conteúdo, as noções de posse, força, vontade, obediência e influência⁴⁴⁰ que uma pessoa exerce sobre outras.

No âmbito do direito laboral a matéria do poder empregatício encontra sustentáculo na redação do art. 2º da CLT ao dispor o empregador enquanto ser que “[...] contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.”

Infere-se, desta forma, que na relação de emprego, a palavra poder liga-se à posição de chefia e objetiva submeter conduta alheia para que se desenvolva em concordância com o desejado pelo detentor do poder.⁴⁴¹ Trata-se de um feixe de atribuições conferido para melhor gerir a relação empregatícia.

Nesse sentido, posiciona-se Maurício Godinho Delgado, para quem “poder empregatício é o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego.”⁴⁴²

Já Luiz José de Mesquita conceitua o poder empregatício como sendo o direito função de um superior hierárquico em dirigir as forças laborais do um inferior hierárquico, sempre no interesse profissional da empresa.⁴⁴³

Vê-se, nesse sentido, que o poder empregatício é um feixe de atribuições conferidas ao empregador para melhor gerir a relação de emprego. Trata-se, pois, da faculdade do empregador em dirigir, organizar, fiscalizar e disciplinar o empregado no âmbito de sua prestação de serviços.⁴⁴⁴

Uma vez compreendida esta noção introdutória e conceitual sobre o poder no âmbito da relação empregatícia, faz-se mister investigar duas facetas sobre o poder: sua justificação ou fundamento e sua natureza jurídica.

3.1.2 Fundamento do poder empregatício

Questão bastante intrincada é a de se saber qual o fundamento do poder empregatício. O que o justifica. Nesse sentido, após compulsar, epistemologicamente, um determinado número de obras doutrinárias pode-se dizer que discussão acerca do fundamento do poder

⁴³⁹ *Dicionário informal*.

⁴⁴⁰ BARROS, Alice Monteiro. *Op. cit*, p. 582

⁴⁴¹ HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Op. cit*, p. 62

⁴⁴² *Op. cit*, p. 597

⁴⁴³ *Direito disciplinar do trabalho*. p. 48

⁴⁴⁴ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Op. cit*, p. 331

empregatício gira, atualmente, em torno de seis correntes teóricas. São elas: a) corrente da livre iniciativa econômica; b) corrente privatística; c) corrente institucionalista; d) corrente do interesse; e) corrente da delegação do poder público; f) corrente contratual.

Para a corrente da livre iniciativa, o poder do empregador estaria fundamentado na livre iniciativa, eis que ao arregimentar os fatores da produção, o empresário teria legitimidade para organizá-los, bem como exercer os poderes daí resultantes para o escoreito desenvolvimento de uma atividade econômica.⁴⁴⁵

Tratar-se-ia, portanto, de um poder prévio ao contrato de trabalho e que se estabelece como consequência do livre exercício de atividade econômica, de modo que sua incidência se dá em qualquer atividade tida como econômica, ainda que exercida por não empresários.⁴⁴⁶

A problemática de tal corrente teórica reside justamente na justificação do poder com base na livre iniciativa econômica. É que ao fazê-lo, afasta-se a fundamentação do poder nas relações de emprego em que não haja efetivo exercício de atividade econômica. Basta se cogitar das relações empregatícias domésticas. Ali não há atividade econômica do empregador a justificar o poder empregatício. Sendo assim, deixa de existir o poder empregatício em tais relações de emprego? Por evidente que não.

Ademais, tal corrente teórica defende um poder de organização ligado diretamente à liberdade de iniciativa econômica e um poder diretivo nascido com o contrato de trabalho e ligado a ele imediatamente e mediamente à atividade econômica livre.⁴⁴⁷

Nestes termos, parte, ainda, de uma distinção não corrente e, para além desta constatação, apenas problematiza a questão do fundamento do poder empregatício para, ao fim, retomar o fundamento no contrato de trabalho.

Pela corrente privatística o poder empresarial estaria fundamentado na propriedade privada dos meios de produção, eis que a propriedade, nestes casos, está destinada ao atendimento de sua função social⁴⁴⁸: a produção. Eis o motivo que justificaria o poder empregatício: a necessidade de proteção de uma propriedade que está cumprindo sua função social.

Nestes termos, o empregador deteria o poder de dirigir a prestação pessoal de serviços, regulamentar a atividade dos empregados, fiscalizar a produtividade e a integridade do

⁴⁴⁵ BARACAT, Eduardo Miléo. Poder de direção do empregador: fundamentos, natureza jurídica e manifestações. p. 30

⁴⁴⁶ *Ibid*, p. 30

⁴⁴⁷ *Ibid*, p. 30

⁴⁴⁸ PATRUNI, Patrícia Mauad. Tutela do interesse do empregador. p. 65

patrimônio empresarial, bem como disciplinar empregados faltosos, tudo baseado no fato de ser o titular da propriedade: o dono dos meios de produção.⁴⁴⁹

No entanto, é preciso estar atento para o fato de que tal corrente teórica não leva em consideração os casos em que o detentor do empreendimento não seja titular de direito de propriedade, como nos casos em que a sede do estabelecimento seja alugada.⁴⁵⁰

Também demonstra a insuficiência da tese a figura do empregado ocupante de cargo de confiança (art. 62 da CLT), o qual atua com elevados poderes de mando e em posição de chefia. Trata-se de pessoa não proprietária dos meios de produção e que atua com poderes de empregador.

Outrossim, como se justificar que o direito de propriedade seja fundamento do poder empregatício para os casos em que a empregada doméstica trabalha para empregador doméstico que reside em imóvel locado? Qual seria a propriedade a fundamentar o poder do empregador sobre o empregado? Não haveria. Isto leva a crer que, em que pese opiniões divergentes, a propriedade não é fundamento do poder empregatício. Afastado, portanto, o fundamento do poder empregatício com base na propriedade privada.⁴⁵¹

Pela corrente institucionalista toda a atividade produtiva deve estar orientada ao bem-estar da empresa, ao seu interesse social⁴⁵², razão pela qual o fundamento do poder residiria, justamente, no direito do empregador de exercer autoridade e governo para atendimento do interesse da instituição.⁴⁵³

Tal teoria entende o empregado como parte integrante do aglomerado empresarial, vendo-o, apenas, como uma pequena parte de toda a instituição empresarial. Nesse sentido, parte do suposto de que para a sobrevivência da instituição os seres menores devem ceder espaço. Só o que importa é a instituição empresária. O poder empregatício estaria fundado, portanto, na necessidade de se garantir os interesses da instituição.

Entretanto, essa vertente “nega o caráter dialético do poder nessa relação, reduzindo-o a um instrumento de direção e manipulação uniformes”.⁴⁵⁴ Por outro lado, se o poder empregatício estivesse fundado em torno da instituição empresarial, como se justificaria o exercício do mesmo poder nas relações de trabalho doméstico em que os empregados são contratados para trabalhar em âmbito familiar e em benefício da família? Como justificar o exercício do poder com relação a eles, já que ausente a noção de empresa? Mais ainda, como

⁴⁴⁹ HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Op. cit.*, p. 69

⁴⁵⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 607

⁴⁵¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 225

⁴⁵² DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 607

⁴⁵³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 225

⁴⁵⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 608

justificá-lo, também, nos casos de empregados de associações e fundações, cujo objeto, por expressa vedação legal dos arts. 53 e 62 do CCB não pode ser empresarial?

Por sua vez, a corrente teórica do interesse, capitaneada por Amauri Mascaro do Nascimento, parte da idealização de que o poder se justificaria na necessidade de garantir os interesses do empregador em controlar, organizar e disciplinar o trabalho das pessoas que remunera.⁴⁵⁵

A teoria, entretanto, descamba num certo subjetivismo acerca de definição do que poderia ser considerado como “interesses do empregador”, além de deslocar a discussão do plano tradicional direitos x obrigações e poderes x deveres para o plano dos interesses, quando, em verdade, sabe-se que o Direito não consegue tutelar toda ordem de interesses das pessoas.

Restaria complicado definir quais interesses do empregador poderiam realmente ser defendidos e garantidos pelo exercício do poder empregatício, eis que, não é qualquer interesse empresarial que deve prevalecer sobre os interesses obreiros. A discussão adicional sobre os interesses considerados legítimos para fundamentar o poder empregatício retira toda a cientificidade de tal posição teórica.

Outra teoria que buscou dar fundamento ao poder empregatício foi a da delegação de poder público. Segundo esta tese “[...] o poder disciplinar teria título e fundamentação jurídicos em uma delegação do poder público”.⁴⁵⁶ Todavia, a concepção falha pelo unilateralismo. É que continua, como suas antecessoras, não dando espaço “[...] à emergência e afirmação da vontade obreira no interior da relação de poder empregatícia”.⁴⁵⁷

Ademais, se é uma delegação de poder estatal que fundamenta o poder empregatício, por quanto tempo teria sido conferida? Indefinidamente? Seria possível alguma transferência, indefinida, de exercício de poder público a particular?

Aquele que intenta se tornar empregador deveria, então, protocolizar requerimento junto ao Estado, objetivando dita delegação? A tese, além de pecar pela unilateralidade não justifica o poder do empregador.

A teoria que prevalece é a do contrato. Para ela o fundamento do poder do empregador é a relação contratual de emprego, através da qual o empregado se submete espontaneamente ao empregador acatando seus comandos.⁴⁵⁸ É que “[...] o pacto de vontades que dá origem à

⁴⁵⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 225

⁴⁵⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 608

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 608

⁴⁵⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 225

relação de emprego, importa em um conjunto complexo de direitos e deveres integrantes de ambas as partes, em que se integra o poder empresarial interno”.⁴⁵⁹

Esse pacto de vontades (contrato de trabalho) apresenta traço singular que o distingue dos contratos de direito civil, eis que é comum, na relação de emprego, a presença marcante, dentre outros mecanismos, da negociação coletiva, trazendo, com isso, participação da vontade coletiva obreira, o que torna democrático o exercício do poder em tal relação de trabalho.⁴⁶⁰

3.1.3 Natureza jurídica do poder empregatício

Compulsando a doutrina brasileira e possível inferir, também neste ponto do estudo, algumas correntes teóricas que buscam identificar a natureza jurídica do poder empregatício. Pretende-se, com isso, identificar, exatamente, em que consiste o poder empregatício. Para tanto, há 5 linhas teóricas que buscam definir a natureza jurídica do poder empregatício. São elas: a) direito potestativo; b) direito subjetivo; c) status jurídico; d) direito-função; e) teoria da relação jurídica contratual complexa.

Pela corrente do direito potestativo, diz-se que o poder empregatício é prerrogativa que a ordem jurídica confere ao empregador para defesa de seus interesses no âmbito da relação de emprego, fazendo-se pela livre e espontânea vontade de seu titular.⁴⁶¹ Trata-se, pois, de direito que deriva do livre arbítrio de seu titular. É o que ocorre com a despedida sem justa causa, que depende, exclusivamente, do puro arbítrio do empregador.

O poder empregatício, entretanto, não pode ser explicado sob essa visão restritiva do fenômeno, já que, ao colocar tal prerrogativa como direito dependente do puro arbítrio de seu titular, estará afastando a “emergência da participação democrática obreira no estabelecimento e na empresa.”⁴⁶²

Por sua vez, a corrente do direito subjetivo sugere que o poder empregatício seria prerrogativa do titular do direito em agir para defesa de interesse próprio previsto em norma jurídica. Nesse sentido, fala-se em direito subjetivo como contraposto de dever subjetivo ou obrigação.⁴⁶³

⁴⁵⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 610

⁴⁶⁰ *Ibid*, p. 610

⁴⁶¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 226

⁴⁶² DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 615

⁴⁶³ *Ibid*, p. 616

Segundo Rui Assis⁴⁶⁴, Márcio Túlio Vianna⁴⁶⁵, Menezes Cordeiro⁴⁶⁶ e Aldacy Rachid Coutinho⁴⁶⁷, tal corrente é a que melhor se amolda à definição da natureza jurídica do poder empregatício, eis que permitiria identificar o exercício do poder empregatício enquanto direito subjetivo e, mais propriamente, enquanto direito de crédito.

Entretanto, tratar o poder empregatício como um crédito do empregador em face do empregado faz com que a problemática seja abordada apenas pela via unilateral do empregador⁴⁶⁸ eliminando-se o exame de outras questões de suma importância, como a inexistência de poder empregatício em contratos autônomos⁴⁶⁹, em que a idéia de crédito do tomador de serviços sobre o prestador de labor permanece, mas não sua consequência: o poder do tomador.

Ademais, não se olvide dos casos em que a especialidade do empregado é tamanha a ponto de eliminar quaisquer ordens do empregador quanto a seu trabalho.⁴⁷⁰ Nestes casos também permanece a idéia de que o empregador é credor da mão-de-obra, mas desaparece uma faceta do poder empregatício: a de dirigir a prestação pessoal de serviços do empregado.

Já a concepção do status jurídico, buscou manter a fórmula do exercício unilateral do poder empregatício através da teoria institucionalista. Para esta vertente, o poder empregatício seria consequência prática da estrutura hierárquica à qual se submete a empresa. Por essa razão, deveria recair sobre aquele que ocupa o posto mais alto em detrimento de todos os demais.

