

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

RAFAEL BALDINO ITAQUY

OS DIREITOS DE PERSONALIDADE DO EMPREGADO COMO LIMITAÇÃO
AO PODER FISCALIZATÓRIO DO EMPREGADOR

Porto Alegre
2011

RAFAEL BALDINO ITAQUY

**OS DIREITOS DE PERSONALIDADE DO EMPREGADO COMO LIMITAÇÃO
AO PODER FISCALIZATÓRIO DO EMPREGADOR**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como cumprimento de requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dra. Luciane Cardoso Barzotto

Porto Alegre
2011

RAFAEL BALDINO ITAQUY

**OS DIREITOS DE PERSONALIDADE DO EMPREGADO COMO LIMITAÇÃO
AO PODER FISCALIZATÓRIO DO EMPREGADOR**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como cumprimento de requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: ____ de _____ de ____

Conceito: ____

Banca examinadora:

Prof^a. Dra. Luciane Cardoso Barzotto
Orientadora
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Prof. Dr. Glênio José Wasserstein Hekman
Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

Prof. Me. Francisco Rossal de Araújo
Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

Porto Alegre, 05 de dezembro de 2011.

À minha família e amigos.

*“Mais do que máquinas,
precisamos de humanidade.”*

Charles Chaplin.

RESUMO

A presente monografia versa sobre os limites impostos pelos direitos de personalidade dos empregados, em especial a honra, a intimidade e a privacidade, ao poder de fiscalização do empregador. Dividido em duas grandes partes, de início discorrer-se-á sobre o princípio da dignidade da pessoa humana como base do nosso sistema constitucional e demonstrar-se-á, brevemente, a evolução da concepção do trabalho humano: do castigo à valorização. A monografia, ainda no seu primeiro capítulo e no afã da dignificação do labor humano, tratará do fenômeno conhecido como constitucionalismo social, em especial o direito ao trabalho a partir da segunda década do Século XX. Encerrar-se-á a primeira parte com uma análise acerca dos direitos de personalidade, trazendo os conceitos e características daqueles mais relevantes ao objetivo ora proposto, e com um detido estudo sobre a Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, do Professor Ingo Wolfgang Sarlet, objetivando demonstrar a sua aplicabilidade direta às relações entre indivíduos, especialmente às relações de trabalho. Em seguida, na segunda grande parte do trabalho, analisar-se-á especificamente o poder empregatício, especialmente o poder de controle, discorrendo sobre as principais teorias a respeito de seus fundamentos e de sua natureza jurídica, com a finalidade de elucidar as prerrogativas empresariais derivadas dessa direção. Culmina a monografia nas diversas formas de manifestação do poder de fiscalização, como o controle do correio eletrônico do obreiro, as revistas íntimas e pessoais e a utilização de circuito interno de televisão nas dependências da empresa. Mostrará, também, o trabalho a posição da doutrina e da jurisprudência acerca dos limites dessa fiscalização, bem como o posicionamento do autor a respeito do tema.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Direitos de personalidade. Poder empregatício. Fiscalização. Limites.

Sumário

INTRODUÇÃO	7
1. OS DIREITOS DE PERSONALIDADE DOS TRABALHADORES E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	10
1.1. A dignidade da pessoa humana como princípio nuclear do sistema constitucional brasileiro	10
1.2. O direito ao trabalho e a dignidade humana: do trabalho-castigo ao trabalho-direito	16
1.2.1. A evolução do trabalho humano	18
1.3. Os direitos de personalidade.....	28
1.3.1. Os direitos de personalidade na Constituição Federal de 1988 e os direitos fundamentais	30
1.3.2. Os direitos de personalidade dos empregados	33
1.4. O constitucionalismo social	37
1.5. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares	42
2. O PODER FISCALIZATÓRIO DO EMPREGADOR E REFLEXÕES CONCRETAS	52
2.1. O poder empregatício: denominação e conceitos	54
2.2. Fundamentos do poder empregatício: breve análise das teorias predominantes.....	57
2.3. O debate teórico a respeito da natureza jurídica do poder empregatício ..	62
2.4. A fiscalização como uma forma de manifestação do poder empregatício e a necessidade de lhe impor limites	65
2.4.1. Os meios de manifestação do poder fiscalizatório	73
2.4.1.1. Fiscalização do correio eletrônico do empregado	74
2.4.1.2. Revista íntima e pessoal.....	83
2.4.1.3. Circuito interno de televisão	95
CONCLUSÃO.....	98
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	101

INTRODUÇÃO

Tratar de “poder” é sempre tarefa árdua e espinhosa em virtude do sentido multiforme e impreciso que assume, conforme o ponto de vista a partir do qual o examinamos: do dominante, ou do dominado.

Dentre as diversas facetas de manifestação do fenômeno do poder no mundo contemporâneo, especial relevância merece aquela que ilumina a relação de emprego, consistindo em elemento indispensável à compreensão dos sistemas de produção e trabalho. O poder, na atividade de labor, ao mesmo tempo em que sofre influência das outras formas de exteriorização do fenômeno, influencia o próprio processo de democratização, tendo em vista a relação entre os particulares e a mútua manifestação de vontade contratual.

Em razão disso, o estudo do poder empregatício mostrar-se de profunda relevância, especialmente no que se refere aos limites de sua atuação, já que se trata da ilustração democrática e social de um fenômeno global: o fenômeno do poder.

Contudo, a essencialidade do estudo do poder do empregador é proporcional à sua complexidade, já que envolve, além do sentido ontológico da palavra, a sua contextualização na relação de emprego, o que implica a tarefa de estudar a sua própria legitimação. Até que ponto se manifesta o poder de direção do empregador? O fato de ser ele o dono do empreendimento e arcar com os riscos do negócio autorizam-no a aplicar quaisquer medidas ao lucrativo desenvolvimento das atividades da empresa? Essas são algumas das inúmeras questões que o estudo nos traz, especialmente quando analisados sob a ótica do capitalismo contemporâneo, sempre voltado à riqueza e aos rendimentos. A análise, pois, do poder de direção do empregador possui significativa amplitude, já que percorre os seus conceitos, fundamentos, natureza jurídica e, principalmente, limites.

Felizmente, encontram-se superadas as perspectivas das civilizações antigas e medievais, em que o trabalho era visto como sinônimo de castigo. Parece-nos não haver dúvida de que, hoje, o labor é atividade essencial, que dignifica o ser humano e lhe dá condições sociais e econômicas de viver honradamente em grupo. O direito social ao trabalho, insculpido no artigo 6º da

Constituição Federal de 1988, deve ser lido como “direito a ter trabalho”, mas não qualquer um: o trabalho como direito fundamental é aquele que respeita a condição humana do obreiro, ou seja, o trabalho digno.

Restam expostos, portanto, as duas faces da moeda: de um lado, o poder de direção do empregador, que, através da fiscalização sobre as atividades dos obreiros, busca ver respeitado o seu direito constitucional de propriedade (artigo 5º, XXII, Constituição Federal de 1988) e guia os serviços à consecução dos objetivos empresariais; de outro lado, os direitos fundamentais dos empregados, especialmente os personalíssimos e o princípio da dignidade humana, que conferem ao indivíduo, mesmo na subordinada relação de emprego, garantias intransponíveis. Eis o conflito que tentaremos pacificar pelo menos parcialmente, já que a elucidação completa do tema seria pretensão inatingível, em razão da sua imensidão.

A discussão acerca da limitação do poder de fiscalização do empregador pelos direitos de personalidade do empregado, tema central deste trabalho, ganha corpo especialmente a partir do século XX, quando o aperfeiçoamento da tecnologia passou a fazer parte da relação entre empregado e empregador. Através do *e-mail*, por exemplo, é possível a comunicação instantânea e de baixíssimo custo entre duas pessoas localizadas em continentes distintos. Inegavelmente, o correio eletrônico incorporou-se no ambiente laboral de forma definitiva, em razão dos inúmeros benefícios que traz ao empregador. Entretanto, deve ser sempre salientado e discutido o âmbito da legitimidade do controle sobre esse instrumento de trabalho, uma vez que o irrestrito acesso do empregador pode ferir os direitos fundamentais e personalíssimos de intimidade e privacidade do obreiro.

O confronto entre a dignidade, honra e intimidade do empregado, e o direito de propriedade e poder de direção do empregador também se manifesta nas conhecidas práticas de revista pessoal. É permitido esse tipo de procedimento com finalidade de salvaguardar o patrimônio empresarial? Tornam-se cada vez mais corriqueiras as notícias de empresas condenadas pelos Tribunais trabalhistas ao pagamento de indenização por danos morais causados pelo uso abusivo desse procedimento. Tentaremos elucidar a questão, colacionando diversos julgados que ilustram o posicionamento da

jurisprudência majoritária e transcrevendo a opinião dos melhores doutrinadores do assunto.

O assunto deve ser, portanto, tratado com cuidado e parcimônia, o que pretendemos fazer nesta monografia, tendo sempre em vista o respeito que todo ser humano merece, independentemente de fazer parte de uma relação jurídica particular, que é a relação de emprego. O equacionamento dos direitos do empregador e do empregado é inevitável, preferencialmente em um contrato que tem por característica intrínseca a subordinação deste àquele, sob o risco de eliminarmos por completo garantias fundamentais, fruto de séculos de reivindicações.

1. OS DIREITOS DE PERSONALIDADE DOS TRABALHADORES E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

1.1. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO NUCLEAR DO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Em que pese não seja o objetivo específico e imediato deste trabalho, é importante, antes de discorrer acerca da dignidade da pessoa humana, tecer alguns comentários a respeito do conceito jurídico de princípios.