A vertente é igualmente inapropriada, eis que além de em nada aprimorar com relação às correntes anteriores, incide no mesmo problema da unilateralização do exercício do poder empregatício.

De outro turno, a concepção do direito-função buscou avançar ao dispor que o “Direito-função constitui o poder atribuído ao titular para agir em tutela de interesse alheio, e não de interesse próprio.”⁴⁷¹ Trata-se de uma concepção de poder que limita a amplitude do poder patronal à medida em que exige que seu manejo se dê com respeito à função imposta pela norma que o concede.⁴⁷²

⁴⁶⁴ *O poder de direcção do empregador*. p. 74

⁴⁶⁵ *Direito de resistência*. p. 135

⁴⁶⁶ *Manual de direito do trabalho*. p. 662

⁴⁶⁷ *Poder punitivo trabalhista*. p. 93

⁴⁶⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit*, p. 616

⁴⁶⁹ BARACAT, Eduardo Miléo. *Op. cit*, p. 33

⁴⁷⁰ *Ibid*, p. 33

⁴⁷¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit*, p. 618

⁴⁷² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit*, p. 226

Nesta concepção o empregador perde o manejo livre do poder para defesa de seus interesses quaisquer que sejam, devendo, antes, respeitar direitos alheios. Culmina, portanto, por impor limites ao uso abusivo de tal poder.

O poder empregatício seria, então, em um primeiro momento, um direito potestativo, pelo fato de ser exercido pela exclusiva vontade do empregador ⁴⁷³, mas num segundo momento um direito-função pela necessidade de respeito dos direitos alheios, sobretudo dos empregados.

Segundo argumenta Magano, as situações de garantias de emprego (acidente de trabalho, empregado membro da CIPA, gestante, etc), as quais, em geral, impedem que o empregador, no uso de um direito potestativo, lance mão da dispensa sem justa causa, seriam o forte indicativo de que o poder empregatício, em verdade, é um direito-função, já que apregoam a supremacia de interesses coletivos sobre o interesse privado do empregador. ⁴⁷⁴

Claramente, o intuito desta vertente é estabelecer limitação ao exercício do poder empregatício, de modo a retirar das mãos do empregador essa noção de poder ilimitado a ser manejado em seu interesse egoístico. Todavia, como suas antecessoras, manteve a tese unilateralista.

Por essa razão, a concepção que melhor define a natureza jurídica do poder empregatício é a que o entende como relação jurídica contratual complexa. Parte-se, destarte, do suposto de que a relação de emprego é um tipo de relação jurídica em que cada parte ocupa, ao mesmo tempo, a posição ativa e passiva, possuindo, ainda e para além da somatória de créditos e débitos das partes envolvidas, um sentido global transcendente. ⁴⁷⁵

Necessário entender, nestes termos, que a relação empregatícia enquadra-se não apenas como uma ordem de fatores em que cada parte ocupa uma posição antagônica de credor ou devedor, mas como um plexo de direitos e deveres recíprocos com destinação maior que, repercutindo no mundo jurídico, busca atingir finalidades mais amplas ⁴⁷⁶ do que apenas a realização pessoal das partes envolvidas.

Assim, o poder empregatício não seria de uma das partes da relação jurídica, mas um poder contratual a ser exercício de forma dialética. ⁴⁷⁷

Nesse sentir, seria possível, inclusive, perquirir pela aplicação dos estudos atualmente desenvolvidos sobre legitimidade democrática via processualidade. É que, segundo Rosemiro

⁴⁷³ *Do poder diretivo na empresa*. p. 26

⁴⁷⁴ *Ibid*, p. 26

⁴⁷⁵ BARACAT, Eduardo Miléo. *Op. cit*, p. 34

⁴⁷⁶ COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. p. 15

⁴⁷⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit*, p. 620

Pereira Leal⁴⁷⁸, toda decisão jurídica deve ser construída com base em um processo que assegure a efetividade dos princípios constitucionais processuais, dentre eles, os princípios do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal.

Assim, como o exercício do poder empregatício leva, com bastante frequência, à tomada de decisões pelo empregador, sobretudo quando se trata da vertente disciplinar do poder empregatício, a construção da decisão do empregador, via exercício do poder empregatício, necessariamente, deverá passar pelo crivo da processualidade democrática (participação do empregado no exercício do poder) como instrumento de sua legitimação.⁴⁷⁹

Esse parece, inclusive, ser o entendimento esboçado por Maurício Godinho Delgado, para quem o poder empregatício seria “[...] um poder específico à relação e contrato empregatícios e não a um único de seus sujeitos.”⁴⁸⁰ Nesse sentido, o poder empregatício assumiria “[...] intensidade e sincronia distintas quanto à participação dos sujeitos envolvidos e conteúdo distinto quanto aos direitos e obrigações resultantes da respectiva relação jurídica contratual de poder.”⁴⁸¹

Isto posto, entende-se, o poder empregatício é uma situação jurídica subjetiva⁴⁸² decorrente de uma relação jurídica contratual complexa e não de uma de suas partes. Trata-se de poder que se fundamenta no contrato e é, inclusive, parte do mesmo, devendo ser exercido nos limites e interesses contratuais estabelecidos. Não se trata, assim, de um direito subjetivo, mas de uma situação jurídica subjetiva vinculada à finalidade maior da relação jurídica que o sustenta: a relação jurídica contratual complexa, processualizada, portanto.

Nestes termos, qualquer manejo fora dessa realidade e para o atendimento de questiúnculas de âmbito estritamente pessoal descaracterizam a legitimidade de seu manejo.

3.1.4 Manifestações do poder empregatício

A Consolidação das Leis do Trabalho não prescreve tratamento jurídico da figura do poder na relação de emprego, se limitando a mencionar, no seu art. 2º, o empregador como sendo aquele que “dirige” a prestação pessoal de serviços.⁴⁸³

⁴⁷⁸ *Teoria processual da decisão jurídica. passim.*

⁴⁷⁹ *Ibid, passim.*

⁴⁸⁰ *Op. cit*, p. 623

⁴⁸¹ *Ibid*, p. 623

⁴⁸² BARACAT, Eduardo Miléo. *Op. cit*, p. 34-43

⁴⁸³ HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Op. cit*, p. 63

Muito embora a Consolidação das Leis do Trabalho não estabeleça dispositivo sobre o poder empregatício ou suas manifestações, a doutrina brasileira é repleta de tratamentos neste sentido.

Para Amauri Mascaro Nascimento, o poder empregatício, comumente, se manifesta pelos poderes de: organização; controle; e disciplinar.⁴⁸⁴ Já Simone Cruxên Gonçalves divide em poder diretivo, poder disciplinar, e poder regulamentar.⁴⁸⁵

Orlando Gomes⁴⁸⁶, Alice Monteiro de Barros⁴⁸⁷ e Rui Assis⁴⁸⁸ entendem que o poder empregatício desdobra-se em poder diretivo, poder regulamentar e poder disciplinar. Por seu turno Maurício Godinho Delgado⁴⁸⁹ subdivide o poder empregatício em quatro poderes: diretivo, regulamentar, fiscalizatório e disciplinar.

Já Paulo Emílio de Vilhena⁴⁹⁰ opta pela divisão do poder empregatício em: previsão, organização, comando, coordenação e controle. De outro turno Antônio Monteiro Fernandes⁴⁹¹ o divide em poder determinativo da função, poder conformativo da prestação, poder regulamentar e poder disciplinar.

Das posições doutrinárias citadas por amostragem infere-se a diversidade de classificações que envolvem a questão da manifestação do poder empregatício. Entretanto, em que pese a riqueza de tais classificações é possível extrair quatro ordens idéias que imantam a base de todas as classificações sugeridas a respeito do poder empregatício. São elas: direção, organização, controle ou fiscalização e disciplina.

Com base nelas, para o estudo que aqui se pretende, o poder empregatício será dividido em: a) poder diretivo; b) poder regulamentar; c) poder de controle ou fiscalizatório; e d) poder disciplinar.

O poder diretivo pode ainda ser chamado de poder de comando ou poder de organização e é entendido como o poder do empregador de estruturar e dirigir tanto o ambiente de trabalho quanto o processo de trabalho desenvolvido por seus empregados.⁴⁹²

É considerado, nesse sentido, o poder do empregador de ordenar, orientar, organizar, ensinar e coordenar as atividades do empregado para que seu aproveitamento se dê da melhor

⁴⁸⁴ *Op. cit.*, p. 226-228

⁴⁸⁵ *Limites do jus variandi do empregador.* p. 17

⁴⁸⁶ *Curso de direito do trabalho.* p. 13

⁴⁸⁷ *Op. cit.*, p. 583

⁴⁸⁸ *Op. cit.*, p. 81

⁴⁸⁹ *Op. cit.*, p. 596

⁴⁹⁰ *Op. cit.*, p. 258

⁴⁹¹ *Direito do trabalho.* p. 256

⁴⁹² DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.* p. 599

forma possível para a atividade do empregador.⁴⁹³ É através deste poder que o empregador dirige a prestação pessoal de serviços do empregado.

Tal poder não pode, todavia, ser exercido livremente, eis que para seu escoreito manejo deverá enquadrar-se dentro de duas ordens de limitações: as externas e as internas. Nesse sentido, sua limitação externa é fornecida pelas normas jurídicas de forma geral, dentre as quais se destacam a Constituição Federal e as leis como um todo, ao passo que sua limitação de ordem interna se impõe pela necessidade de respeito à boa-fé.⁴⁹⁴

Nesse sentido, o empregador que dá ordens ofensivas à moral do empregado além de violar a dignidade da pessoa humana⁴⁹⁵, os direitos fundamentais e de personalidade, quebra a boa-fé objetiva que deve restar consignada em todo trato jurídico.

Assim, muito embora o poder diretivo guarde uma “força executória direta” através da qual seu manejo gera sujeição e obediência por parte do empregado⁴⁹⁶, o exercício para além dos limites acarreta para o empregado o direito de descumprir ordens que se repute ilícitas, violadoras de seus direitos fundamentais e de personalidade e que não tenham qualquer relação com a atividade prestada ao empregador.⁴⁹⁷

Infere-se que a ingerência do empregador na vida privada do empregado não é admissível⁴⁹⁸, salvo em casos excepcionais em que a conduta privada do empregado tenha repercussão no trabalho que desenvolve junto ao empregador.⁴⁹⁹

Por seu turno, o poder regulamentar designa a atribuição que possui o empregador no sentido de fixação de regras de funcionamento fixadas no âmbito do ambiente laboral⁵⁰⁰, como é o caso do regulamento empresarial.⁵⁰¹ Outro bom exemplo é o caso de normas que fixam prescrições sobre higiene pessoal, aparência, vestimentas e forma de tratamento dos colegas, muito comum nas empresas de grande porte no Brasil.

Diz-se que o poder regulamentar é derivado do poder diretivo⁵⁰² ou de organização, eis que cabe ao empregador a definição acerca da atividade a ser desenvolvida, da estrutura jurídica a ser criada, do número de empregados necessários, suas tarefas, funções, bem como das regras a serem fixadas para o escoreito desempenho da atividade eleita.⁵⁰³

⁴⁹³ BARACAT, Eduardo Miléo. *Op. cit.*, p. 52

⁴⁹⁴ BARROS, Alice Monteiro. *Op. cit.*, p. 585

⁴⁹⁵ HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Op. cit.*, p. 84

⁴⁹⁶ BARACAT, Eduardo Miléo. *Op. cit.*, p. 52

⁴⁹⁷ BARROS, Alice Monteiro. *Op. cit.*, p. 585-586

⁴⁹⁸ HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Op. cit.*, p. 85

⁴⁹⁹ BARROS, Alice Monteiro. *Op. cit.*, p. 586

⁵⁰⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 599

⁵⁰¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 226

⁵⁰² MARTINEZ, Luciano. *Op. cit.*, p. 188

⁵⁰³ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Op. cit.*, p. 331

Atente-se para o fato de que a normatização proveniente do empregador faz-se através de ordens de serviço, circulares, avisos, portarias, memorandos, comunicados e instruções⁵⁰⁴ e visa ao atendimento de três finalidades⁵⁰⁵: a primeira justifica-se pela necessidade de normatização da cadeia de comando hierárquico nos grandes conglomerados, o que se faz por meio de regras que fixem de maneira uniforme as condições de trabalho e funcionamento da empresa; a segunda através do regramento necessário para determinação do conteúdo da prestação de trabalho; e a terceira para definição de regras de natureza contratual como o horário de trabalho, por exemplo.

Nesta direção, é necessário, ainda, atentar que as normas criadas pelo poder regulamentar não são, segundo Maurício Godinho Delgado⁵⁰⁶, verdadeiras normas jurídicas, mas cláusulas gerais, razão pela qual ingressam no contrato de trabalho de forma irrevogável apenas podendo sofrer alteração que não seja considerada lesiva aos interesses do empregado, nos termos do art. 468 da CLT.

Lado outro o poder fiscalizatório ou de controle, também derivado do poder diretivo⁵⁰⁷, é aquele que permite ao empregador o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho, bem como a vigília no ambiente empresarial⁵⁰⁸, o que, diuturnamente, se faz por revistas⁵⁰⁹, monitoramentos, controle de jornada, prestação de contas⁵¹⁰, e demais providências correlatas. Trata-se de efetiva fiscalização da atividade obreira.⁵¹¹

Um estudo mais aprofundado acerca deste poder será desenvolvido no item a seguir intitulado “controle na relação de emprego”. Tal opção, por tratar separadamente tal faceta do poder empregatício, é facilmente justificável. Ocorre que é com base neste poder que se busca tomar contato com as condutas empresariais de controle no ambiente de trabalho.

É com base em tal poder que os empregadores invocam a possibilidade de realizar buscas pessoais nos seus empregados e pertences. Parte-se da noção de que o empregador possui um poder fiscalizatório, que lhe garante a faculdade de vistoriar o empregado, de modo a se expor o empregado, de forma mais ampla, a diversos procedimentos de busca pessoal. A matéria será, portanto, objeto de tratamento mais específico em tópico apartado.

⁵⁰⁴ MARTINEZ, Luciano. *Op. cit.*, p. 188

⁵⁰⁵ BARACAT, Eduardo Miléo. *Op. cit.*, p. 55

⁵⁰⁶ *Op. cit.*, p. 600-601

⁵⁰⁷ MARTINEZ, Luciano. *Op. cit.*, p. 188

⁵⁰⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 601

⁵⁰⁹ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Op. cit.*, p. 332

⁵¹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 227

⁵¹¹ BARROS, Alice Monteiro. *Op. cit.*, p. 586

Por fim, resta tratar o poder disciplinar. Trata-se do poder do empregador de aplicar punições aos empregados faltosos com relação às suas obrigações contratuais.⁵¹² Tal poder deve ser exercido sempre no intuito de manter a ordem interna e o poder de direção⁵¹³, bem como a harmonia e a paz no ambiente laboral.⁵¹⁴

Sua aplicação decorre do respeito a certos critérios.⁵¹⁵ Desta forma, para que haja correto manejo do poder disciplinar é necessário que a conduta do obreiro seja típica e gravosa o suficiente para ensejar punição; que haja presente autoria da infração, bem como culpa ou dolo na sua prática; que haja nexo causal entre a falta e a penalidade, que a pena a ser aplicada seja adequada à falta cometida, que haja proporcionalidade na aplicação da penalidade, que a punição seja imediata de modo a não gerar perdão tácito, que a punição seja singular, proibindo-se cumular mais de uma penalidade para uma ou mais faltas, que não haja mudança de punição aplicada em razão de reexame da falta pelo empregador, que a penalidade seja aplicada indistintamente a todos os faltosos em discriminação de qualquer deles⁵¹⁶ e que, por fim, seja manejado exclusivamente no interesse da empresa e nunca para satisfação pessoal ou extracontratual do empregador.⁵¹⁷

As sanções admitidas no direito laboral brasileiro são advertência, suspensão e demissão por justa causa.⁵¹⁸ A advertência ocorre tanto na forma oral quanto escrita, ao passo que a suspensão não pode perdurar por mais de 30 dias, sob pena de significar rescisão indireta do pacto laboral, nos termos do art. 474 da CLT, e a demissão por justa causa encontra-se, de forma geral, prevista no art. 482 da CLT.⁵¹⁹ Frise-se, nestes termos, que não se admite penalidade de transferência punitiva⁵²⁰ e nem mesmo multa em caso de falta do empregado, salvo, esta última, nos casos do contrato de atleta profissional de futebol.⁵²¹

Por fim, contrariando Amauri Mascaro do Nascimento⁵²² e Francisco Ferreira Jorge Neto⁵²³, para quem não haveria necessidade legal de gradação de penalidades no manejo do

⁵¹² DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 603

⁵¹³ MESQUITA, Luiz José de. *Op. cit.*, p. 82

⁵¹⁴ BARROS, Alice Monteiro. *Op. cit.*, p. 609

⁵¹⁵ MARTINEZ, Luciano. *Op. cit.*, p. 190

⁵¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 635-639

⁵¹⁷ BARACAT, Eduardo Miléo. *Op. cit.*, p. 59

⁵¹⁸ BARROS, Alice Monteiro. *Op. cit.*, p. 609

⁵¹⁹ BARACAT, Eduardo Miléo. *Op. cit.*, p. 57

⁵²⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 632-633

⁵²¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 228

⁵²² *Ibid*, p. 228

⁵²³ *Op. cit.*, p. 333

poder disciplinar, em que pese o arrepio legal, o chamado caráter pedagógico de tal poder exige a gradação⁵²⁴ como mecanismo educacional e conformador do empregado.

3.2 Controle na relação de emprego. A busca pessoal: definição, legislação atual e propostas de alteração

O controle na relação de emprego ocorre em razão do exercício do poder de fiscalização ou de controle. Pode-se dizer que tal ato de fiscalização do empregador se dá por dois motivos: primeiro, para garantia do cumprimento das ordens que são apresentadas aos empregados; e segundo, para defesa da propriedade dos meios de produção.

E, para além desta motivação dúplice, os meios de controle e fiscalização podem ser divididos, na mesma medida, em duas vias, sendo comum, portanto, se falar em controle por monitoramento e controle por busca pessoal.

A modalidade de controle por monitoramento é bastante praticada no Brasil e se dá através de circuitos internos de TV, bem como por programas conhecidos como *Keyloggers*, os quais se prestam ao completo monitoramento de todas as atividades que o empregado desenvolve nos computadores do empregador.

Esta forma de controle serve tanto para averiguar o cumprimento de ordens, quanto para a defesa da propriedade dos meios de produção. O circuito interno de TV permite ao empregador tomar contato com todos os atos dos empregados averiguando se os mesmos estão trabalhando em cumprimento às suas determinações, bem como se algum funcionário está ocultando propriedade do empregador.

Na mesma via funciona o monitoramento por programas *keyloggers*, eis que além de averiguar se o empregado não está se valendo do computador para assuntos particulares também se presta a controlar a propriedade de bens imateriais do empregador que possam estar disponíveis na rede interna da empresa, como uma fórmula secreta por exemplo.

Neste âmbito é muito discutível a questão do acesso do email do empregado, quando se trata de email corporativo. Há boa discussão sobre violação de direitos fundamentais do empregado neste sentido.

A outra modalidade de controle que se estabelece sobre a relação de emprego se dá pela busca pessoal. Tal forma de controle não se presta, propriamente, à fiscalização do

⁵²⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 635-639

empregado no que toca ao cumprimento de ordens do empregador, mas tão somente em defesa da propriedade dos meios de produção.

Nestes termos, sabido que não é objeto deste trabalho um estudo de fôlego sobre o tema controle na relação de emprego, mas, tão somente, um estudo específico sobre o controle que se dá pela busca pessoal, o estudo será intensificado em torno desta forma de controle, sobretudo através da busca mais conhecida como revista íntima. O que se pretende com isso é analisar, mais adiante, se esta forma de proteção aos bens do empregador estaria em consonância com o sistema de direitos fundamentais consagrados na Carta Magna Brasileira.

3.2.1 A busca pessoal

A busca, equivalente do termo procura, tem sido manejada como instrumento cuja finalidade é encontrar algo ou alguém, ao cabo de um procedimento. A busca é, pois, mecanismo do qual alguém se vale para encontrar um dado determinado. Diz-se, nesse sentido, que a busca é um procedimento de caráter preventivo que através da investigação e procura, visa encontrar coisa ou objeto⁵²⁵ sob o poder indevido de outrem.

Todavia, embora sua finalidade seja a apreensão de coisa, a apreensão é momento secundário, distinto e separado do procedimento de busca. Há de se ter em mente que a apreensão, nada mais é do que a consequência desejada por aquele que pratica a busca, sendo perfeitamente plausível haver busca sem apreensão, bem como apreensão sem busca.⁵²⁶

O procedimento de busca pessoal é uma espécie de procura que recai sobre o corpo da pessoa e sobre seus objetos de uso pessoal.⁵²⁷ No caso da busca pessoal realizada no âmbito Laboral, sua finalidade precípua será encontrar objeto da propriedade do empregador em posse clandestina do empregado. Nestes casos, por mais que se possa falar em tutela preventiva, a institucionalização de um procedimento de busca visa gerar uma ideologia de que não se deve furtar, sob pena de ser pego.

Tal procedimento tem sido muito freqüente em empresas do ramo de vestuário, transportes, guarda de valores e joalherias, sendo que, muitas dessas, sob aparente e legítimo nome de vistoria, tem adotado a busca pessoal na entrada e saída do trabalho através de contatos físicos em empregados semi-nus⁵²⁸.

⁵²⁵ SANTOS, Washington dos. *Dicionário Jurídico Brasileiro*. p. 46

⁵²⁶ NASSARO, Adilson Luis Franco. *A busca pessoal e suas classificações*.

⁵²⁷ *ibid*

⁵²⁸ *Ibid*

Adilson Franco Nassaro estabelece minuciosa classificação acerca da busca pessoal, dentre as quais, as mais importantes serão, aqui, ressaltadas. Segundo ele a busca pessoal pode ser: a) preliminar e minuciosa; e b) direta e indireta.

É preliminar, na visão do autor⁵²⁹, a busca pessoal feita de forma superficial. Geralmente consistente em olhada superficial sobre os pertences do empregado, observação meramente visual da pessoa ou, até mesmo, leve toque das mãos do agente por cima das roupas do revistado.

Já a busca minuciosa⁵³⁰ é marcada por verificação detalhada em pertences e no corpo do revistado. Geralmente consiste num “revirar” mais detalhado dos pertences do empregado. E, quando incidente sobre o corpo do revistado, acarreta a retirada de suas roupas observando-se, minuciosamente, o corpo da pessoa.

A busca pessoal será considerada direta na modalidade em que o tato é o instrumento utilizado pelo buscador para tentar encontrar algum objeto clandestinamente ocultado, ao passo que a indireta será aquela cujo método de análise e busca baseia-se no uso de instrumentos, geralmente tecnológicos, não se fazendo, portanto, uso do tato.⁵³¹

Com respeito à tecnologia empregada na busca pessoal há notícias da criação, via tecnologia, de uma cadeira capaz de escanear o revistado e informar, se o mesmo oculta algum bem em seu corpo. Todavia, a “cadeira scanner”, inicialmente usada apenas em presídios, seria capaz, apenas, de buscar por materiais metálicos escondidos no corpo do revistado⁵³², não se prestando, destarte, a qualquer utilização no âmbito laboral.

É considerada revista íntima, a busca pessoal minuciosa e direta, procedida nos pertences do revistado, bem como em seu corpo, eis que expõe sua vida privada, sua intimidade, seus segredos, além de, em todos os casos, atentar contra a sua dignidade.

As demais formas de busca pessoal ocorrem através de revista preliminar, sendo aquela superficial e indireta. É bastante comum no direito laboral com o famoso ato de “mostrar a bolsa”, nos casos em que o empregador pede à empregada para mostrar o conteúdo da bolsa e o empregador dá uma rápida olhada sem remexer os pertences do empregado.

Quando muito afasta um ou outro objeto, mas sem promover uma verdadeira inspeção nos pertences do empregado. De qualquer forma, tal modalidade de busca viola direitos fundamentais, pois a todo o tempo a empregada tem de estar mostrando o conteúdo de sua bolsa para estranhos.

⁵²⁹ *Op. cit*

⁵³⁰ *Ibid*

⁵³¹ *Ibid*

⁵³² <http://asprarn.blogspot.com/2010/08/cadeira-scanner-podera-substituir.html>

Sabido que a mulher passa por ciclo menstrual todos os meses é perfeitamente fácil de imaginar o constrangimento da mesma ao abrir sua bolsa e permitir que seu superior hierárquico constate o conteúdo que transporta. O ciclo menstrual é uma questão de vida privada que em nada diz respeito ao ambiente laboral.

3.2.2 Legislação atual e propostas de alteração

A revista íntima foi, durante muito tempo, entendida como direito do empregador na defesa de seu patrimônio e aceita no direito laboral brasileiro, sobretudo quando prevista em regimento interno da empresa, entendendo-se a negativa do empregado em submeter-se a ela como prova da suspeita do empregador.⁵³³

As primeiras vedações à prática da revista íntima vieram por conta da Lei 7.451/98, da Câmara Municipal de Belo Horizonte, e da Lei 4.603/98 editada pela Câmara Municipal de Vitória.⁵³⁴

Embora não seja função do legislador a de fornecer conceitos, a legislação mineira trouxe conceito acerca da revista íntima, definindo-a como a prática coercitiva de moléstia ao corpo do empregado com ou sem a necessidade de exibição do corpo nu.⁵³⁵ Percebe-se que a noção de revista íntima, até então debatida, girava em torno, apenas, da exibição do corpo do empregado.

No âmbito do estadual há, atualmente, a lei estadual 2749/97 do Rio de Janeiro, a qual prescreve a proibição de qualquer forma de busca pessoal em empregados de estabelecimentos comerciais e industriais.⁵³⁶

Também no Rio Grande do Sul há a Lei estadual 12.258/05 veda a prática da revista íntima em empregados de empresas comerciais, industriais e de serviços que tenham sede naquele estado.⁵³⁷

Atualmente, a normatividade juslaboral veda revistas íntimas, sem nada dispor acerca de outras formas de busca pessoal. Nesse sentido dispõe o art. 373-A, VI da CLT:

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

⁵³³ BARROS, Alice Monteiro. *Op. cit.*, p. 588

⁵³⁴ *Ibid*, p. 588

⁵³⁵ *Ibid*, p. 588

⁵³⁶ SIMON, Sandra Lia. Revistas pessoais: direito do empregador ou desrespeito aos direitos humanos fundamentais do empregado? p. 65.