Nesse diapasão, eis os ensinamentos do professor Humberto Ávila, em sua aclamada obra *Teoria dos Princípios*¹:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Igualmente esclarecedora é a lição de Celso Antônio Bandeira de Melo²:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Feita a necessária conceituação jurídica dos princípios, cumpre também observar como os mesmos agem e quais as suas funções. Para isso, adotaremos os ensinamentos de Maurício Godinho Delgado, que, em artigo intitulado *Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e da Proporcionalidade*, defende a existência de uma dupla função, conforme a fase em que se manifestam.

Na fase pré-jurídica, de natureza essencialmente política, os princípios existentes agem no processo de construção das novas regras, por influência teórico-ideológica. Desse modo, os princípios, sejam eles gerais ou específicos de um determinado ramo normativo, tendem a influenciar o legislador na

¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 8ª Edição. São Paulo : Editora Malheiros, 2008.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1981.

criação das normas, agindo como verdadeiras fontes materiais de Direito. Na fase jurídica, por sua vez, quando já consumada a elaboração da norma, os princípios regem as condutas sociais, cumprindo, conforme o mencionado autor, o seu papel mais relevante.

Traçados esses comentários iniciais a respeito do conceito, da função e do modo de agir dos princípios, a dignidade da pessoa humana surge como valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional³, ou seja, é o princípio basilar do Direito Constitucional contemporâneo e alcança todos os demais ramos da ordem jurídica. Contudo, o que é dignidade? Em que consiste o princípio da dignidade da pessoa humana?

A doutrina diverge a respeito da possibilidade de conceituar a dignidade da pessoa humana. Há doutrinadores, por um lado, que rejeitam qualquer tipo de definição, por envolver a análise de diversos aspectos, principalmente de ordem subjetiva, que requerem apreciação perante um caso concreto.

Realmente, a definição da dignidade da pessoa humana é tarefa complexa, da qual a doutrina e a jurisprudência divergem. O constitucionalista português José Gomes Canotilho⁴, por exemplo, associa a dignidade da pessoa humana à forma republicana de governo:

Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos), a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República.

(...)

Por último, a dignidade da pessoa humana exprime a abertura da República à idéia de comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico. O exposto reconhecimento da dignidade da pessoa humana como núcleo essencial da República significará, assim, o *contrário* de “verdades” ou “fixismos” políticos, religiosos ou filosóficos.

A mesma associação é feita por José Luiz Quadro de Magalhães⁵ ao tecer comentários acerca do artigo 1º da Constituição Federal de 1988⁶:

³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª Edição. São Paulo : Editora Saraiva, 2009.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Edição. Coimbra : Editora Almedin, 2000.

⁵ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Artigo 1º. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2009.

Para a compreensão deste princípio constitucional temos que remeter o leitor à leitura dos conceitos anteriores de cidadania e República. A dignidade com sua necessária compreensão histórica é condição primeira para a existência de cidadãos em uma República.

A historicidade do conceito é seu elemento fundamental: dignidade é um conjunto de condições sociais, econômicas, culturais e políticas que permitem que cada pessoa possa exercer seus direitos com liberdade e esclarecimento consciente, em meio a um ambiente de respeito e efetividade dos direitos individuais, sociais, políticos e econômicos de todos e cada uma das pessoas.

Ives Gandra Martins Filho⁷, por sua vez, assim discorre a respeito da dignidade da pessoa humana:

A dignidade é essencialmente um atributo da pessoa humana: pelo simples fato de 'ser' humano, a pessoa merece todo o respeito, independentemente de sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição social e econômica. Nesse sentido, o conceito de dignidade da pessoa humana não pode ser relativizado: a pessoa humana, enquanto tal, não perde sua dignidade quer por suas deficiências físicas, quer mesmo por seus desvios morais.

(...)

Com efeito, a idéia da dignidade da pessoa humana está na base do reconhecimento dos direitos humanos fundamentais. Só é sujeito de direitos a pessoa humana.

(...)

Portanto, a dignidade da pessoa humana, como ser superior a todo o universo material, impõe o respeito ao ser humano, desde a concepção e até a sua morte natural, não se admitindo tergiversações que, relativizando os mais básicos direitos fundamentais, dê azo à instauração de uma sociedade calcada no direito do mais forte.

Outrossim, impossível falar no princípio da dignidade da pessoa humana sem mencionar o filósofo alemão Immanuel Kant⁸, primeiro a reconhecer que ao homem, considerado um fim em si mesmo, não se pode atribuir preço, visto que se trata de um ser racional dotado de autonomia. Consoante a filosofia kantiana, no reino dos fins, tudo tem preço ou dignidade, de sorte que aquilo que possui preço pode ser substituído por outro equivalente. Todavia, quando

⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁷ MARTINS FILHO, Ives Gandra. Direitos fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. Tratado de Direito Constitucional, Vol 1. São Paulo : Editora Saraiva, 2010.

⁸ KANT, Immanuel. Fundamentos da Metafísica dos Costumes. Rio de Janeiro : Editora Ediouro, 1995.

algo está acima de qualquer preço e não permite substituição por equivalentes ou comparação, diz o filósofo que ela possui dignidade. Nessa senda, como o ser humano é o único ser racional dotado de autonomia, capaz de fazer suas próprias escolhas, também é considerado o único portador de dignidade.

Percebemos, portanto, que conceituar a dignidade da pessoa humana é tarefa árdua. Em que pese a dificuldade de definição, é certo que o referido princípio é a base do Direito Constitucional moderno, traduzindo a idéia de que o ser humano é o valor central do Estado e do Direito, independente de suas convicções políticas ou religiosas, de sua capacidade econômica ou de sua integridade física.

No sistema jurídico brasileiro, a Constituição de 1946 foi a primeira a mencionar a dignidade da pessoa humana no parágrafo único do seu artigo 145⁹, porém apenas relacionada ao trabalho. Além de restringi-la ao aspecto laboral, a Carta Magna de 1946, conforme a lição de Maurício Godinho Delgado¹⁰, não lhe conferia status de princípio ou fundamento da ordem juspolítica e social do país.

O mesmo fez as Constituições autocráticas de 1967 e 1969, mantendo restrita à área do trabalho a menção à dignidade humana, que se tornou princípio basilar do ordenamento jurídico e fundamento do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito tão somente com a inovadora Constituição Federal de 1988. De acordo com o já citado artigo do Ministro Maurício Godinho Delgado¹¹, o princípio da dignidade da pessoa humana alçou ao núcleo do sistema constitucional, político e social brasileiro, de modo que *“passa a dignidade a ser, portanto, princípio (logo, comando jurídico regente e instigador). Mas não só: é princípio fundamental de todo o sistema jurídico”*.

Logo o artigo 1º da Carta Magna vigente (sob o Título I: Dos Princípios Fundamentais), em seu inciso III¹², dispõe que a dignidade da pessoa humana

⁹ Art 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.

¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário. Porto Alegre, Ano II, nº 12. Mai/Jun, 1996.

¹¹ Ibidem.

¹² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. O artigo 170, por sua vez, sob o Título VII (Ordem Econômica e Financeira), também se reporta à dignidade humana ao impor que a ordem econômica tem por objetivo assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social¹³. Por fim, em seu artigo 193¹⁴, que cuida da Ordem Social, a nossa Constituição Federal afirma a dimensão social da dignidade da pessoa humana.

O Juiz Rubens Fernando Clamer dos Santos Júnior bem esclarece que os princípios fundamentais encontram lugar de destaque na Carga Magna de 1988, primeira a dedicar-lhes um título exclusivo. Leciona o autor que os mesmos ocupam posição privilegiada no texto constitucional: logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais, *“o que demonstra a clara intenção do legislador em dar significativo relevo para esta matéria, tendo como objetivo estabelecer as normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive dos direitos fundamentais”*¹⁵.

Percebe-se, pois, que o princípio da dignidade da pessoa humana deixou de ser valor unicamente moral, para se transformar em norma jurídico-positiva, incumbindo ao Estado a sua preservação e proteção. Além disso, o respeito à dignidade humana, conforme a lição de José Felipe Ledur¹⁶, direito inviolável e inalienável, converteu-se em princípio norteador da ação estatal. Todavia, não apenas com o objetivo de proteger o particular frente ao Estado, mas dar a esse deveres positivos para a sua proteção.

No que diz respeito a esse dispositivo, observem-se os ensinamentos de Ana Cláudia Redecker¹⁷:

Ao prescrever no artigo 193 o fundamento e o objetivo da ordem social, o constituinte procurou harmonizar a matéria com aqueles princípios da ordem econômica (insculpidos no art. 170), sob pena de se tornar um dos objetivos impossíveis, fundados na valorização do trabalho

¹³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios

¹⁴ Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais

¹⁵ SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. A eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores. São Paulo : LTR. São Paulo, 2010.

¹⁶ LEDUR, José Felipe. A Realização do Direito ao Trabalho. Porto Alegre : Editora Sergio Fabris, 1998.

¹⁷ REDECKER, Ana Cláudia. Artigos 193 e 194. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2009.

humano, assegurando a todos uma existência digna, conforme ditamos do bem-estar e da justiça social.

No plano internacional, a mais importante referência ao princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovado pela ONU em 10/12/1948, cujo preâmbulo assim inicia: “*Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo*”. Ademais, em seu artigo 1º, dispõe a Declaração de 1948 que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

Consoante José Cláudio Monteiro de Brito Filho¹⁸, que comenta o artigo 1º acima referido da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o dispositivo demonstra que a dignidade deve produzir efeitos no plano material, impondo obrigações ao Estado e a toda a sociedade.