⁵³⁷ SERRA & SERRA ADVOGADOS ASSOCIADOS. Muito cuidado com revista íntima.

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. (destacou-se)

A normatividade é fruto de alteração legislativa procedida à CLT em razão do advento da Lei 9.799/99. Inserta em capítulo que trata da proteção do trabalho da mulher, não contemplou, ao menos inicialmente, a classe empregatícia masculina.

Apontando para a extensão da vedação também para os trabalhadores do sexo masculino, na 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho, realizada na sede do Tribunal Superior do Trabalho em novembro/2007, ficou estabelecido via enunciado 15, segunda parte:

ENUNCIADO 15: II - "REVISTA ÍNTIMA - VEDAÇÃO A AMBOS OS SEXOS. A norma do art. 373-A, inc. VI, da CLT, que veda revistas íntimas nas empregadas, também se aplica aos homens em face da igualdade entre os sexos inscrita no art. 5º, inc. I, da Constituição da República.

Em que pese a omissão legal, mais abrangente foi o entendimento que figura na primeira parte do enunciado 15, vedando toda e qualquer forma de busca pessoal, assim grafado: “Toda e qualquer revista, íntima ou não, promovida pelo empregador ou seus prepostos em seus empregados e/ou em seus pertences, é ilegal, por ofensa aos direitos fundamentais da dignidade e intimidade do trabalhador.”

De tal sorte, a aplicação do art. 373-A CLT conjugada às interpretações constantes do enunciado 15 estabelecem vedação a qualquer procedimento de busca pessoal.⁵³⁸

Mas a solução pode estar com seus dias contados, já que o anteprojeto do Código de Leis trabalhistas, cuja comissão é presidida por Amauri Mascaro Nascimento, prescreve em seu art. 40 a permissibilidade de revista desde que não violadora da intimidade e da integridade física e moral. Prescreve o verbete: “É vedada a revista de pertences do trabalhador no ambiente de trabalho, desde que abusiva e de modo a afetar a sua intimidade e integridade física e moral”.

A nova legislação veda a revista de pertences do empregado, mas abre a possibilidade de sua realização se respeitadas a intimidade e integridade. Não há menção à vida privada.

O parágrafo único do art. 40 da nova codificação prescreve que: “A empresa desenvolverá esforços no sentido de, dentro da sua capacidade econômica, substituir revista pessoal por eletrônica.”

Nota-se que a disposição teve o cunho de buscar equilibrar a livre iniciativa do empregador com a valorização do trabalho, ambos constantes do caput do art. 170 da CF/88.

⁵³⁸ LEMOS, Alessandro Medeiros. *Op. cit*

Entretanto, ao se preocupar com a propriedade do empregador, dito dispositivo deixa claro que não irá obrigar o empregador a adotar mecanismos mais isentos de busca se isso importar em gastos que sejam considerados além de sua capacidade econômica.

Ao estabelecer que a empresa deve instituir instrumentos tecnológicos de busca, desde que esteja dentro de sua capacidade econômica, culminou por transferir o risco da atividade ao empregado, o qual deverá, no mais das vezes, suportar procedimentos de busca pessoal, muitas vezes minuciosa, já que, com grande chance de acerto, não haverá interesse empresarial em investir grandes quantias na contratação de serviços eletrônicos apenas para dispensar o empregado do vexame da revista.

Em que pese o louvável esforço legislativo no sentido da adoção da técnica da ponderação, melhor seria se a norma dissesse que é vedada qualquer busca pessoal violadora da dignidade da pessoa humana.

3.2.3 Posicionamento doutrinário

Em que pese a vedação legal existente, bem como as disposições do enunciado 15 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho, também, no sentido de impedir os procedimentos de busca pessoal, a doutrina laboral brasileira não se mostra pacífica quanto ao cabimento da referida medida.

Nestes termos, Alice Monteiro de Barros admite o procedimento da revista desde que não maneado como mero comodismo do empregador, mas como a última medida cabível na defesa da propriedade do empregador e desde que presentes circunstâncias suficientes que a exijam.⁵³⁹

Em tal diapasão, uma vez praticado tal procedimento, o mesmo deve desdobrar-se sempre no âmbito da empresa, de forma geral e impessoal, mediante ajuste com o sindicato ou com o próprio empregado, respeitando-se, num limite máximo, os direitos de personalidade do empregado.⁵⁴⁰

Não se entende, todavia, como um procedimento de busca pessoal pode ser conduzido com respeito mínimo aos direitos de personalidade. Como se viu, anteriormente, os direitos de personalidade são a porta de ingresso dos direitos fundamentais nas relações privadas. Como se defender um procedimento que afronta tais direitos, porém de forma minimizada, como pretende a renomada doutrinadora?

⁵³⁹ *Op. cit.*, p. 589

⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 589

Tal posicionamento condiz, no mínimo, com uma leitura de relativização dos direitos fundamentais em termos qualitativos. Em que pese a não existência de direitos absolutos no texto maior, a necessidade de compatibilização dos valores em conflito, bem como o necessário dever de respeito ao sistema do sopesamento, uma simples análise mental permite perceber que o procedimento de revista é ultrajante quando promovido em defesa do direito de propriedade do empregador.

Opta-se, nestes casos, por se conferir precedência ao direito de propriedade em face dos direitos da pessoa numa completa inversão do valor fundamental do texto constitucional brasileiro, que não é propriedade, mas dignidade.

Em evidente avanço a CLT, atualmente, conta com norma que veda a revista íntima. Norma esta que, no procedimento da ponderação, funciona como regra que fixa restrição ao direito fundamental precedido, no caso a propriedade. Cuida-se de ponderação efetuada no âmbito legislativo e que apontou a necessidade de salvaguarda da intimidade, da vida privada e da dignidade do empregado em tais situações. Trata-se de uma posição muito mais consentânea com o valor fundamental da ordem jurídica brasileira.

Atente-se que não é necessário, sempre, que a ponderação seja feita apenas no Judiciário. Acaso assim o fosse as regras que fixam restrições a direitos fundamentais perderiam todo o sentido de existir. Ademais, o empregador sempre poderá lançar mão de outro meio de controle que não seja a revista. Porque não se vale de monitoramento, o qual, embora não seja objeto de tratamento neste trabalho, pode ser a melhor saída para a necessidade de compatibilização dos valores em conflito?

Já Maurício Godinho Delgado aparenta posição contrária a qualquer sistema de controle ao dizer que a Constituição brasileira teria rejeitado todo e qualquer sistema de controle ofensivo à liberdade e dignidade básicas do empregado.⁵⁴¹ Segundo ele, há preceitos constitucionais, como os do art. 1º e 3º no sentido de promoção da pessoa humana, bem como normas no art. 5º, tais quais a isonomia e a que veda tratamento desumano ou degradante, as quais impedem o manejo de sistemas de controle violadores da dignidade humana.⁵⁴²

Entretanto, o autor não se posiciona firmemente. Ao revés, resta claro que tanto Maurício Godinho Delgado quanto Alice Monteiro de Barros admitem o cabimento de revista no âmbito da relação de emprego, sobretudo quando proveniente de instrumento de negociação coletiva.⁵⁴³

⁵⁴¹ *Op. cit.*, p. 603

⁵⁴² *Ibid.*, p. 603

⁵⁴³ SBRISIA, Maria Fernanda; e SILVA, Marilza Lima. Tutela do interesse público. p. 87

Lado outro, retomando o posicionamento de Alice Monteiro de Barros, no sentido de admitir a revista, frise-se que a autora entende que pela vedação de revista que acarrete o desnudamento do empregado, ainda que na presença de pessoas do mesmo sexo, bem como a necessidade de exames de intensidade excessiva, em face da evidente violação da dignidade do trabalhador.⁵⁴⁴

Curiosamente, a autora apresenta um posicionamento um tanto quanto contraditório. Admite a revista no corpo do empregado, desde que não gere desnudamento, mas não admite revista nos seus pertences. Sustenta que a revista nos pertences pessoais do empregado, sobretudo quando guardados em locais específicos reservados pelo próprio empregador, acarreta violação da intimidade do empregado.⁵⁴⁵

Note-se que a discussão acerca da revista íntima na relação de emprego, aqui travada, não vislumbra colisão de direitos fundamentais do empregado com valores de maior envergadura, tais quais a segurança pública, o que seria motivo de sobra para admissão da revista com limites. No caso da relação de emprego, regra geral, a colisão se dá entre direitos fundamentais do empregado e direito fundamental de propriedade do empregador.

Em posição intermediária, adverte Estevão Mallet pela necessidade de adoção de formas de revista e inspeção sem natureza de violação da intimidade do empregado, eis que tais procedimentos estariam em conformidade com a boa-fé contratual.⁵⁴⁶

A posição, aparentando ser intermediária, em verdade não resolve muito a celeuma. Como se imaginar uma revista com tateamento do corpo do empregado ou mesmo através da revista em pertences sem que isso viole a intimidade do empregado? Por acaso quando o empregador opta por empreender busca nos pertences do empregado ele sabe, de antemão, se vai encontrar algo que revele aspectos da vida privada ou da intimidade do empregado que não deveriam ser de seu conhecimento? Evidente que não.

Não há como prever que uma tal revista não vá acarretar violação de direitos fundamentais do empregado ao passo que uma outra revista vá provocar tal lesão. Tal prejuízo da dignidade do empregado somente é averiguada no caso prático e sempre após a sua prática. Frise-se, na via abstrata, não há como prever qual revista irá violar direitos fundamentais e qual não irá violar.

⁵⁴⁴ *Op. cit.*, p. 591

⁵⁴⁵ *Ibid.*, p. 593-594

⁵⁴⁶ *Direito, trabalho e processo em transformação.*, p. 28

Posicionando-se no sentido da vedação de qualquer procedimento de revista quando proveniente da colisão de direitos fundamentais do empregador em face do direito de propriedade do empregado está Eduardo Milléo Baracat.

Segundo ele a revista é instrumento violador de direitos fundamentais do empregado, pouco importando, para averiguação de sua ilicitude e inadequação ao direito pátrio, se a revista recai sobre o corpo do empregado ou sobre seus pertences, eis que, de uma forma ou outra, há patente violação de sua intimidade, vida privada e dignidade.⁵⁴⁷

Na mesma direção posiciona-se Sandra Lia Simon, para quem não pende controvérsia sobre a evidente natureza atentatória aos direitos fundamentais que guarda o instituto das revistas⁵⁴⁸, sobretudo no âmbito de uma normatividade como a brasileira que colocou, como centro do ordenamento, a necessidade de garantia da dignidade da vida da pessoa.

3.2.4 Jurisprudência

Entendido que a revista é um procedimento bastante usual no Direito brasileiro, ainda que vedado, nos termos do art. 373-A da CLT e Enunciado 15, serão analisados, por amostragem, seis casos julgados recentemente no âmbito do TST a fim de que se possa averiguar o que o órgão máximo da Justiça laboral brasileira tem entendido sobre o tema.

De antemão, adiante-se, não há unanimidade quanto ao tema em tal casa julgadora. Antes, há posicionamentos tanto para afastá-la, quanto para admiti-la. Ademais, vislumbra-se o quanto a questão é corrente no âmbito da jurisprudência brasileira atual, eis que dos julgados trazidos à colação há vários deles que resultaram de julgamentos diversos efetuados no mesmo dia.

O primeiro voto a ser analisado é da lavra do Ministro Maurício Godinho Delgado nos autos do Recurso de Revista nº 260700-37.2007.5.09.0001, no qual figurou como Ministro Relator.

Cuida-se de caso típico de revista em bolsas e sacolas dos empregados. No caso entendeu o Ministro Relator que o poder de controle ou fiscalizatório é decorrência do poder de controle que confere ao empregador a prerrogativa de acompanhar a prestação de trabalho do empregado, bem como fiscalizar o ambiente laboral.⁵⁴⁹

⁵⁴⁷ BARACAT, Eduardo Miléo. *A boa fé no direito individual do trabalho*. p. 244

⁵⁴⁸ *Op. cit.*, p. 67.

⁵⁴⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista* nº 260700-37.2007.5.09.0001. Min. Relator: Maurício Godinho Delgado. Brasília, 19 de outubro de 2011. Publicado em 28 de outubro de 2011

Todavia, tal poder não é absoluto não se podendo admitir com condutas de fiscalização violadoras da liberdade e dignidade básicas do empregado, eis que prevista, inclusive, em lei, em face do art. 373-A da CLT, a vedação a revistas íntimas, aplicável ao empregado em razão do princípio isonômico.⁵⁵⁰

Destarte, a revista diária de bolsas e sacolas dos empregados expõe de forma contínua o empregado a constrangimentos no âmbito do local de trabalho no que além de extrapolar os limites do poder empresarial agride a imagem e liberdade do empregado.⁵⁵¹

Com base nessa linha de raciocínio o Ministro entendeu que, mesmo não havendo contato com o corpo do empregado, a revista em bolsas e sacolas violou sua intimidade, conferindo-lhe direito a ser indenizado por dano moral.⁵⁵²

O segundo caso a ser analisado consiste no voto do Ministro Sebastião Geraldo de Oliveira em face da relatoria para o julgamento do Recurso de Revista nº 27800-63.2008.5.01.0262, num caso em que a empresa procedia a revistas diárias nas bolsas dos empregados, bem como em seus armários.

No caso em tela, restou mantida a decisão do Tribunal a quo que considerou ato ilícito violador da dignidade da pessoa humana do empregado o procedimento de revistas nas bolsas e armários dos empregados aplicando-se o enunciado 15, primeira parte aprovado na jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho⁵⁵³, o qual veda qualquer tipo de busca pessoal.

Por sua vez, o terceiro caso a ser examinado cuida-se, também, de Recurso de Revista submetido à relatoria da Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa.

Entendeu-se que o procedimento de revistas é decorrente do poder do empregador, mas deve ser feita com respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, intimidade, vida privada, honra e imagem dos empregados.⁵⁵⁴

Ademais, restou provado nos autos que a prática da revista em pertences e bolsas dos empregados era freqüente no âmbito do ambiente empresarial; que todos os empregados submetiam-se ao procedimento das revistas, mesmo os superiores hierárquicos; que era possível ao funcionário lacrar sua bolsa para que não se submetesse às revistas; que as revistas

⁵⁵⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista* nº 260700-37.2007.5.09.0001. Min. Relator: Maurício Godinho Delgado. Brasília, 19 de outubro de 2011. Publicado em 28 de outubro de 2011

⁵⁵¹ *Ibid*

⁵⁵² *Ibid*

⁵⁵³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista* nº 27800-63.2008.5.01.0262. Min. Relator: Sebastião Geraldo de Oliveira. Brasília, 26 de outubro de 2011. Publicado em 28 de outubro de 2011

⁵⁵⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista* nº 1262100-53.2009.5.09.0016. Min. Relator: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Brasília, 19 de outubro de 2011. Publicado em 28 de outubro de 2011

nas bolsas e sacolas dos funcionários ocorria, inclusive, com procura mais acentuada pelo fiscal, eis que o mesmo remexia o conteúdo das bolsas dos empregados.⁵⁵⁵

Com base no dissenso havido no depoimento testemunhal sobre haver ou não o ato de revirar os pertences do empregado, bem como nos demais dados acima mencionados, a Ministra Relatora entendeu que havia prática de revista apenas visual nos pertences do empregado, ocorrendo de forma limitada e objetiva pelo que não teria lesado quaisquer direitos dos empregados.⁵⁵⁶

O quarto caso a ser analisado é um Agravo de Instrumento em Recurso de Revista da relatoria do Ministro Vieira de Melo Filho. No presente caso constatou-se, mais uma vez, a prática de revista em pertences dos empregados sem, contudo, configuração de revista íntima, razão pela qual não haveria que se falar de violação de quaisquer direitos da empregada, em como qualquer direito à indenização por dano moral.⁵⁵⁷

Segundo o entendimento esposado pelo Ministro não há que se falar de violação a direitos do empregado quando o procedimento da revista ocorra de forma impessoal, geral e sem contato físico, não havendo, portanto, que se cogitar de violação de quaisquer direitos seus ou mesmo da boa-fé que anima as relações contratuais.⁵⁵⁸

O quinto caso consiste no Recurso de Revista 90340-49.2007.5.05.0464 da relatoria do Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro. Cuida-se, neste caso, verdadeiramente de revista íntima.

Segundo relatado nos autos do Recurso de Revista o empregado trabalhava na tesouraria de uma empresa de transporte de valores e, para tanto, era obrigado a trocar sua vestimenta por um uniforme da empresa sem bolsos, bem como sandálias, sendo que, ao fim do expediente era obrigado a abaixar a vestimenta perante um fiscal submetendo seu corpo a revista visual por parte do fiscal.⁵⁵⁹

A decisão do regional no presente caso foi pela adequação da conduta da empresa, eis que tratando-se de empresa de transporte de valores estaria no âmbito de seu poder de

⁵⁵⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista* nº 1262100-53.2009.5.09.0016. Min. Relator: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Brasília, 19 de outubro de 2011. Publicado em 28 de outubro de 2011

⁵⁵⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista* nº 331500-33.2009.5.12.0035. Min. Relator: Vieira de Melo Filho. Brasília, 19 de outubro de 2011. Publicado em 28 de outubro de 2011

⁵⁵⁷ *Ibid*

⁵⁵⁸ *Ibid*

⁵⁵⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista* nº 90340-49.2007.5.05.0464. Min. Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro. Brasília, 19 de outubro de 2011. Publicado em 28 de outubro de 2011

fiscalização vigilâncias desta natureza, e que tal procedimento era aplicado para todos os empregados que lidavam, diretamente, com os valores da empresa.⁵⁶⁰

Sabidamente, o Ministro relator abordou a questão da colisão dos direitos à propriedade do empregador e à intimidade do empregado entendendo pela aplicação do método da ponderação e pela prevalência do direito à intimidade do empregado, pelo que afastou a licitude de tal procedimento empresarial⁵⁶¹, que viola, por evidente, os limites do poder de direção naquilo ao passo que lesa direitos fundamentais dos empregados.

E mais, firmou o entendimento do TST no sentido de que a revista que expõe o corpo de empregado viola, extrapola, por si só os direitos fundamentais dos empregados, dispensando-se maior aprofundamento neste ponto, eis que o empregador sempre poderá lançar mão de outros meios de fiscalização.⁵⁶²

Por fim, analisa-se o voto do Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, relator no Recurso de Revista 1008800-02.2009.5.09.0004. Na presente demanda o regional entendeu que o procedimento de revistas do empregador, constante de revista por bastão magnético, devendo o empregado, em caso de “apito”, levantar a roupa, não configurou qualquer lesão aos empregados, eis que decorrência do poder de fiscalização do empregador e procedido a todos os empregados, indistintamente.⁵⁶³

Quanto a tal procedimento, o Ministro entendeu que o procedimento de revista é cabível na relação de emprego, desde que não viole os direitos do empregado e que o procedimento de “levantar a roupa”, mostrando o corpo para revista visual por parte de fiscal do empregador ultrapassa o limite do razoável gerando lesão aos direitos de personalidade do empregado, bem como o cabimento do dano moral.⁵⁶⁴

Da pesquisa efetuada em torno dos julgamentos proferidos no TST sobre o tema das revistas aparentou que não há mais dissenso jurisdicional acerca do entendimento de que a revista que gera desnudamento do empregado viola seus direitos fundamentais. Ressalva-se, contudo, eventual existência de alguns votos divergentes, em face da liberdade de convicção que a Constituição assegura.

No entanto, no que toca ao procedimento da busca como todo, sobretudo aquela que recai sobre pertences do empregado, tal questão se mostra, ainda, bastante controvertida

⁵⁶⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista* nº 90340-49.2007.5.05.0464. Min. Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro. Brasília, 19 de outubro de 2011. Publicado em 28 de outubro de 2011

⁵⁶¹ *Ibid*

⁵⁶² *Ibid*

⁵⁶³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista* nº 1008800-02.2009.5.09.0004. Min. Relator: Aloysio Corrêa da Veiga. Brasília, 19 de outubro de 2011. Publicado em 28 de outubro de 2011

⁵⁶⁴ *Ibid*

havendo entendimentos de que a busca em pertences dos empregados, ora viola e, ora não viola seus direitos fundamentais.

A matéria será, entretanto, retomada para melhor análise no tópico 3.4 no qual será analisado os motivos pelos quais qualquer procedimento de revista se mostra, sempre, violador de direitos fundamentais.

Por fim, obtemperem-se que todos os casos analisados, salvo o da relatoria do Ministro Márcio Eurico, os demais demonstraram o mesmo vício de análise. Nenhum deles abordou a questão a partir da colisão de direitos fundamentais exprimível de diversas formas: intimidade x propriedade; vida privada x propriedade; e dignidade da pessoa humana x propriedade.

Em quase todas as situações a análise pendeu para a comparação dos poderes do empregador com os direitos fundamentais dos empregados, sem se cogitar de que os poderes do empregador estão sendo manejados, no âmbito da revista, como consequência da necessidade de garantia de um direito fundamental: a propriedade do empregador.

Ao que aparenta, o Judiciário trabalhista brasileiro, na sua corte mais alta, ainda se posiciona muito timidamente acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, eis que não se atentou para o fato de que o mote da discussão é de âmbito constitucional e não de âmbito estritamente laboral com incidência constitucional apenas de passagem.

3.3 O poder de controle no Direito Estrangeiro

A questão da revista não encontra, no direito laboral brasileiro, tratamento mais sério por parte da legislação. Como se viu a proposta é num sentido oposto, pela permissibilidade da revista. No direito estrangeiro, entretanto, a legislação também não se mostra muito avançada quanto à necessidade de proteção do empregado no que toca ao procedimento das revistas.

No Direito Italiano, a lei 300/70, conhecida como Estatuto dos Direitos dos Trabalhadores, veda logo em seu art. 6º inspeções pessoais sobre o empregado, salvo em certos casos, com restrições e desde que constante de previsão em acordo entre empregador e comissões sindicais representantes dos empregados.⁵⁶⁵

⁵⁶⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 602

E mesmos nestes casos em que de admissibilidade a revista é feita apenas na saída do trabalho e através de sistema de seletividade automática⁵⁶⁶, impedindo-se, com isso, que haja discriminação e escolha de determinado empregado com vistas a qualquer tipo de intimidação.

Vê-se que o sistema italiano, no que toca à revista, ainda não chegou ao ideal, que é a abolição de qualquer tipo de sistema de busca pessoal. Entretanto, em que pese a falta de perfeição da norma italiana, vislumbra-se que a mesma é, comparativamente ao sistema brasileiro, mais evoluída. É que, em que pese a sugestão de alteração pela permissibilidade da revista, ao menos o sistema italiano instaura critério objetivo de controle deste procedimento: a seleção automática.

No caso brasileiro, além da evidente violação dos direitos fundamentais do empregado, em face da permissibilidade da revista, será, ainda, possível vislumbrar o uso de tal mecanismo de forma discriminatória pelo empregador. E, muito embora o uso abusivo da revista seja vedado, tal limitação em nada impedirá que, efetivamente, seja manejado de forma discriminatória, já que não há previsão de critério objetivo para escolha de quem será submetido a tal procedimento odioso.

Ainda a respeito do poder de controle no Direito do Trabalho Italiano, lembra Riva Sanseverino a questão polêmica dos policiais privados no âmbito do local de trabalho. Segundo argumenta, no âmbito do Estatuto do Direito dos Trabalhadores, Lei 300, o empregador poderá lançar mão de polícia privada para proteção da propriedade dos meios de produção, mas tais detetives não poderão ser usados para vigiar o trabalho dos empregados, sendo, portanto, aos detetives vedado o acesso ao local de trabalho.⁵⁶⁷

Vê-se que é possível, portanto, o uso de polícia privada para defesa de propriedade, mas não para a vigilância dos empregados. Tal polícia privada é composta, em verdade, por policiais verdadeiros, os quais podem ser suspensos se denunciados à Chefatura de Polícia⁵⁶⁸, sempre que abusem de suas prerrogativas.

Vislumbra-se que, se por um lado, este sistema não é o melhor por não privilegiar, de forma alguma, os direitos fundamentais do empregado, por outro lado, não deixa nas mãos do empregador o poder de polícia para proceder a vistorias nos empregados.

Já no Direito Espanhol, a Constituição Espanhola em seu art. 10.1 consagra a dignidade da pessoa humana ao estabelecer o respeito à personalidade e aos direitos

⁵⁶⁶ BARROS, Alice Monteiro. *Op. cit.*, p. 595

⁵⁶⁷ *Curso de direito do trabalho. Op. cit.*, p. 208.

⁵⁶⁸ *Ibid*, p. 208.

invioláveis, bem como o pleno desenvolvimento da personalidade.⁵⁶⁹ Resta anunciada a restringibilidade do poder empresarial pelos direitos fundamentais dos empregados, os quais devem ser equilibrados com os direitos do empregador.⁵⁷⁰

Todavia, em decorrência da necessidade de salvaguarda da dignidade da pessoa humana, consagrada na Constituição, o Estatuto dos empregados da Espanha restringe as formas de busca pessoal, admitindo, desta feita, desde que promovidas no âmbito da empresa e no horário de trabalho⁵⁷¹, respeitando-se ao máximo a intimidade e dignidade do empregado.

Nestes termos, o art. 50.1 do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha estabelece, inclusive, o direito do empregado de extinguir o contrato com culpa do empregador, recebendo os mesmos direitos decorrentes da despedida injusta, sempre que sentir-se lesado em sua dignidade em face da vigilância empreendida pelo empregador, sem prejuízo da indenização a que fizer jus, bem como da apuração de eventual ilícito administrativo e penal do empregador.⁵⁷²

Pode-se dizer, nesse sentido, que o Direito Espanhol está, no que toca à permissibilidade do sistema de revista, no mesmo patamar que o Direito Brasileiro, eis que conta com uma normativa que tutela apenas em grau repressivo as violações à dignidade e intimidade dos empregados. No entanto, a tutela repressiva espanhola é mais avançada que a brasileira, permitindo caso típico de rescisão indireta em face da violação da dignidade da pessoa humana.