Por fim, outros exemplos de referências ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana podem ser encontrados nas Constituições Alemã, de 1949, Lusitana, de 1976, e Espanhola, de 1978. A Carta Magna germânica determina, em seu artigo 1º, que “*a dignidade é inviolável. Considerá-la e protegê-la é obrigação de todo poder estatal*”. A Lei Maior portuguesa, igualmente em seu dispositivo inicial, estabelece que “*Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana...*”. Finalmente, a Constituição da Espanha dispõe, em seu artigo 10, que “*a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, (...) são fundamento da ordem política e da paz social*”.¹⁹

Essa elevação do princípio da dignidade da pessoa humana ao status de núcleo do sistema constitucional nos países democráticos é percebida com grande força a partir da Segunda Guerra Mundial. O constitucionalista espanhol Francisco Fernández Segado²⁰, lecionando acerca do mencionado princípio

¹⁸ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho Decente. São Paulo : Editora LTR, 2004.

¹⁹ LEDUR, José Felipe. A Realização do Direito ao Trabalho. Porto Alegre : Editora Sergio Fabris, 1998.

²⁰ SEGADO, Francisco Fernández. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Jurisdição e Direitos Fundamentais, Vol 1, Tomo 2. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

como valor supremo do seu ordenamento jurídico pátrio e como fonte de todos os direitos, ensina:

Uno de los rasgos sobresalientes del constitucionalismo de la segunda postguerra es la elevación de la dignidad de la persona a la categoría de núcleo axiológico constitucional, y por lo mismo, a valor jurídico supremo del conjunto ordinamental, y ello con carácter prácticamente generalizado y em ámbitos sócio-culturales bien dispares (...). Los horrores de la Segunda Guerra Mundial impactarían de tal forma sobre el conjunto de la humanidad, que por doquier se iba a generalizar um sentimiento de rechazo, primero, y de radical rectificación después (...).

Em que pese o valor e a dimensão dados à dignidade da pessoa humana, de fundamental importância é a lição de Rubens Fernando Clamer dos Santos Júnior, mencionando o magistério de Ingo Wolfgang Sarlet, no sentido de que a aplicação desvirtuada desse princípio pode acabar por banalizá-lo. Eis a relevância de referir que não é qualquer conduta que viola a dignidade do homem, mas apenas aquelas que o colocam na condição de objeto, de coisa.

Ultrapassando o limite no uso de determinado poder, conseqüentemente estará sendo afrontada a dignidade da vítima do excesso cometido. Por conseqüência, a limitação do poder é uma imposição; caso contrário, o homem poderá ser vítima do arbítrio e de injustiças, podendo o poder ser exercido dentro dos limites legais e com boa dose de razoabilidade, em observância ao princípio da proporcionalidade.

1.2. O DIREITO AO TRABALHO E A DIGNIDADE HUMANA: DO TRABALHO-CASTIGO AO TRABALHO-DIREITO

O economista francês Jean Fourastié, pesquisando acerca da finalidade do trabalho, constatou que à pergunta “Por que trabalhamos?” 95% dos pesquisados, na França, responderam “para ganhar dinheiro”. Essa resposta não está totalmente errada, porém é superficial, não atingindo o âmago da questão. A remuneração é um dos efeitos do trabalho, contudo não é o único. Assim, nas palavras do próprio economista, *“trabalhamos para transformar a natureza, que satisfaz pouco ou nada às necessidades humanas, em elementos artificiais que supram essas necessidades; trabalhamos para*

*transmutar o mato em trigo, depois em pão, e as pedras em aço e depois em automóveis*²¹.

Parece-nos correta a idéia lançada por Irany Ferrari²², segundo a qual a vida não subsiste sem os meios necessários para a existência humana. E é justamente o trabalho que tem por finalidade fazer com que o homem obtenha os bens indispensáveis para o pleno exercício do direito à vida. Dessa maneira, consoante o citado doutrinador, é através do trabalho que o homem se auto-realiza e se auto-define.

Como vimos, o inciso III do artigo 1º da Constituição Federal elenca a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, enquanto que o inciso IV do mesmo dispositivo cuida do valor social do trabalho, também erigido ao status de fundamento da República. Além disso, o artigo 170 da Carta Magna relaciona a valorização do trabalho humano à existência digna. Comparando ambos os dispositivos, conclui-se que a dignidade da pessoa humana não se perfectibiliza sem que o trabalho humano seja adequadamente valorizado. Em outras palavras, a nossa Lei Maior cuidou do trabalho como um valor social, responsável pela dignificação do ser humano.

Não é diferente o entendimento do Desembargador José Felipe Ledur, que, em sua já citada obra “A realização do direito ao trabalho”²³, defende a existência de laços indissolúveis entre a dignidade da pessoa humana e o direito ao trabalho justamente remunerado, de sorte que o desemprego seria um estado de indignidade do ser humano só superável mediante a possibilidade de trabalhar para obter o necessário para viver.

Nos dizeres de Alceu Amoroso Lima²⁴:

O trabalho é um valor do espírito. O capital, um valor da matéria. É só os que não fazem distinção entre espírito e matéria ou os que colocam a matéria acima do espírito, é que podem negar a subordinação do capital ao trabalho. Este é a própria pessoa em ação, ao passo que aquele é apenas o fruto material do trabalho ou de outras formas de aquisição da propriedade. O trabalho faz parte da dignidade substancial da natureza humana.

²¹ SANCHES, Gislene. Dano moral e suas implicações no direito do trabalho. São Paulo : Editora LTR, 1997.

²² FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. História do trabalho, do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho. São Paulo : Editora LTR, 1998.

²³ LEDUR, José Felipe. A Realização do Direito ao Trabalho. Porto Alegre : Editora Sergio Fabris, 1998.

²⁴ LIMA, Alceu Amoroso. O trabalho no mundo moderno. 2ª Edição. Rio de Janeiro : Agir Editora, 1967.

No mesmo sentido, leciona Miguel Reale²⁵:

Não resta dúvida que constitui inegável valor a conquista de um conceito de trabalho como dimensão ou projeção essencial do homem, quer considerado individualmente, quer como fator integrante da comunidade. Desse duplo aspecto do problema resulta a concomitante compreensão do trabalho como direito individual e dever social.

João Walge da Silveira Noronha, em artigo intitulado “A valorização do trabalho como condição de dignidade humana”²⁶, publicado na Revista Direito & Justiça, assim conclui:

Entendemos que o significado do trabalho no contexto da personalidade humana caracteriza-se como o objeto de sua exaltação. O que mais enaltece a personalidade humana é o trabalho realizado com plena dignidade. Ele é causa enaltecadora da personalidade do homem, além de ser, também, causa fundamental, criadora e multiplicadora de riqueza e meio de adequação da natureza para a realização das satisfações humanas.

A Lei Maior brasileira elenca o trabalho dentre os direitos sociais previstos no seu artigo 6º²⁷. Aqui, trata o constituinte do direito ao trabalho como direito fundamental de segunda geração, tendo o Estado o dever de atuar ativamente para a sua concretização. Dessa maneira, a dignidade da pessoa humana não é princípio que deva ser associado tão somente às liberdades negativas, isso é, aos direitos fundamentais de primeira geração. A esse respeito, afirma o alemão Robert Alexy que “*la libertad negativa es una condición necesaria pero no suficiente de la dignidad humana*”²⁸.

1.2.1. A EVOLUÇÃO DO TRABALHO HUMANO

A concepção do trabalho como direito fundamental de segunda geração, positivado em nossa Constituição Federal como direito social, e elemento de dignificação do ser humano é idéia que remonta há tempos modernos. Ao

²⁵ REALE, Miguel. Tendências do direito do trabalho contemporâneo. São Paulo : LTR, 1980.

²⁶ NORONHA, João Walge da Silveira. A valorização do trabalho como condição de dignidade humana. Revista Direito & Justiça. Porto Alegre, Ano XXII, Vol. 22, Nº 21, 2000.

²⁷ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

²⁸ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

contrário da concepção atual, em que dar trabalho em condições decentes é uma forma de proporcionar ao homem os direitos que decorrem de sua dignidade, o labor, durante a imensa maioria da existência humana, trazia consigo a idéia de castigo, de sofrimento e de pena.

O objetivo deste item é, em que pese a imensidão do assunto, fazer uma breve análise a respeito da evolução da concepção do trabalho, ou seja, como o labor transformou-se de sinônimo de castigo (trabalho-castigo) em direito social constitucionalmente previsto, essencial para a existência e dignidade do homem.

A) A escravidão:

Como bem aponta a professora Carmen Camino²⁹, as relações de trabalho desenvolvidas na antiguidade (período histórico compreendido entre o surgimento da escrita cuneiforme – cerca de 4.000 a.C – e a tomada do Império Romano Ocidental – 476 d.C) não possuem nenhuma correlação direta com o atual cenário do Direito do Trabalho. No mundo antigo, o trabalho humano era associado à idéia de castigo, de sacrifício diante dos Deuses, de pena, o que legitimou inclusive a existência da escravidão.

Já no século IV a.C., Ésquilo, dramaturgo grego considerado o “pai da tragédia”, em sua obra clássica Prometeu Acorrentado³⁰ disse: *“Todos os trabalhos são desagradáveis, menos o do rei dos deuses, pois ninguém é livre senão Zeus”*. Igualmente, Aristóteles, em A Política³¹, discorre acerca da diferença entre os escravos e os homens livres, alegando que a distinção subsiste em alguns seres *“sempre que igualmente pareça útil e justo para alguém ser escravo, para outrem mandar; pois é preciso que aquele obedeça e este ordene segundo seu direito natural, isto é, com uma autoridade absoluta.”*

Sob a ótica do direito romano, o escravo era considerado coisa (*res*), e não pessoa, podendo o seu proprietário vendê-lo, trocá-lo e dele se utilizar como melhor lhe aprouvesse³². O sistema escravista de trabalho, universal em grande número das civilizações da Idade Antiga, foi o responsável pela

²⁹ CAMINO, Carmen. Direito Individual do Trabalho. 4ª Edição. Porto Alegre : Editora Síntese, 2003.

³⁰ ÉSQUILO. Prometeu Acorrentado. São Paulo : Editora Martin Claret, 2010.

³¹ ARISTÓTELES. A Política. São Paulo : Editora Martin Claret, 2008.

³² SÜSSEKIND, Arnaldo. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro : Editora Renovar, 2002.

consolidação da economia e edificação das sociedades romana, grega, mesopotâmica, etc.

Outra característica importante do trabalho escravo, embora evidente, é a sua compulsoriedade, no sentido de que independia da vontade do trabalhador. Como dizia o próprio brocardo romano, “*os escravos nascem ou são feitos*”, denotando a ausência de voluntariedade no regime escravocrata.

Todavia, em que pese a sociedade antiga ter se estruturado com base no sistema de trabalho escravista, não se pode dizer que inexistiam trabalhadores livres. Ao lado dos escravos, encontravam-se diversos homens livres que desenvolviam trabalho autônomo, como camponeses e artesãos, principalmente.

Segundo a lição da Professora Carmen Camino³³

Ao lado do trabalho escravo, a Antiguidade também conheceu o trabalho livre. Segadas Vianna aponta como os primeiros trabalhadores assalariados os escravos libertos por gratidão ou disposição de vontade de seus amos, ou em comemoração a datas festivas. Ao lado destes, perfilavam-se os homens livres do povo – camponeses, artesãos e operários – não raro em situação econômica precária, a ponto de se verem obrigados a vender seus filhos como escravos ou eles próprios se submeterem à escravidão.

Igualmente esclarecedores são os escritos de Arnaldo Süssekind³⁴:

A prevalência dos regimes da escravidão e, em menor escala, o da servidão, não excluiu, na antiguidade, o trabalho autônomo dos artesãos e a contratação da prestação de serviços dos artífices. Aliás, o Código de *Hammurabi*, adotado na Babilônia no século XXI a.C., dispôs sobre condições para a prestação do trabalho livre, inclusive salário, regulamentou o trabalho em várias profissões, tratou da aprendizagem etc. Muito mais tarde, as *hetairidas* gregas e os *collegia* romanos reuniram trabalhadores livres, com finalidades sobre as quais ainda perdura ampla controvérsia: cooperativa de trabalho ou associações assistenciais?

B) O trabalho servil:

A idade média, por sua vez, é período histórico que se inicia a partir da fragmentação do Império Romano, em 476 d.C., perdurando por cerca de dez séculos, até a tomada de Constantinopla pelo império turco-otomano em 1453. Esse longo período da história da humanidade é caracterizado pelo

³³ CAMINO, Carmen. Direito Individual do Trabalho. 4ª Edição. Porto Alegre : Editora Síntese, 2003.

³⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro : Editora Renovar, 2002

surgimento, apogeu e declínio de um sistema econômico, social e político chamado de feudalismo, bem como a crescente aquisição de poder por instituições como a Igreja e as corporações de ofício.

Durante o feudalismo, a principal relação de trabalho era a servidão, estabelecida entre o Senhorio, proprietário do feudo³⁵, e o trabalhador, responsável por cultivar a terra de seu amo.

A servidão, por um lado, emanava da propriedade da terra do senhor feudal, também chamado de “senhor da gleba”; por outro, da obrigação do servo (também chamado de “servo da gleba”) de cuidá-la e trabalhá-la. Ao contrário da Idade Antiga, esses trabalhadores não eram mais considerados escravos, já que não lhes era mais conferido o tratamento jurídico de coisa (*res*), como no direito romano. Todavia, ainda não podiam ser classificados como homens livres, uma vez que estavam juridicamente vinculados à terra colonizada, juntamente com seus familiares. Tornavam-se, assim, parceiros obrigatórios do senhor feudal³⁶.

No que diz respeito à relação de trabalho servil, esclarecedora é a lição da Professora Carmen Camino:

Os servos não eram livres, mas se diferenciavam dos escravos por não serem simples objeto de direito. Embora miseráveis e submetidos a toda sorte de restrições, tinham assegurados alguns poucos e inexpressivos direitos: uso dos pastos, herança de objetos pessoais e animais, geralmente absorvidos.

Além do trabalho servil nos feudos do senhor, merecem suma importância as corporações de ofício. Tratava-se de associações de artesãos de um mesmo ofício e cidade, que tinham por objetivo defender a qualidade do produto e o justo preço, bem como evitar a concorrência de outros artesãos, já que a abertura de novas oficinas de produção dependia do aval da corporação local. Além disso, o ensino da técnica de produção era monopolizada pelos mestres, o que impedia o avanço tecnológico.

Cite-se, novamente, a lição da Professora Carmen Camino a respeito das corporações de ofício da Idade Média:

³⁵ Feudo era a unidade básica de produção dentro do sistema feudal. De acordo com a já citada obra da Professora Carmen Camino, eram grandes propriedades privadas nascidas na negociação entre os reis dos povos bárbaros e a nobreza romana.

³⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro : Editora Renovar, 2002.

As corporações de ofício foram a forma de organização corporativa dos trabalhadores medievais e traduzem fenômeno urbano, resultado da organização do trabalho fora dos campos (feudos) e livres do jugo dos senhores feudais.

Nasceram da reação natural dos servos da gleba ao poder abusivo de seus senhores. A fuga dos feudos e a organização corporativa do trabalho em territórios públicos (do Estado) deram origem aos burgos, conglomerados urbanos, de onde emergiria a burguesia.

As corporações de ofício, a exemplo dos *collegia* romanos, também tinham por elemento catalizador a identidade de profissão.

Consoante Arnaldo Sússekind³⁷,

As corporações de ofício constituíram, na verdade, típicas empresas dirigidas pelos respectivos mestres, que cuidavam da formação profissional para assegurar a mão-de-obra necessária à execução da atividade econômica para a qual desfrutavam de autêntico monopólio: ninguém, na sua área de atuação, podia exercer o correspondente ofício sem ingressar no grêmio. Não obstante, valorizaram o trabalho humano, sob a decisiva influência da Igreja Católica, que propagava o valor moral do trabalho.

Da forte dependência dos companheiros aos mestres e da dificuldade, cada vez maior, de ascenderem aqueles à maestria, nasceu crescente divergência entre os componentes dessas suas classes. No século XIV, os primeiros constituíram associações para a defesa dos seus interesses (Compagnonnage), que se tornaram, como muitos reconhecem, precursoras dos sindicatos criados no início do século XIX.

C) A decadência das corporações de ofício e as manufaturas monopolistas:

A Idade Moderna é período histórico compreendido entre a tomada de Constantinopla pelo império turco-otomano em 1453 e a Revolução Francesa de 1789. Durante o século XIV, a Europa assistia a uma lenta e gradativa desintegração do modo de produção feudal, graças ao renascimento do comércio e ao crescimento das grandes cidades, o que originou uma sociedade capitalista preocupada, principalmente, com o acúmulo de riquezas. Ademais, nesse mesmo período, destaca-se, socialmente, a origem e ascensão da burguesia em contraposição à queda da nobreza feudal.

A Idade Moderna foi marcada, também, pelas grandes expedições navais, responsáveis não somente pela descoberta do caminho para as Índias, mas por uma verdadeira revolução comercial, especialmente no período entre os séculos XV e XVII. Cada ser humano passa a buscar o seu crescimento

³⁷ SÚSSEKIND, Arnaldo. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro : Editora Renovar, 2002.

pessoal, ou seja, predomina o individualismo burguês em substituição ao pensamento coletivista da Idade Média.

Acerca da transição da Idade Média para o que os historiadores convencionaram chamar de Idade Moderna, eis os ensinamentos de Arnaldo Sússekind³⁸:

A Renascença marcou, no século XV, o início da época moderna. E os seus notáveis e inovadores movimentos nas artes, na filosofia, na literatura, na política e nas ciências valorizaram o homem e, por via de conseqüência, o seu trabalho. A partir de então acirrou-se a luta entre mestres e companheiros, sendo que as associações destes defenderam o boicote, a greve e até o abandono das cidades. Iniciava-se o declínio das corporações de ofício, incrementado ainda pela expansão do mercantilismo. Também o Estado nacional e os principados soberanos fortaleceram-se e conseguiram submeter as corporações ao poder real, reduzindo-lhes a autonomia profissional e os privilégios econômicos.

A decadência das corporações de ofício possibilitou o surgimento do regime de manufaturas, de sorte que as relações trabalhistas apresentaram características de transição entre o sistema medieval e o capitalismo, como o recebimento de salário em contraprestação ao serviço executado. As manufaturas, de acordo com Arnaldo Sússekind, eram empresas que detinham o monopólio regional de uma certa atividade econômica, o qual era concedido pelo poder real. Como chefe da empresa, surge a figura do empresário, detentor de poder absoluto de comando.³⁹

D) A Revolução Industrial:

Por Revolução Industrial compreendemos o conjunto de transformações tecnológicas, cujo ápice encontra-se na Inglaterra, em pleno século XVIII, com a invenção do tear mecânico e da máquina a vapor.

Conforme ensina a professora Carmen Camino⁴⁰, atribui-se à sucessão de fatos que desencadearam a Revolução Industrial a gênese do Direito do Trabalho, especialmente ao advento da máquina a vapor, em 1712 (aperfeiçoada por James Watt posteriormente), que ensejou o acelerado crescimento industrial e acarretou profundas transformações econômicas e sociais, destacadamente no que tange à relação capital e trabalho.