Ao se mencionar a proteção máxima à dignidade e intimidade, ponderando-as com a salvaguarda do patrimônio do empregador incide no mesmo equívoco que a legislação brasileira, vez que inverte a lógica do sistema jurídico que está sustentada pela necessidade de tutela e promoção da pessoa e não tutela e promoção do patrimônio, deixando a pessoa em segundo plano.

Percebe-se, nesta via, que a citada norma infraconstitucional espanhola preocupa-se apenas em tutelar a propriedade do empregador em detrimento dos direitos fundamentais do empregado e, para além da inversão de valores, viola, ainda, a presunção de inocência consagrada na Constituição Espanhola.⁵⁷³

⁵⁶⁹ Disponível em http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1978/31229, acesso em 03.11.11 às 18:48

⁵⁷⁰ MELGAR, Alfredo Montoya. *Derecho del trabajo*. p. 307

⁵⁷¹ BARROS, Alice Monteiro. *Op. cit.*, p. 595

⁵⁷² MELGAR, Alfredo Montoya. *Op. cit.*, p. 308

⁵⁷³ BARROS, Alice Monteiro. *Op. cit.*, p. 595

De seu turno, o Direito Francês veda as revistas vexatórias, mas admite busca pessoal nos pertences dos empregados guardados nos vestiários do empregador, todavia, desde que na presença do próprio empregado.⁵⁷⁴

Vê-se que o Direito Francês também não apresenta uma tutela efetiva dos direitos fundamentais dos empregados, eis que, se por um lado protege o corpo do empregado, por outro permite que sua vida privada e sua intimidade sejam devassadas pela revista em seus itens pessoais.

Por fim, o Direito do Trabalho Argentino é regido pela Lei 20.744/76, mais conhecida como Lei do Contrato de Trabalho. O art. 70 da LCT é bastante similar ao Direito do Trabalho Italiano, prescrevendo a necessidade de salvaguarda da dignidade do empregado, pelo que o procedimento de revistas somente pode ser aceito através do procedimento da seletividade automática, sendo a busca empreendida sempre por pessoas do mesmo sexo do revistado.⁵⁷⁵

Trata-se de um sistema mecânico que funciona sorteando quem será submetido à revista, mas que, inicialmente acaba gerando a proteção dos bens do empregador, eis que qualquer um poderá ser submetido à revista.⁵⁷⁶

O art. 70 da LCT, entretanto, exige a presença de certos requisitos para que se possa submeter o empregado ao procedimento da revista. Nestes termos a revista deverá se dar com razoabilidade e para a proteção dos bens do empregador; com salvaguarda da dignidade do empregado; e sem discriminação, pelo que não se admite a livre escolha do revistado.⁵⁷⁷

Não é necessário muito aprofundamento para perceber que o Direito do Trabalho Argentino está aquém do Direito Brasileiro no que toca à importância que a pessoa ocupa no ordenamento jurídico. Nota-se que o primeiro requisito para a revista, no Direito Argentino, é a proteção razoável dos bens do empregador, vindo a dignidade apenas em segundo plano.

Isto por si só demonstra que a preocupação primária daquele direito não está em tutelar a pessoa, mas o patrimônio. Talvez esta seja a maior razão para que a legislação mantenha a possibilidade de revista. Em que pese o critério do “sorteio”, trata-se de um critério nefasto e que, a cada dia, faz uma nova vítima, expondo-lhe a vida privada, a intimidade e devassando sua dignidade.

⁵⁷⁴ BARROS, Alice Monteiro. *Op. cit.*, p. 596

⁵⁷⁵ *Ibid*, p. 596

⁵⁷⁶ DIEGO, Julian Arturo de. *Manual de derecho del trabajo y de la seguridad social*. p. 232.

⁵⁷⁷ VIALARD, Antônio Vasquez. *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. p. 374.

3.4 Violação da dignidade da pessoa humana por meio da busca pessoal

Até o presente momento todas as análises foram empreendidas no sentido de captar os institutos jurídicos envolvidos sem, contudo, apresentar seu entrelaçamento. Viu-se a teoria dos direitos fundamentais, os direitos de personalidade, a dignidade da pessoa humana, os poderes do empregador e o correlato exercício da fiscalização pela busca pessoal na relação de emprego.

É chegado, portanto, o momento de analisar, com mais afinco, o tema proposto. Desta feita, serão retomados alguns pontos do estudo já feito para que se possa estabelecer a relação entre os mesmos, bem como vislumbrar os motivos pelos quais nenhum tipo de revista pode ser admitido no sistema jurídico pátrio, sob pena de violação do valor mais caro consagrado com fundamento da República Brasileira: a dignidade da pessoa humana.

Assim, retomando a teoria dos direitos fundamentais alguns pontos merecem ser novamente abordados. Viu-se no estudo do primeiro capítulo que o Direito Constitucional brasileiro vive uma fase mais propícia à realização dos direitos de tutela da pessoa. Os chamados direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988 reclamam respeito e incidência.

Por tal motivo abordou-se neste capítulo uma teoria dos direitos fundamentais baseada no método da ponderação sugestionado por Robert Alexy.⁵⁷⁸ Tratou-se de um método que parte da constatação de que as normas do sistema jurídico brasileiro são ou princípios ou regras e que, também, considera que as normas de direitos fundamentais são, em sua totalidade, normas de caráter principiológico.

Viu-se que o confronto entre direitos fundamentais é resolvido pelo método da ponderação em que se fixa a precedência de um direito fundamental sobre o outro mediante circunstâncias específicas do caso concreto.

Neste plano, restou às regras o caráter secundário de normas de restrição a direitos fundamentais, criadas como fruto de uma ponderação exercida pelo próprio legislativo. É que, ao fixar a restrição a um direito fundamental via criação da regra, o legislador está sopesando os direitos fundamentais colidentes e optando pela prevalência de um deles.

De outro norte, vislumbrou-se o importante papel do princípio da proporcionalidade no âmbito desta teoria, desempenhando a função de respeito ao princípio precedente conferindo a menor restrição possível ao princípio precedido.⁵⁷⁹ Assim, com base na regra da

⁵⁷⁸ *Op. cit., passim.*

⁵⁷⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. p. 60

proporcionalidade a lei da colisão informa que a precedência a um dado direito fundamental deve ser fixada de forma proporcional, com o menor sacrifício do direito precedido e maior satisfação do direito precedente.

Quanto à relatividade dos direitos fundamentais adotou-se a mesma como regra encontrando, entretanto, os limites que foram fixados pela teoria do conteúdo essencial relativo, no que diz respeito com o conteúdo essencial de cada direito fundamental.⁵⁸⁰

A teoria dos direitos fundamentais apresentada neste trabalho findou no primeiro capítulo com a aplicação indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, sobretudo pela ampla e irrestrita eficácia dos direitos de personalidade nas relações laborais.

Na sequência passou-se à análise do maior fundamento do Direito brasileiro atual, qual seja a dignidade da pessoa humana⁵⁸¹, enquadrando-se a mesma como valor absoluto do constitucionalismo pátrio, bem como direito fundamental relativo, tal qual todos os demais.

Vislumbrou-se com maior profundidade a incidência dos direitos de personalidade nas relações privadas, bem como sua proximidade com os direitos fundamentais, deixando-se clara a incidência dos direitos fundamentais na relação de emprego.

Por fim, no terceiro capítulo o “passeio teórico” chegou ao seu cume quando, ao se analisar a legalidade do poder empregatício, vislumbrou-se a prática corriqueira da busca pessoal, seja em pertences do empregado, seja em seu próprio corpo.

Em que pese a vedação legal existente, viu-se, pela análise de alguns julgados, que a questão é atual e reincidente. À evidência da repetição de casos de revista por todo o país esteve o fato de que quase todos os julgados apresentados são do mesmo dia de julgamento. Isto demonstra a ampla incidência do problema da revista na atualidade.

Relembre-se, entretanto, que a matéria das revistas tem sido enfrentada pelo seu confronto com o direito de propriedade do empregador, vislumbrando-se a colisão de direitos fundamentais da seguinte maneira: propriedade do empregador x intimidade do empregado; propriedade do empregador x vida privada do empregado; e propriedade do empregador x dignidade da pessoa humana do empregado.

Note-se que uma vez constado no capítulo 2 que a dignidade da pessoa humana comparece como fundamento que confere aos direitos fundamentais unidade axiológica⁵⁸², é de se inferir que toda ofensa a direito fundamental não deixa de ser uma ofensa direta à dignidade da pessoa humana. Frise-se, conforme já dito alhures, que os direitos fundamentais

⁵⁸⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 133

⁵⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 30

⁵⁸² *Ibid*, p. 30

são mecanismos de realização da dignidade da pessoa humana em suas diversas modalidades de apresentação.

Por tal razão é que a busca pessoal sempre viola a dignidade da pessoa humana, quando tomada em colisão com o direito de propriedade do empregador. Exatamente por isto a colisão propriedade x intimidade, propriedade x vida privada e propriedade x dignidade, pode ser reduzida a um único conflito: propriedade do empregador x dignidade do empregado.

Por evidente que a discussão em torno da revista em casos de necessidade de segurança pública é outra questão, a qual não é ventilada no âmbito deste estudo.

Desta feita, com relação ao procedimento da busca enquanto defesa da propriedade do empregador, a doutrina brasileira é bastante dividida. Os dois maiores juristas da atualidade em Direito do Trabalho, Maurício Godinho e Alice Monteiro de Barros, referências no país, apresentam posicionamento pelo cabimento da prática da revista, desde que não seja íntima.

E diante deste quadro, vislumbrando-se toda revista como violadora propriamente da dignidade da pessoa humana, bem como embasando-se na correta fundamentação da teoria que foi, até aqui apresentada, se coloca a questão: porque o procedimento da busca pessoal viola a dignidade da pessoa humana do empregado.

Há vários motivos para se dizer o porque a dignidade da pessoa humana resta violada pela prática de qualquer meio de busca pessoal.

O primeiro motivo bastante evidente para demonstrar esta violação está previsto logo no art. 1º, III da CRFB de 1988. Como já se viu, a dignidade da pessoa humana é o fundamento maior da República Brasileira. O sistema constitucional, através desta escolha, deslocou a propriedade do centro do ordenamento para a periferia do mesmo, colocando como principal objeto de tutela a pessoa humana.

Note-se que, ali, não houve uma colocação tão somente da pessoa como centro do ordenamento. Foi-se muito além disso. Não basta assegurar direitos básicos de existência ao ser humano, é mister que se assegure-os com dignidade.

Se é assim, em que pese a relatividade do direito à dignidade, evidentemente, há situações em que a mesma não pode ceder. Nestes termos é possível admitir que o direito fundamental à segurança seja precedente ao direito a dignidade, de modo a admitir-se, mesmo na relação de emprego, que em nome da segurança pública ocorra o procedimento das revistas.

Os valores em conflito permitem que o direito a dignidade, relativo que é, ceda espaço para o direito à segurança. Por tal motivo, é que não se questionou no âmbito deste trabalho,

sobre a validade das revistas que sofrem os aeroviários em razão da necessidade de proteção das pessoas que viajam nas embarcações aéreas todos os dias.⁵⁸³ É sempre necessário averiguar se a tripulação de empregados está de acordo com as regras de segurança para o transporte aéreo.

Entretanto, admitir qualquer sistema de busca pessoal em face da dignidade da pessoa humana para a proteção, tão somente, da propriedade significa inverter a lógica de fundamento da ordem jurídica brasileira. Atente-se que o trabalhador é uma pessoa e que, por tal motivo, tem valor, tem dignidade que deve prevalecer sobre qualquer valor patrimonial.⁵⁸⁴ Qualquer conduta contrária a isto equivale a retirar a pessoa do centro do ordenamento e retornar, para esta localidade, a própria propriedade.

Ainda que se firme, como alguns, que a revista é cabível desde que não viole a dignidade da pessoa, fica a questão, como é possível fazer revista sem violação da dignidade do ser humano? Isto é impossível!

Olhar os pertences do empregado é muito constrangedor. Nunca se sabe que aspectos da vida pessoal podem ser revelados pela revista na bolsa da pessoa. Pedir para levantar a roupa para conferir se há algo oculto é, também, muito ofensivo. Apalpar o corpo e revirar a bolsa é, ainda, muito pior. Basta qualquer ser humano se imaginar nesta situação para vislumbrar que não é possível procedimento de revista que não viole a dignidade do empregado.

Será que existe algum ser humano que gostaria de se submeter a revistas diárias? Será que se sentiria bem sabendo que quando vai ao trabalho, todos os dias, tem que passar pelo vexame de mostrar seus pertences, levantar a roupa, aceitar apalpamento, passar por escâner eletrônico que quando emite um bipe exige a exibição do corpo do empregado? Pouco provável.