³⁸ SÚSSEKIND, Arnaldo. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro : Editora Renovar, 2002.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ CAMINO, Carmen. Direito Individual do Trabalho. 4ª Edição. Porto Alegre : Editora Síntese, 2003.

Igualmente esclarecedores são os ensinamentos de Orlando Gomes e Elson Gottschalk⁴¹:

A origem histórica do Direito do Trabalho está vinculada ao fenômeno conhecido sob a designação de Revolução Industrial. Se nos fosse dado situar no tempo um acontecimento marcante para assinalar o início desse processo revolucionário, indicaríamos a máquina a vapor descoberta por Thomas Newcomen em 1712, logo empregada, com fins industriais, para bombear água das minas de carvão inglesas. Essa máquina era, evidentemente, grosseira, e, por volta da segunda metade do século XVIII, James Watt introduziu-lhe importantes aperfeiçoamentos.

A Revolução Industrial desempenhou papel pioneiro na moderna industrialização, propiciando o surgimento das grandes concentrações de operários e de centros industriais, terreno perfeito para a expansão do capitalismo emergente, baseado na livre concorrência entre as empresas e na exploração da mão-de-obra do trabalhador. Como consequência social, destaca-se a desnaturação do trabalho manual e artesanal em detrimento do sistema fabril, operacionalizado por uma grande massa de operários explorados à exaustão e em condições desumanas. Dependentes, pois, dessa nova economia capitalista e industrial, restava ao operário tão somente vender a sua força de trabalho, em que pese a contraprestação fosse miserável.

No que concerne ao nascimento dessa classe de proletários, transcreve-se trecho da já citada obra da professora Carmen Camino:

No falso pressuposto da igualdade entre os homens e conseqüente liberdade para contratar, os trabalhadores foram explorados à exaustão e submetidos a condição aviltante. A desigualdade econômica, ignorada pelo Estado absenteísta, inspirada nos princípios do *laissez faire, laissez passer*, do “que é contratual é justo”, gerou situação de miséria sem precedentes para a classe operária que, explorada e faminta, iniciou movimento ascendente de grandes proporções, impulsionada pelo sentimento de solidariedade que é próprio dos oprimidos.

Surgiu, nesse contexto, fenômeno social de enorme significado, o espírito de classe dos trabalhadores, consolidado no transcurso do século XIX que, paulatinamente, prevaleceu sobre a lei que tipificava a coalizão como delito, deitou por terra o liberalismo, venceu a resistência do capitalismo e obrigou o Estado até então inerte, a se voltar para as questões sociais, freando o ímpeto do capital através da tutela do trabalho.

O surgimento do fenômeno social do espírito de classe, bem como do sentimento de solidariedade entre os membros da classe explorada, referidos

⁴¹ GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. Curso de Direito do Trabalho. 16ª Edição. Rio de Janeiro : Editora Forense : 2003.

pela professora Carmen no trecho acima, é também ressaltado por Orlando Gomes e Elson Gottschalk⁴², para quem a resistência proletária, de início, concentrou-se no associacionismo secreto dos trabalhadores, atuante na autotutela dos interesses da classe e na ação contra a miséria e o aniquilamento.

Dessa maneira, a concentração proletária na sociedade européia, a utilização da força de trabalho livre, mas subordinada, e o desenvolvimento da grande indústria como modalidade de organização do processo produtivo são fatores que propiciaram as condições favoráveis ao surgimento de um novo ramo jurídico especializado: o Direito do Trabalho.

Igualmente, importante destacar o ensinamento do professor português António Monteiro Fernandes⁴³:

O ponto de partida do processo de formação do Direito do trabalho (como ramo autónomo de Direito) esteve no primado do contrato de trabalho como instrumento de regulação das situações do empregador e do trabalhador, na linha das concepções liberal-individualistas que serviram de suporte à Revolução Industrial. Esse processo de formação e autonomização conduziu à desvalorização da autonomia privada individual (o contrato de trabalho está, em geral, remetido a uma função genética perante a relação de trabalho e, não raro, a uma existência presumida), à revalorização da autonomia privada colectiva e uma afirmação legislativa mais ou menos vinculada, extensa e orgânica, conforme o cariz de cada sistema nacional.

O Ministro Mauricio Godinho Delgado⁴⁴ relaciona o nascimento do ramo autônomo do Direito do Trabalho à Revolução Industrial mediante três pontos de vista: econômico, social e político. No que diz respeito ao aspecto econômico, destaca como fator essencial, de um lado, a exploração da força de trabalho subordinada como instrumento central da relação de produção pelo sistema emergente no século XIX e, de outro lado, o fato de esse novo sistema produtivo gerar, também, uma distinta modalidade de organização: a grande indústria.⁴⁵ Em relação aos fatores sociais, o autor destaca que propiciou o

⁴² GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. Curso de Direito do Trabalho. 16ª Edição. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2003.

⁴³ FERNANDES, António Monteiro. Direito do Trabalho. 14ª Edição. Coimbra : Almedina, 2009.

⁴⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª Edição. São Paulo : LTR, 2010.

⁴⁵ Em respeito à grande indústria, vale transcrever o que leciona o autor na mesma obra acima citada: “a expressão grande indústria traduz um modelo de organização do processo produtivo, baseado na intensa utilização de máquinas e profunda especialização e mecanização de tarefas, de modo a alcançar a concretização de um sistema de produção seqüencial, em série rotinizada. O modelo da grande

surgimento do Direito do Trabalho a imensa concentração proletária em torno das grandes cidades industriais, bem como uma identificação profissional entre as massas obreiras. Por fim, do ponto de vista político, aduz Maurício Godinho Delgado que as ações desenvolvidas no plano da sociedade civil e do Estado, a fim de fixar preceitos para a contratação e gerenciamento da força de trabalho.

E) A doutrina social da Igreja e as concepções cristãs acerca do trabalho:

A doutrina cristã, de acordo com a lição de Everaldo Gaspar Lopes⁴⁶ de Andrade, apresenta duas concepções acerca do trabalho humano: trabalho no sentido objetivo e no sentido subjetivo. Ao submeter a terra através do seu trabalho, o ser humano, em todas as etapas históricas, realiza um ato de criação de seu domínio sobre a natureza, sendo que o sujeito próprio do trabalho continua sendo o ser humano. Todavia, ao exercer domínio sobre a terra, o homem o faz como ser dotado de subjetividade, de sorte que o trabalho passa a ser encarado como realização de si mesmo.

A professora Alice de Barros Monteiro⁴⁷, por sua vez, ensina que a doutrina social da Igreja Católica condena os excessos capitalistas, socialistas e comunistas. Ademais, elenca a autora, na referida obra, algumas máximas que servem como base para a teoria cristã sobre o trabalho. Vejamos:

O Estado deve intervir nas relações de trabalho para assegurar o bem comum; a propriedade não é um direito absoluto, e ao dono corresponde, na realidade, uma função de administrador, devendo submeter-se às limitações necessárias, dada a sua função social; o trabalho é título de honra, que toca a dignidade da pessoa humana; o salário deve ser justo e suficiente para manter o trabalhador e sua família de forma decorosa; o descanso deverá permitir-lhe a reposição de forças e o cumprimento dos deveres religiosos; não devem ser exploradas as 'meias-forças' (mulheres e crianças); trabalhadores e empregadores não devem enfrentar luta de classes; a sociedade deve organizar-se corporativamente e as organizações profissionais deverão regular as relações de trabalho; o Estado deve intervir para regular e fixar as condições em favor de quem não conta com outra sorte de proteção.

indústria conduziu à utilização maciça e concentrada da força de trabalho assalariada, que se torna instrumento integrante do sistema industrial característico do capitalismo emergente.”

⁴⁶ ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Direito do trabalho e pós-modernidade: fundamentos para uma teoria geral. São Paulo : LTR, 2005.

⁴⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo : Editora LTR, 2005.

O trabalho humano começa a deixar de ser visto como dor, castigo e sofrimento a partir da Encíclica Rerum Novarum, do Papa Leão XIII, escrita em 1885, que representou um acontecimento revolucionário para a época. A concepção de trabalho defendida pelo Papa é diametralmente diferente àquela do liberalismo capitalista vigente no final do século XIX. De acordo com a encíclica papal, o labor não seria uma mercadoria passível de venda ou compra, pois promana da dignidade do homem e possui um valor ético inegociável, ou seja, o Papa Leão XIII prega o trabalho como elemento de dignificação e honra do ser humano ao afirmar que *“a pobreza não é um opróbrio e que não se deve corar por ter de ganhar o pão com o suor do seu rosto”*.

Outro elemento importante a se destacar da Encíclica Rerum Novarum é a aposta do Papa Leão XIII na solidariedade e concórdia entre capital e trabalho. Sua Santidade considera um grande erro crer que ambas as classes, operários e empregadores, sejam inimigas, *“como se a natureza tivesse armado os ricos e os pobres para se combaterem mutuamente num duelo obstinado”*.

No item 11 da Encíclica, intitulado “Não luta, mas concórdia das classes”, o Papa Leão XIII compara a harmonia dos membros do nosso corpo ao ideal de convivência pacífica em sociedade:

... porque, assim como no corpo humano os membros, apesar da sua diversidade, se adaptam maravilhosamente uns aos outros, de modo que formam um todo exatamente proporcionado e que se poderá chamar simétrico, assim também, na sociedade, as duas classes estão destinadas pela natureza a unirem-se harmoniosamente e conservarem-se mutuamente em perfeito equilíbrio. Elas têm imperiosa necessidade uma da outra: não pode haver capital sem trabalho, nem trabalho sem capital. A concórdia traz consigo a ordem e a beleza; ao contrário, dum conflito perpétuo só podem resultar confusão e lutas selvagens.