Relembre-se que a interpretação dos direitos fundamentais deve ser, sempre, ampliativa, resguardando-se às suas restrições interpretações limitativas e não o contrário.⁵⁸⁵ Nesse sentido, sabido que o maior fundamento está sendo colocado em xeque pelo procedimento da revista, não se entende como é possível que uma interpretação limitativa do maior direito consagrado atualmente seja aplicada para ceder espaço para um direito de segunda grandeza, como o de propriedade.

⁵⁸³ SBRISSIA, Maria Fernanda; e SILVA, Marilza Lima. *Op. cit.*, p. 93

⁵⁸⁴ MINARDI, Fábio Freitas. A síndrome de burnout e os limites do poder do empregador na sociedade pós-moderna. p. 339

⁵⁸⁵ ROTHEMBURG, Walter Claudius. *Direito Constitucional*. p. 155

Ademais, é necessário frisar que o empregador sempre terá outros meios de proteção de sua propriedade. Em que pese a discussão que envolve as questões de monitoramento do ambiente de trabalho, embora esta não seja a problemática deste trabalho, entende-se que tais sistemas, se usados com limitação, podem substituir qualquer necessidade de revista para a proteção do patrimônio do empregador.

Outrossim, a instalação de dispositivos eletrônicos na propriedade do empregador também é suficiente para a proteção de seu patrimônio e não demanda exposição de todos os empregados em razão da mera possibilidade de existir um que seja criminoso.

No mesmo sentido, ainda, outras medidas preventivas podem ser tomadas, como o fornecimento de escaninho para colocação dos objetos pessoais dos empregados, evitando, com isso, que ingressem na área de produção com os mesmos. É também o caso do fornecimento de uniformes que não tenham bolsos para ocultação de qualquer produto.

Aliado a isso e tantas outras medidas possíveis e imagináveis estão as demais manifestações do poder do empregador. O mesmo, no uso do poder diretivo e regulamentar, cria a determinação de usar os uniformes e de proceder ao depósito dos objetos pessoais nos escaninhos evitando, com isso, a prática de revista.

Repise-se que os direitos fundamentais gozam da cláusula da proibição de retrocesso, através da qual é vedado qualquer tipo de interpretação que venha a negar o efeito de um direito fundamental.⁵⁸⁶ Isto posto, adoção de uma medida que aniquila a dignidade em prol da propriedade é, senão inadequada, violadora da cláusula de proibição de retrocesso. E isto, sobretudo, em razão da possibilidade de adoção de outras medidas que garantam a propriedade sem violação da dignidade.

Ademais, no uso do poder fiscalizatório e disciplinar, fiscaliza a obediência ao regulamento e às ordens e pune os empregados faltosos que não usam o uniforme, que se negam a guardar os objetos pessoais, e assim por diante. Não é necessário penalizar todo o coletivo em razão da ausência de moralidade de alguns.

Retome-se que, o empregador no exercício de seus poderes deve manejá-los, sempre, em respeito à saúde física e mental do trabalhador⁵⁸⁷ e não como vem ocorrendo no cenário nacional em que as empresas, a cada dia, abusam cada vez mais de seu poder de submissão causando aos empregados danos materiais e morais.⁵⁸⁸

⁵⁸⁶ DRIESEL, Patrícia Méri; e CARDOSO, Sandra Geara. *Direitos Fundamentais*. p. 282

⁵⁸⁷ MINARDI, Fábio Freitas. *Op. cit.*, p. 334

⁵⁸⁸ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. p. 349

Aparenta que se instaurou no país a crença de que a indenização pelo dano moral é um remédio adequado para o tratamento da presente problemática. Não há preocupação no sentido de impedir a lesão, mas apenas de remediá-la através de aporte financeiro.

Ao arrepio da Constituição, a doutrina e a jurisprudência parecem não se preocupar, profundamente, com a questão do dano, aumentando o numero de demandas, todos os dias, pela mesma discussão, além de não promover uma adequada solução para o problema.

Necessário instaurar, no âmbito empregatício, verdadeira tutela de remoção do ilícito em fase do risco de dano. Tudo conduzido a cabo de um procedimento banhado pela lei da colisão, via ponderação pelo legislativo com fixação de regras claras e objetivas na defesa dos direitos fundamentais prevalentes, no caso a dignidade do empregado.

O exercício dos poderes empregatícios deve encontrar limitação na dignidade da pessoa humana, no princípio do solidarismo e no princípio da função social da propriedade, de molde a coibir atuações do empregador que causem malefícios ao empregado, inclusive a síndrome de Burnout⁵⁸⁹, conhecida como o adoecimento psicofísico do empregado.

Mister deixar claro, portanto, que o empregador sempre terá outros meios de promover a defesa de seu patrimônio que não seja pelo método da revista. O monitoramento é um meio adequado. Por outro lado, em que pese sua discussão, isto em nada afasta a inadequação do método da revista.

Por fim, frise-se que o empregador não é agente público e, nesta medida, não titulariza poder de polícia para submeter seus empregados a revistas. Se desconfia do empregado deve chamar quem detem tal poder: a polícia. Deve comparecer à delegacia, registrar boletim de ocorrência. Enfim, há um procedimento para apurar ilícitos penais e, até mesmo, civis.

Permitir que o empregador, sem nenhum critério específico, proceda a qualquer tipo de revistas nos empregados, seja diária ou não, constitui violação do sistema jurídico, além de permitir a “justiça privada”, algo que é, terminantemente, abolido pela idéia de Estado de Direito, consagrado neste país.

Além do mais, isto significa violação direta do devido processo legal, eis que sem qualquer defesa, sem qualquer possibilidade de produção de provas, sem qualquer determinação judicial, os pertences da pessoa acabam violados, remexidos, sua intimidade é violada, sua vida privada devassada, seu corpo agredido por olhares diários e toques de outras pessoas não autorizadas a penetrar na esfera pessoal do indivíduo, enfim, sua dignidade posta de lado em razão da propriedade.

⁵⁸⁹ MINARDI, Fábio Freitas. *Op. cit.*, p. 335

Qualquer revista é absurdo total, além de mecanismo completamente desnecessário. Sobretudo numa ordem em que a pessoa deve ser tida como o centro do ordenamento jurídico. Provavelmente isto esteja ocorrendo em face da timidez da doutrina juslaboral pátria em aceitar a incidência dos direitos fundamentais nas relações de emprego travando a discussão de forma apequenada, sempre pelo confronto: direitos de personalidade x poderes do empregador.

Entretanto, a solução para tal questão não está nesta forma de abordagem do problema. Mas em admitir uma eficácia indireta dos direitos fundamentais na relação de emprego, via direitos de personalidade.

A norma do art. 373-A da CLT representa o papel que se espera de um legislador consciente com a base valorativa do Texto Maior: fixa a precedência, mesmo sem clareza, do direito à dignidade em face do direito à propriedade. O enunciado 15 da Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho é regra hermenêutica bastante para a fixação, no âmbito judiciário, da precedência da dignidade nestes casos.

Entretanto, por não se tratar de verdadeira norma jurídica, por não ser regra de restrição ao direito de propriedade, fica na dependência de ser aceita pelo judiciário brasileiro, em razão de sua liberdade de convicção motivada.

A proposta de alteração trazida pelo art. 40 do projeto do Código do Trabalho Brasileiro, já discutido, é, em si, um evidente retrocesso. Anda mal o legislador quando, ao arrepio do maior fundamento da República Brasileira, fixa o cabimento da revista que não seja abusiva e não viole a intimidade e integridade do empregado.

Anda na contramão, para fixar o que já acontece na prática. Cria-se uma tutela meramente repressiva quanto ao assunto da revista. Permite-se seu cabimento e desloca-se para o Judiciário a análise dos casos em que violou a dignidade, retornado o problema para a questão da liberdade de convicção.

Isto permite entendimentos diversos, falta de segurança jurídica e o que é pior: reiteradas violações da dignidade das pessoas. E por qual motivo mesmo? Para proteger a propriedade, sendo que o empregador sempre terá outros meios para tal defesa, sem que seja necessário invadir a dignidade do ser humano.

A norma é uma completa inversão de valores. Melhor seria se estabelecesse a vedação de qualquer tipo de revista no âmbito da relação de emprego, salvo quando um critério de segurança pública a exigisse.

Da forma como está sendo conduzida a legislação somente resta o caminho da investigação da licitude de qualquer sistema de controle através do exame do caso prático

com aplicação dos valores consagrados pela Constituição Federal de 1988.⁵⁹⁰ E neste caminho vislumbra-se que proteger a propriedade em detrimento da dignidade não é um caminho de licitude e adequação com a base fundamental proposta pela atual Constituição.

⁵⁹⁰ SBRISSIA, Maria Fernanda; e SILVA, Marilza Lima. *Op. cit.*, p. 87

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acredita-se, que não seja responsabilidade desta pesquisa ofertar uma solução para o problema apresentado, senão uma linha hermenêutica corretamente fundamentada na teoria dos direitos fundamentais e, até, sugestões legislativas, para tratamento da questão da revista no âmbito da relação de emprego.

Como se viu, há distinção entre os termos “Direitos Humanos”, “Direitos Fundamentais” e “Direitos de Personalidade”. Todos eles representam a tutela da pessoa humana, porém em cenários diferentes. Enquanto os Direitos Humanos encontram solo fértil no cenário internacional, os Direitos Fundamentais restam consagrados no texto constitucional, relegando aos Direitos de Personalidade a posição de direito infraconstitucional de tutela do ser humano.

Em que pese a importância dos três conceitos, escolheu-se travar a discussão no âmbito constitucional o que acarretou o tratamento do problema através da teoria dos direitos fundamentais. Partiu-se, portanto, da teoria dos direitos fundamentais baseada na constatação de que as normas jurídicas são ou princípios ou regras e que, somente as primeiras, titularizam os direitos fundamentais. Qualquer regra que veicule direito fundamental é, em verdade, uma restrição a um direito fundamental colidente, em face de uma ponderação realizada no âmbito do Poder Legislativo.

O conflito dos direitos fundamentais é solvido através da lei da colisão que, via método da ponderação, estabelece uma precedência condicionada ao caso concreto e sempre com recurso à regra da proporcionalidade. Somente esta regra, permite que se estabeleça a máxima efetividade do direito precedente com o menor sacrifício do direito precedido.

Lado outro, uma teoria de direitos fundamentais desta natureza, por evidente, partiu da relatividade dos direitos fundamentais, com respeito, entretanto, para o núcleo essencial de cada direito fundamental. Definiu-se, portanto, que tal núcleo é fixado com base na teoria do conteúdo essencial relativo e que resta consagrado ainda que num dado caso nada reste de um direito fundamental, desde que o sopesamento tenha se dado com respeito à regra da proporcionalidade.

A teoria dos direitos fundamentais encerrou-se com a opção por uma eficácia indireta dos direitos fundamentais que respeita, ao mesmo tempo, os direitos fundamentais, bem como os direitos de personalidade. Restou, assim, consignado que os direitos fundamentais aplicam-se indiretamente, via incidência dos direitos de personalidade, e que somente incidirão de forma direta em face da omissão do direito privado.

A incidência dos direitos fundamentais no âmbito da relação de emprego justificou-se em face do parágrafo único do art. 8º da CLT que elege o Direito Comum como fonte subsidiária. Ao fazer isso abriu margem para a incidência dos direitos de personalidade na relação de emprego. Incidência, portanto, indireta dos direitos fundamentais na relação de emprego via direitos de personalidade e incidência direta nos casos de omissão.

A questão da incidência dos direitos fundamentais na relação de emprego aparentou resolvida desta forma. Entretanto, viu-se que tanto os direitos fundamentais quanto os direitos de personalidade encontram fundamento na dignidade da pessoa humana.

Aliás, tal dignidade, enquanto valor absoluto e direito fundamental relativo, diga-se, é o principal fundamento da República Brasileira, como se viu. Além de conferir unidade axiológica aos direitos fundamentais, é o próprio suposto que anima a existência dos direitos de personalidade.

A despeito de comparecer na formação dos direitos fundamentais, e de se portar enquanto valor absoluto e enquanto direito fundamental relativo, a dignidade não compromete a escolha por uma teoria relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, eis que o método do sopesamento, para pretender validade, somente pode desenvolver-se sob o pálio da regra da proporcionalidade, como já aventado.

O papel dos direitos de personalidade nesta teoria é bem destacado. Representam, eles, os equivalentes dos direitos fundamentais, entretanto, no âmbito infraconstitucional. Viu-se que os direitos de personalidade apresentam atributos que, ao invés de diferenciá-los dos direitos de personalidade, os aproximam destes direitos.

Para além desta constatação, resta o papel que desempenham no Direito infraconstitucional, muito próximo ao papel preenchido pelos Direitos Fundamentais tanto no âmbito constitucional quanto infraconstitucional. A proximidade entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais é muito grande.

Ambos derivam do principal fundamento da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana. A única distinção que paira entre ambos resta, somente, ao plano de sua incidência. Os direitos fundamentais são oriundos de normas constitucionais ao passo que os direitos de personalidade nascem de normas infraconstitucionais.

Nestes termos, a relação de emprego, bem delimitada pelo preenchimento de seus requisitos fático-jurídicos, encontra-se, vinculada pela necessidade de tutela do ser humano. A já citada norma do art. 8º, parágrafo único da CLT, permite defender a ampla incidência dos direitos fundamentais na relação de emprego.