Além da Rerum Novarum, outras Encíclicas foram responsáveis por pregar a doutrina social da Igreja Católica acerca do trabalho humano. Também merecem destaques a Quadragesimo Anno, do Papa Pio XI, a Mater et Magistra, de João XXIII, a Populorum Progressio, de Paulo VI, a Constituição Pastoral Gaudium et Spes, do Concílio Vaticano II, e outros escritos de João

Paulo II, especialmente a *Laborem Exercens*, que, em homenagem ao 90º aniversário da Encíclica *Rerum Novarum*, assim inicia:

É mediante o trabalho que o homem deve procurar-se o pão cotidiano e contribuir para o progresso contínuo das ciências e da técnica, e sobretudo para a incessante elevação cultural e moral da sociedade, na qual vive em comunidade com os próprios irmãos.

1.3. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A teoria dos direitos da personalidade, também denominados de direitos personalíssimos, possui marco inicial no século XIX, atribuindo-se ao alemão Otto Gierke a paternidade pela denominação.⁴⁸ Daí porque a doutrina civilista é unânime em reconhecer que a teoria dos direitos de personalidade é recente, fruto de estudo de juristas alemães, italianos e franceses⁴⁹.

Entretanto, em que consistem os direitos de personalidade? Primeiramente, ressalte-se que não há precisão e unanimidade no que tange ao conceito dos direitos personalíssimos, já que, como veremos, a doutrina diverge com relação à própria existência dos mencionados direitos e à sua natureza.

O autor Carlos Alberto Bittar⁵⁰, ao conceituar os direitos de personalidade, leciona que a doutrina especializada se divide entre os positivistas e os naturalistas:

Diferentes conceitos têm sido apresentados na doutrina, como o de que são direitos que têm por objeto os modos de ser físicos ou morais da pessoa (*De Cupis*); ou são aqueles que concedem um poder às pessoas, para proteger a essência de sua personalidade e suas mais importantes qualidades (*Tobeñas e De Castro*).
Configuram direitos subjetivos, que, para os autores positivistas (como *De Cupis e Tobeñas*), têm função especial em relação à personalidade, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo. Constituem direitos cuja ausência torna a personalidade uma suscetibilidade completamente irrealizável, sem valor concreto: todos

⁴⁸ AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 5ª Edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.

⁴⁹ Em que pese a teoria dos direitos personalíssimos ser recente, datada do final do século XIX, encontram-se, segundo Francisco Amaral, desde os primórdios da civilização ocidental mediterrânea, alguns indícios de desenvolvimento da matéria. O Código de Hamurabi, por exemplo, estabelecia sanções para atos que atentassem contra a integridade física ou moral do ser humano. No direito romano, em respeito aos direitos de personalidade, tínhamos a *actio iniuriarum*, concedida à vítima de um delito de *iniuria*. Conforme o já referido autor, o direito grego, por sua vez, começa a delinear a matéria dos direitos de personalidade a partir da figura da *hybris* (excesso, injustiça).

⁵⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 5ª Edição. Rio de Janeiro : Editora Forense Universitária, 2001.

os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo e a pessoa não existiria como tal. São, pois, direitos “essenciais”, que formam a medula da personalidade.

(...)

Já os naturalistas (como Limongi França) salientam que os direitos da personalidade correspondem às faculdades exercitadas normalmente pelo homem. São direitos que se relacionam com atributos inerentes à condição da pessoa humana.

Posteriormente, posiciona-se o mencionado autor entre a escola naturalista, pois entende que os direitos personalíssimos são inatos, cabendo apenas ao Estado reconhecê-los e sancioná-los no plano do direito positivo. Argumenta Carlos Alberto Bittar, em oposição à escola positivista, representada pelo italiano De Cupis que esses direitos não podem ser limitados ao ordenamento positivo, principalmente após defender a teoria de que são inerentes ao ser humano.

Outro conceito que merece ser mencionado é o de Francisco Amaral⁵¹:

Os direitos da personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual. Como direitos subjetivos, conferem ao seu titular o poder de agir na defesa dos bens ou valores essenciais da personalidade, que compreendem, no seu aspecto físico o direito à vida e ao próprio corpo, no aspecto intelectual o direito à liberdade de pensamento, direito de autor e de inventor, e no aspecto moral o direito à liberdade, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem, à identidade e ainda o direito de exigir de terceiros o respeito a esses direitos.

Pode-se concluir, portanto, que os direitos personalíssimos, por carregarem as características da essencialidade, são inatos e permanentes, isto é, eles nascem com a pessoa humana e com ela morrem.

No que tange às suas características, em linhas gerais, a doutrina possui menos divergências. Fábio Ulhoa Coelho⁵² e Francisco Amaral⁵³ ensinam que os direitos da personalidade são absolutos, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e extrapatrimoniais.

Absolutos porque os mencionados direitos podem ser oponíveis *erga omnes*, isto é, o titular pode escudar-se nele em face de qualquer outro sujeito de direito (o professor Francisco Amaral salienta, ainda, para a existência de direitos de personalidade relativos, como, por exemplo, os direitos subjetivos

⁵¹ AMARAL, Francisco. Direito Civil – Introdução. 5ª Edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.

⁵² COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil, Vol. 1. Rio de Janeiro : Editora Saraiva, 2003.

⁵³ AMARAL, Op. Cit.

públicos que exigem uma prestação do Estado, como a saúde, o trabalho e a educação). A característica da indisponibilidade consiste na impossibilidade de alienação ou renúncia, seja por ato entre vivos ou *causa mortis*, e gera, em sua decorrência, o elemento da irrenunciabilidade dos direitos de personalidade⁵⁴. Outrossim, esta categoria de direitos é vitalícia, isto é, qualquer ser humano é titular por toda a vida, inexistindo prazo para o seu exercício. Por fim, a característica da extrapatrimonialidade significa que, a princípio, são insuscetíveis de avaliação econômica em dinheiro⁵⁵.

1.3.1. OS DIREITOS DE PERSONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É bastante comum encontrarmos autores que, ao dispor sobre o tema, traçam um paralelo entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais, declarados em momentos históricos marcantes, como, por exemplo, a declaração de independência norte-americana (1776), a declaração de direitos do homem na Revolução Francesa (1789), ou a Carta de São Francisco (1949). Segundo ensina o professor Fábio Ulhoa Coelho, “*esses paralelos pincelam de coloração publicista os direitos do homem e de privatista, os da personalidade. São, assim, direitos basilares das relações civis, derivados da própria dignidade ínsita ao ser humano*”.⁵⁶ Na mesma esteira do professor Fábio Ulhoa Coelho, Francisco Amaral sustenta que, por disciplinarem matéria de natureza privada e por terem guardada na Constituição Federal de 1988, “*pode reconhecer-se que os direitos de personalidade são o*

⁵⁴ Fábio Ulhoa Coelho ensina que, se o titular manifestar, ainda que por escrito em negócio jurídico sinalagmático, a vontade de renunciar a qualquer um dos direitos personalíssimos, poderá, no futuro e sem empecilho algum, exercitá-lo ou defendê-lo, inclusive em face dos demais sujeitos do negócio jurídico.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil, Vol. 1. Rio de Janeiro : Editora Saraiva, 2003.

⁵⁵ Na característica da extrapatrimonialidade, o professor Fábio Ulhoa Coelho prefere distinguir entre os direitos personalíssimos patrimoniais e extrapatrimoniais. Isso porque, em que pese alguns direitos serem claramente insuscetíveis de precificação (por exemplo, a honra, o nome e a integridade física), existem outros que, dependendo do titular, são nitidamente patrimoniais. Nesse caso, cita o mencionado autor, em sua obra já citada na nota 54, os direitos de imagem de um artista famoso, que seria plenamente quantificável em dinheiro por padrões conhecidos e aplicados por publicitários ou anunciantes.

⁵⁶ COELHO, Op. Cit.

*terreno de encontro privilegiado entre o direito privado, as liberdades públicas e o direito constitucional*⁵⁷

Foi, primeiramente, no âmbito público que os direitos de personalidade ganharam proteção legislativa.⁵⁸ Nesse sentido, foi a Declaração norte-americana de suma importância, pois refletia a tradição puritana das antigas colônias de liberdade de consciência frente ao Estado.

No Brasil, os direitos de personalidade possuem proteção constitucional e legal, que, devido a sua grande importância, são-lhes atribuídos posição superior no ordenamento jurídico brasileiro. No âmbito da Carta Magna, o artigo 5º, no seu inciso V, disciplina:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Ademais, a Lei Maior, em seu artigo 5º, inciso X, assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, bem como o consequente direito à indenização. Nos ensinamentos de Alexandre de Moraes, os direitos à intimidade e à imagem formam a proteção constitucional à vida privada, de modo a proteger um espaço íntimo intransponível por atos ilícitos externos⁵⁹. O referido autor distingue o conceito de vida privada e intimidade, ensinando que esse se refere às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, como relações familiares e de amizade, ao passo que a vida privada envolve todo e qualquer relacionamento da pessoa, inclusive os objetivos, tais como relações de trabalho, comerciais, etc.

Como já foi examinado no item 1.1. deste trabalho, a Constituição Federal Brasileira, no seu artigo 1º, inciso III, consagra como cláusula geral da tutela da personalidade o princípio da dignidade da pessoa humana. O próprio constitucionalista Alexandre de Moraes⁶⁰ defende que o direito à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem, positivados nos incisos V e X do artigo 5º, ambos acima mencionados, é consequência imediata da consagração da

⁵⁷ AMARAL, Francisco. Direito Civil – Introdução. 5ª Edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.

⁵⁸ BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. 5ª Edição. Rio de Janeiro : Editora Forense Universitária, 2001.

⁵⁹ MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. São Paulo : Editora Atlas, 2002.

⁶⁰ Ibidem.

dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

Percebe-se, portanto, que a sede principal de proteção aos direitos personalíssimos é a própria Constituição Federal de 1988, já que prevê, ainda que implicitamente, uma cláusula geral de tutela: a dignidade humana. Entretanto, em que pese a proteção constitucional que recebem os direitos da personalidade no nosso ordenamento jurídico, não podemos cometer o erro de confundi-los com direitos fundamentais. Observa-se que, dentro dos direitos fundamentais, surge uma categoria cujo objeto de tutela é os valores essenciais à personalidade humana. Através dessa perspectiva, Francisco Amaral conclui que *“todos os direitos da personalidade são direitos fundamentais, mas não o inverso”*⁶¹.

Sobre o assunto, valiosa é a lição do professor português Paulo Ferreira da Cunha⁶², a qual, pela sua pertinência, transcrevemos em parte:

A relação entre Direitos Fundamentais e Direitos de Personalidade reveste-se de bastante importância teórica. Por aqui passa o problema da perfeição ou simetria arquitectónica dos direitos em geral, no todo da ordem jurídica.

(...)

Com efeito, o primeiro autor⁶³ considera que ‘os direitos fundamentais dobram uma série de figuras que disfrutam de protecção noutras níveis, várias disciplinas, que vão desde o Direito de personalidade ao Direito penal, ao Direito público e ao Direito do trabalho, quando se atende na materialidade dos bens neles em jogo, ou na substancialidade das soluções que propiciem.

E o segundo⁶⁴, tendo chegado a opinar que ‘os direitos fundamentais são os direitos de personalidade no Direito público; os direitos de personalidade são os direitos fundamentais no Direito privado’. Acabaria mais tarde por considerar haver nisso algum exagero, preferindo assinalar que, havendo vasta coincidência, ela não é confusão mas intersecção, pois quedam de fora dos direitos de personalidade vários direitos fundamentais.

(...)

Inclinamo-nos a considerar que pelo menos a maior parte dos direitos de personalidade são algo como uma versão privatística de direitos fundamentais *stricto sensu*,, donde, serão verdadeiros direitos fundamentais, com ou sem ‘duplicação’ em sede de constituição formal.

⁶¹ AMARAL, Francisco. Direito Civil – Introdução. 5ª Edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.

⁶² CUNHA, Paulo Ferreira da. Direitos de personalidade, figuras próximas e figuras longínquas. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Jurisdição e Direitos Fundamentais, Vol 1, Tomo 2. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, 2006.

⁶³ Referindo-se ao também português Menezes Cordeiro.

⁶⁴ Referindo-se ao professor Jorge Miranda.

Os direitos fundamentais são reconhecidos e positivados por um Estado em um momento histórico específico, razão pela qual importam delimitação espacial temporal e refletem situações jurídicas em favor da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.⁶⁵ Leciona Arion Sayão Romita, para quem os direitos fundamentais são *“os que, em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça”*.⁶⁶

1.3.2. OS DIREITOS DE PERSONALIDADE DOS EMPREGADOS

Assim como o Código Civil de 1916, a Consolidação das Leis Trabalhistas não se preocupou detidamente dos direitos de personalidade. Poucas exceções são encontradas no texto da CLT, como nas alíneas “j” e “k” do artigo 482, que estabelecem como hipóteses de demissão por justa causa o ato lesivo à honra e à boa fama:

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

Outra rápida menção que a Consolidação das Leis Trabalhistas faz aos direitos personalíssimos é a constante no artigo 373-A, inciso VI⁶⁷, incluído pela Lei 9.799/99, do qual nos deteremos com maior precisão no capítulo 2 deste trabalho.

Segundo Estêvão Mallet⁶⁸, a omissão da Consolidação acerca do assunto está diretamente relacionada à época em que foi editada, quando o legislador, através de uma visão reducionista, tratou da relação de trabalho

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo : Malheiros, 2003.

⁶⁶ ROMITA, Arion Sayão. Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. São Paulo : LTR, 2005.

⁶⁷ 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:

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

⁶⁸ MALLET, Estêvão. Direitos de personalidade e Direito do Trabalho. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário. Porto Alegre, Ano 1, Nº 1, Jul/Ago, 2004.

como se, nela, as obrigações das partes se reduzissem à prestação do serviço por parte do empregado, e ao pagamento do salário por parte do empregador. Ou seja, o legislador tratou da relação trabalhista tão somente em seu aspecto patrimonial, esquecendo que, por ser o empregado necessariamente pessoa física⁶⁹, os direitos de personalidade devem sempre ser respeitados em todo e qualquer contrato de trabalho.

A lacuna da legislação trabalhista é preenchida com a aplicação subsidiária do Direito comum, em especial do Direito Civil, por força do artigo 8º, em seu parágrafo único, que dispõe que “*o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste*”. Entretanto, como mencionamos, o Código Civil de 1916, ao tratar da pessoa natural, não cuidava especificamente dos direitos personalíssimos. Em seu texto, eram encontradas meras menções esparsas no capítulo referente à propriedade literária, científica e artística, inexistindo, porém, um instituto específico. Daí a crítica de Estêvão Mallet⁷⁰, para quem os direitos de personalidade merecem reconhecimento, independente de previsão legal, de modo que o silêncio do legislador apenas evidenciaria um menor desenvolvimento da ciência jurídica.

Eis o pioneirismo do Código Civil de 2002, que dedica o Capítulo II, do Título I, do Livro I da Parte Geral, exclusivamente aos Direitos de Personalidade (artigos 11 a 21).

A doutrina civilista, consoante observação de Alice Monteiro de Barros⁷¹, costuma classificar os direitos de personalidade em três: direitos à integridade física, que abraça o direito à vida, à higidez corpórea, às partes do corpo, ao cadáver, etc.; direito à integridade intelectual, incluindo o direito à liberdade de pensamento, autoria artística e científica e invenção, etc.; direito à integridade moral, que se relaciona com o direito à imagem, à intimidade, à privacidade, ao segredo, à honra, à boa fama, à liberdade civil, política e religiosa.

Para os fins que se prestam este trabalho, interessa-nos especialmente o direito à integridade moral, que, de acordo com Francisco Amaral, “*consiste*

⁶⁹ Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

⁷⁰ MALLET, Estêvão. Direitos de personalidade e Direito do Trabalho. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário. Porto Alegre, Ano 1, Nº 1, Jul/Ago, 2004.

⁷¹ BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. 2ª Edição. São Paulo : LTR, 2009.

na proteção que a ordem jurídica concede à pessoa no tocante à sua honra, liberdade, recato, imagem e nome (CC. arts. 17 a 20)". Prossegue o referido doutrinador afirmando que "honra é a dignidade pessoal e a consideração que a pessoa desfruta no meio em que vive. É o conjunto de predicados que lhe conferem consideração social e estima própria. É a boa reputação"⁷².

Relativamente ao direito à intimidade e à privacidade, além do nome, a cada pessoa liga-se, também, um conjunto de informações, de maior ou menor interesse para terceiros. Conforme Fábio Ulhoa Coelho⁷³, direito à privacidade é aquele que cada pessoa tem de manter reservadas as informações não-públicas que quiser. Através desse conceito, o professor Fábio Ulhoa Coelho defende que intimidade, privacidade e vida privada devem ser entendidas como sinônimas.

Por outro lado, Sônia Mascaro Nascimento sustenta que por intimidade devemos entender o direito de resguardar das pessoas alheias aquilo que se apresenta como sentimentos e valores internos do ser humano, apresentando-se como espécie do gênero privacidade.

Em respeito aos princípios constitucionais que protegem a intimidade do ser humano, o empregador deve utilizar-se de seu poder diretivo de forma não abusiva, isto é, não deve fiscalizar de forma constrangedora, como pode ocorrer principalmente nas seguintes situações: monitoramento eletrônico e revista de empregados.⁷⁴

O civilista Caio Mário da Silva Pereira⁷⁵, por sua vez, assevera que a norma constitucional contida no inciso X do artigo 5º aproxima o direito à intimidade do direito à vida privada. De acordo com o mencionado autor, o direito à intimidade possui caráter dúplice: o direito de estar só, de não se comunicar e, simultaneamente, de não ser molestado por outrem (ou pela autoridade pública), salvo quando um imperativo de ordem pública venha a determiná-lo.

Portanto, em que pese a Constituição Federal tenha atribuído tipificação diversa ao direito à intimidade (*riservatezza*, no direito italiano) e à vida privada (*segretezza*), a doutrina possui dificuldade em defini-las e estabelecer as

⁷² AMARAL, Francisco. Direito Civil – Introdução. 5ª Edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.

⁷³ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil, Vol. 1. Rio de Janeiro : Editora Saraiva, 2003.

⁷⁴ NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Assédio Moral. São Paulo : Editora Saraiva, 2009.

⁷⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Vol. 1. 21ª Edição. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2006.

diferenças. Além do conceito de Alexandre de Moraes a que já fizemos referência, outro constitucionalista que leciona sobre o assunto é José Afonso da Silva, para quem o direito à intimidade e à vida privada, genericamente, “é um conjunto de informação acerca do indivíduo que pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso ser legalmente sujeito”⁷⁶.