E, nestes termos, em que pese a proximidade entre os direitos de personalidade e direitos fundamentais é possível inferir, mesmo em respeito à sua diversidade de graus normativos, que toda a discussão é, no fundo, uma discussão acerca de direitos fundamentais. Ou os direitos fundamentais são aplicados indiretamente via direitos de personalidade, ou são aplicados diretamente em face da omissão do Direito Privado.

Sabido, portanto, que o problema da revista deveria ser analisado no plano de uma teoria de direitos fundamentais corretamente fundamentada foi necessário, todavia, empreender algum estudo no sentido de que se pudesse compreender o que há no ordenamento jurídico a conferir ao empregador a faculdade de submeter seus empregados às revistas.

Tal estudo desaguou nos poderes do empregador como sendo a prerrogativa legal que autoriza o empregador a lançar mão de meios de controle do labor humano com evidente especificidade no conhecido poder de controle ou de fiscalização. Distinguiu-se, nestes termos, a revista embasada no critério de segurança pública da revista embasada no critério de defesa de propriedade do empregador, sendo esta o objeto de enfrentamento por este trabalho.

Neste ponto, destacou-se que as revistas são, em verdade, uma busca e que fazem parte do procedimento de busca e apreensão. Uma revista, nestes termos, visa, senão apreender algo da propriedade de outrem clandestinamente ocultado por não proprietário, no mínimo a intimidação do coletivo acerca de possível desrespeito à propriedade do empregador.

A legislação brasileira atual proíbe em seu art. 373-A da CLT a revista íntima, mas deixa a critério hermenêutico jurisdicional a vedação a outros procedimentos de revista, como a busca em pertences pessoais do empregado, o que se faz via recurso ao enunciado 15 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho.

Entretanto, a solução não se apresenta como boa, eis que o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho quanto à questão das revistas é bastante vacilante. Não existe um posicionamento firme, no âmbito da corte máxima trabalhista, de vedação aos procedimentos de revista.

O Direito alienígena, no mesmo sentido, demonstrou vacilante na mesma medida, eis que, oscila entre normas permissivas condicionadas a certos procedimentos. Em tese, continua a tutela meramente repressiva para o resguardo dos direitos fundamentais do empregado no âmbito da relação de emprego.

Para piorar a situação o projeto do Código do Trabalho traz em seu art. 40 permissivo para a revista desde que não abusiva e não violadora da intimidade e da integridade física e

moral do empregado. Embora o dispositivo use a terminologia “é vedado” o modal deôntico ali consagrado é o da permissão.

A norma, senão é um retrocesso, representa o desperdício de boa oportunidade de fazer adotar-se um posicionamento hermenêutico em consonância com a dignidade da pessoa humana e com uma teoria de direitos fundamentais corretamente fundamentada.

Admitir a revista em defesa de propriedade do empregador representa, de um só turno, inversão do fundamento constitucional, pondo-se a tutela da pessoa em segundo plano e a tutela do patrimônio em primeiro plano. Representa, ainda, quebra do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da presunção de inocência, e prática de justiça privada por parte do empregador.

Por tais motivos não há como se admitir com a validade de qualquer procedimento de revistas, eis que vilipendia o valor principal do ordenamento jurídico brasileiro e, em termos de direito fundamental, estabelece uma precedência da propriedade em face da dignidade, invertendo a ordem de valores do sistema jurídico nacional.

Repise-se que o empregador sempre terá outros meios para defesa de sua propriedade, como já citado. O empregador poderá determinar que os empregados usem escaninho o que, por evidente, não poderá revistar. Poderá fornecer uniformes sem bolsos, mas não poderá fiscalizar a troca de roupas dos empregados.

Vislumbra-se, no entanto, que o empregador não tem o menor interesse em dispor de seu dinheiro para respeitar os direitos de seus empregados. Se pode economizar ampliando seu lucro porque gastar mais para respeitar o direito dos outros?

Deflui-se do estudo apresentado a necessidade de reconhecer que a discussão da revista é uma discussão de direitos fundamentais e que, nos termos aqui apresentados, a propriedade não pode prevalecer sobre a dignidade. É chegado o momento de ampliar a tutela da pessoa para uma verdadeira tutela preventiva de remoção do ilícito.

É preciso que o Legislativo opere o sopesamento entre a dignidade do empregado e a propriedade do empregador fixando, via regra, a precedência da dignidade e, por consequência, a vedação de qualquer tipo de revista que tenha por finalidade defesa de propriedade do empregador. Se os empregadores deste país pretendem a defesa de sua propriedade que o façam a custa de seu próprio dinheiro e não da dignidade dos outros.

Para findar, retome-se que o empregador não é ente administrativo, pelo que não pode titularizar poder de polícia a ponto de inspecionar seres humanos. Se tem dúvidas sobre a moralidade de um empregado, ou o demite ou busca, na justiça, a defesa de seus direitos, como fazem todas as pessoas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. São Paulo: Renovar, 2006

ANDRADE, André Gustavo Correia de. *O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e sua concretização judicial*. In Revista Fórum Administrativo: Direito Público. Belo Horizonte, v. 4, n. 43, set. 2004.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987

ANDRÉ, Caroline Franceschi. *Princípio da proporcionalidade*. In BARACAT, Eduardo Milléo. Controle do empregado pelo empregador. Curitiba: Juruá Editora, 2008

ARAUJO, Luis Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, 2000

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito. Introdução e teoria geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

ASSIS, Rui. *O poder de direcção do empregador*. Coimbra: Coimbra, 2005

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2005

ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista de direito administrativo, 215, 1999

BARACAT, Eduardo Miléo. Poder de direcção do empregador: fundamentos, natureza jurídica e manifestações. In BARACAT, Eduardo Miléo (org.). *Controle do empregado pelo empregador*. São Paulo: Juruá

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2009

BARROSO. Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. São Paulo: Renovar, 2002

BARROSO. Luís Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*. Revista dos Tribunais, 23, 1998

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UNB, 2000

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2005

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2000

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista* nº 260700-37.2007.5.09.0001. Min. Relator: Maurício Godinho Delgado. Brasília, 19 de outubro de 2011. Publicado em 28 de outubro de 2011

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista* nº 27800-63.2008.5.01.0262. Min. Relator: Sebastião Geraldo de Oliveira. Brasília, 26 de outubro de 2011. Publicado em 28 de outubro de 2011

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista* nº 1262100-53.2009.5.09.0016. Min. Relator: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Brasília, 19 de outubro de 2011. Publicado em 28 de outubro de 2011

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista* nº 331500-33.2009.5.12.0035. Min. Relator: Vieira de Melo Filho. Brasília, 19 de outubro de 2011. Publicado em 28 de outubro de 2011

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista* nº 90340-49.2007.5.05.0464. Min. Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro. Brasília, 19 de outubro de 2011. Publicado em 28 de outubro de 2011

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista* nº 1008800-02.2009.5.09.0004. Min. Relator: Aloysio Corrêa da Veiga. Brasília, 19 de outubro de 2011. Publicado em 28 de outubro de 2011

CANARIS *apud* SARLET, *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. In *A Constituição Concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 132

CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Lisboa: Almedina, 2009

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

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995

CHALITA, Gabriel. *O poder. Reflexões sobre Maquiavel e Etienne de La Boétie*. São Paulo: RT

CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Buenos Aires: Astrea. 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamento dos direitos humanos*. Disponível em: <http://www.ica.usp.br/artigos>, acesso em 20.09.2011

COMTE-SPONVILLE, André. *A sabedoria dos modernos*. São Paulo: Martins Fontes, 1999

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1994

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: RT, 1970

COUTINHO, Aldacy Rachid. *Poder punitivo trabalhista*. São Paulo: Ltr, 1999

COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. São Paulo: FGV, 2009

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 2002

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2007

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo, LTr, 2006

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2010

DIEGO, Julian Arturo de. *Manual de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002

DRIESEL, Patrícia Méri; e CARDOSO, Sandra Geara. Direitos Fundamentais. In: BARACAT, Eduardo Miléo (org.). *Controle do empregado pelo empregador*. São Paulo: Juruá

DURIG *apud* SARLET, *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. In *A Constituição Concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 122

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008

FERNANDES, Antônio Monteiro. *Direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da faculdade de direito da USP*, São Paulo, 1993, vol. 88

FONSECA, Maria Hemília. *Direito ao trabalho: um direito fundamental*. São Paulo: LTr, 2009

- FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. São Paulo: RT, 1971
- GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2009
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974
- GOMES, Orlando; GOTTSCCHALK, Élson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2005
- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. O sigilo bancário e de dados financeiros e a tutela da privacidade e intimidade. In LOTUFO, Renan (org). *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999
- GONÇALVES, Simone Cruxên. *Limites do jus variandi do empregador*. São Paulo: LTr
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000
- GRONDONA *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 145
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *O princípio da proporcionalidade*. Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19640/O_Princ%C3%ADpio_Constitucional_da_Proporcionalidade.pdf?sequence=1 Acesso em 08.09.2011 às 22:31
- HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho*. São Paulo: Atlas, 2009
- HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, intimidad y própria imagem*. Madri: Colex, 1990
- JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos de personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000
- JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do trabalho*. Tomo I, São Paulo: Lumen Juris
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2003
- LACERDA, Rosângela Rodrigues Dias de. *Teoria dos princípios em Dworkin*. Revista do Ministério Público do Trabalho, nº 39, Março de 2010
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. Belo Horizonte: Landy, 2002

LEMOS, Alessandro Medeiros. *Revista de pertences de empregados*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/12559/revista-de-pertences-de-empregados/3>, acesso em 13 de dezembro de 2010

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT

LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. *O direito à identidade genética do ser humano*. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Portugal, 2000

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Direito ao sossego. In LOTUFO, Renan. *Cadernos de direito civil constitucional*. São Paulo: Juruá, 2001

LUÑO, Antônio Henrique. *Los derechos fundamentales*. Madri: Tecnos, 1993

MAGANO, Octavio Bueno. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982

MALLET, Estevão. *Direito, trabalho e processo em transformação*. São Paulo: Ltr, 2005, p. 28

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *La dignidade de la persona desde la filosofia del derecho*. Madri: Dykinson, 2003

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011

MELGAR, Alfredo Montoya. *Derecho del trabajo*. Madri: Tecnos, 2005

MESQUITA, Luiz José de. *Direito disciplinar do trabalho*. São Paulo: Saraiva

MINARDI, Fábio Freitas. A síndrome de burnout e os limites do poder do empregador na sociedade pós-moderna. In: BARACAT, Eduardo Miléo (org.). *Controle do empregado pelo empregador*. São Paulo: Juruá

MIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2005

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. V. IV, p. 336

MIRANDA, Rosângelo Rodrigues. *A proteção constitucional da vida privada*. São Paulo: Editora de Direito, 1996

MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à lei de imprensa*. São Paulo: RT, 1994

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Buenos Aires: Editorial e Libreria Goncourt, 1519

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. São Paulo: Renovar, 2010

MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana*.

MULLER *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 146

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2009

NASSARO, Adilson Luis Franco. *A busca pessoal e suas classificações*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/9608/a-busca-pessoal-e-suas-classificacoes>, acesso em 13 de dezembro de 2010

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002

PATRUNI, Patrícia Mauad. Tutela do interesse do empregador. In BARACAT, Eduardo Miléo (org.). *Controle do emprego pelo empregador*. São Paulo: Juruá

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Curso de direito constitucional do trabalho*. São Paulo: Juspodivm, 2009

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constituaional*. Caderno de Direito Constitucional. EMAGIS, 2006

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007

ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. São Paulo: Lumen Juris, 2010

ROTHEMBURG, Walter Claudius. Direito Constitucional. *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo: RT, 2000

SABINO, João Filipe Moreira Lacerda. *Os direitos fundamentais nas relações de trabalho*. In Revista do Ministério Público do Trabalho, n° 39, março de 2010

SANSEVERINO, Luiza Riva. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 1976

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>, acesso em 06.09.2011

SANTOS, Washington dos. *Dicionário Jurídico Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

SARLET, *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. In *A Constituição Concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. São Paulo: Lumen juris, 2008

SBRISSIA, Maria Fernanda; e SILVA, Marilza Lima. Tutela do interesse público. In: BARACAT, Eduardo Miléo (org.). *Controle do empregado pelo empregador*. São Paulo: Juruá

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2010

SILVA, Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. In *Revista dos Tribunais*, 798, 2002

SIMON, Sandra Lia. Revistas pessoais: direito do empregador ou desrespeito aos direitos humanos fundamentais do empregado? In: *Revista do TST*. Brasília, vol. 69, nº 2, jul/dez 2003

SERRA & SERRA ADVOGADOS ASSOCIADOS. Muito cuidado com revista íntima. Disponível em: <www.sindiregio.com.br/noticias.asp?idNoticia=21>. Acesso em: 28 de outubro de 2011.

TOBEÑAS. José Castan. *Los Derechos de la Personalidad*. Madri: Reus, 1952

VIANNA, Márcio Túlio. *Direito de resistência*. São Paulo: Ltr, p. 1996

VIALARD, Antônio Vasquez. *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. *Relação de emprego, estrutura legal e supostos*. São Paulo: Ltr, 2005

WEBER *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 144