Convergemos da já exposta opinião de Alexandre de Moraes e de Oraci Maria Grasselli, para quem a intimidade corresponde ao conjunto de informações da pessoa que apenas ela sabe, enquanto que a vida privada refere-se à vida familiar e às relações com terceiros. Eis a conclusão da mencionada autora:

Ou seja, intimidade se situa num círculo concêntrico menor que o da vida privada, pois se caracteriza por “tudo aquilo que o indivíduo sente, pensa e deseja (caráter interno). O modo como vive, com quem se relaciona e o que possui (caráter externo), tem pertinência com sua vida privada.”⁷⁷

Estêvão Mallet ainda fala em direito ao nome. O nome, como meio de individuação da pessoa e atributo da personalidade, constitui direito de todo ser humano, compreendendo o prenome e o sobrenome. O atual Código Civil, nos artigos 16 e 18, inclui o nome entre os direitos de personalidade e proíbe a sua utilização indevida e sem autorização.

Em alguns contratos de trabalho o uso do nome do empregado pelo empregador resulta do próprio objeto da prestação do serviço. É o caso, para citar apenas um exemplo, do médico contratado para atuar como responsável pela produção de determinado fármaco. Independentemente de cláusula expressa, a indicação do nome do trabalhador na embalagem do produto decorre do objeto da contratação e prescinde de autorização expressa.⁷⁸

O direito à imagem, conquista do direito moderno, impede a divulgação do retrato da pessoa, por qualquer meio, sem a autorização do seu titular. Francisco Amaral⁷⁹ leciona que o direito à imagem é aquele que a pessoa tem de não ver divulgado seu retrato sem a sua autorização, salvo em casos de

⁷⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo : Malheiros, 2003.

⁷⁷ GRASSELLI, Oraci Maria. Internet, correio eletrônico e intimidade do trabalhador. São Paulo : LTR, 2011.

⁷⁸ MALLET, Estêvão. Direitos de personalidade e Direito do Trabalho. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário. Porto Alegre, Ano 1, Nº 1, Jul/Ago, 2004.

⁷⁹ AMARAL, Francisco. Direito Civil – Introdução. 5ª Edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.

notoriedade ou de exigência da ordem pública, sendo combatida a exposição ou reprodução atentatórias à honra, boa fama e respeitabilidade.

Com precisão, Sônia Mascaro Nascimento⁸⁰ defende que, ao divulgar ou referir-se à imagem de um determinado empregado, é proibido o ato que resulte em lesão à honra, à reputação, ao decoro, à intimidade e a outros direitos personalíssimos do trabalhador.

1.4. O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Por constitucionalismo social, devemos entender o fenômeno histórico, político e jurídico que inseriu normas de conteúdo social nas Constituições, o que representou a elevação de tais normas à máxima proteção pelo Estado. Esse entendimento é imprescindível para a compreensão da afirmação dos direitos sociais (direitos fundamentais de segunda geração). Trata-se, pois, de uma característica das Constituições contemporâneas, recebendo, inclusive a denominação de “constitucionalismo contemporâneo” por Pedro Lenza. Não é diferente a lição de Arnaldo Süssekind⁸¹ na sua obra Direito Constitucional do Trabalho:

As Constituições da fase contemporânea da história passaram a cuidar do homem social ao lado do homem político; e, para fazê-lo, opuseram limites à autonomia da vontade dos indivíduos, em homenagem ao interesse público e à força normativa da realidade (Jellinek).

O Professor Amauri Mascaro Nascimento define o constitucionalismo social como *“o movimento que, considerando uma das principais funções do Estado a realização da Justiça Social, propõe a inclusão de direitos trabalhistas e sociais fundamentais nos textos das Constituições dos países”*⁸².

Lenza, como mencionado, além de falar em constitucionalismo contemporâneo, relaciona-o ao que Uadi Lammêgo Bulos chamou de “totalitarismo constitucional”.

Fala-se em “totalitarismo constitucional” na medida em que os textos sedimentam um importante conteúdo social, estabelecendo normas

⁸⁰ NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Assédio Moral. São Paulo : Editora Saraiva, 2009.

⁸¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito constitucional do trabalho. 3ª Edição. Rio de Janeiro : Editora Renovar, 2004.

⁸² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 20ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2005.

programáticas (metas a serem atingidas pelo Estado, programas de governo) e se destacando aquela idéia de constituição dirigente defendida por Canotilho.

Essa concepção de dirigismo estatal (de o texto fiar regras para dirigir as ações governamentais) tende a evoluir para uma perspectiva de dirigismo comunitário, idéia também vislumbrada por André Ramos Tavares ao falar em uma fase atual de constitucionalismo globalizado, que busca difundir a idéia de proteção aos direitos humanos e de propagação para todas as nações⁸³.

Ocorre que as Constituições do início do século XX, que tiveram forte influência sobre as Cartas mais recentes, foram redigidas em uma época em que era impossível fechar os olhos à chamada Questão Social, à qual já nos referimos. Ao Estado não caberia apenas reconhecer a independência jurídica do indivíduo, pois lhe incumbiria também garantir um mínimo de condições sociais para que essa independência realmente se efetivasse. Além disso, após a Primeira Guerra Mundial surgiram novos conceitos de vida, transformando os direitos sociais em garantias positivas da sociedade e erradicando o papel absenteísta do Estado.⁸⁴

O marco inicial do constitucionalismo social é a Carta Magna mexicana de 1917, que, pioneiramente, passou a contemplar um quadro significativo de direitos sociais na perspectiva de um novo modelo de Estado, muitos dos quais foram repetidos nas Constituições posteriores latino-americanas e serviram de inspiração para a posterior Declaração dos Direitos do Povo e Trabalhador Explorado, erigida após a Revolução Russa de 1918⁸⁵. Ao longo de seus 31 incisos, o artigo 123 da Constituição mexicana regulavam, entre outros direitos trabalhistas, o direito à jornada normal de 8 horas, jornada máxima noturna de 7 horas, proibição do trabalho para menores de 12 anos (e jornada limitada à 6 horas para os menores de 16 anos), salário mínimo, descanso semanal,

⁸³ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 14ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2010.

⁸⁴ MORAES FILHO, Evaristo de. MORAES, Antonio Carlos Flores de. Introdução ao direito do trabalho. 10ª Edição. São Paulo : LTR, 2010.

⁸⁵ Em que pese a doutrina seja unânime em reconhecer o peso e importância da Constituição do México de 1917 no cenário da positivação dos direitos fundamentais de segunda geração, Arnaldo Süssekind (SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito constitucional do trabalho. 3ª Edição. Editora Renovar. Rio de Janeiro : 2004.) leciona que *“a primeira Constituição a inserir no seu texto importantes direitos para o trabalhador foi a da Suíça, aprovada em 1874 e emendada em 1896. É certo que a Constituição francesa de 1848, de curtíssima vigência, aludiu ao direito do trabalho, à educação profissional e a instituições de previdência; mas não estabeleceu, de maneira objetiva, um elenco de direitos para o trabalhador. Também é certo que a Segunda Declaração dos Direitos do Homem (1793), inspirada no projeto de Robespierre, limitou o direito de propriedade e atribuiu à sociedade o dever de prover a subsistência de todos os seus membros, inclusive os inaptos para o trabalho e os indigentes; mas não cogitou dos direitos sociais específicos do trabalhador, que são os que nos interessam neste estudo”*.

proteção à maternidade e contra acidentes de trabalho, adicional de horas extras, indenização de dispensa, direito à sindicalização, etc.

Em que pese a sociedade mexicana do início do século XX fosse predominantemente agrícola, consoante Marlon Marcelo Murari⁸⁶, e os direitos trabalhistas afetarem uma parcela reduzida da população, o importante é que a Carta Magna do México foi a primeira a estabelecer o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação de trabalho.

Amauri Mascaro Nascimento cita lição do mexicano Mario de la Cueva de 1960, que demonstra a importância da Constituição mexicana de para a constitucionalização dos direitos sociais dos trabalhadores:

É indubitável que o nosso artigo 123 marca um momento decisivo na história do Direito do Trabalho. Não queremos afirmar que tenha servido de modelo a outras legislações, nem que seja uma obra original, senão, apenas, que é o passo mais importante dado por um país para satisfazer as demandas da classe trabalhadora. Seria inútil empenhar-se em encontrar repercussões que não teve: a Europa não conheceu, em termos gerais, a nossa legislação. A promulgação da Constituição alemã de Weimar, unida à excelente literatura que desde o princípio produziu, fez com que a atenção do mundo se fixasse principalmente sobre ela. A falta quase total de estudos sobre o direito mexicano contribuiu também para que fosse ignorado; apenas uma ou outra referência se encontra nos autores franceses e sobretudo nos espanhóis. Tampouco é nosso artigo 123 completamente original. A exposição história comprova que os legisladores mexicanos inspiraram-se em leis de diversos países, França, Bélgica, Itália, Estados Unidos, Austrália e Nova Zelândia, de tal maneira que a maior parte das disposições que nela foram consignadas eram conhecidas em outras nações. Mas a idéia de fazer do direito do trabalho um mínimo de garantias em benefício da classe economicamente fraca e a de incorporar essas garantias na Constituição, para protegê-las contra qualquer política do legislador ordinário, são próprias do direito mexicano, no qual pela primeira vez foram consignadas⁸⁷.

Outra Carta de grande relevância no cenário dos direitos sociais foi a Constituição de Weimar de 1919, que, segundo Amauri Mascaro Nascimento, serviu de inspiração para as demais Constituições europeias em matéria de direitos sociais. Inseriu, em seu texto, sob influência socialista, um capítulo sobre a ordem econômica e social, previu a criação de conselhos de trabalhadores nas empresas, nos distritos e no Reich e de conselho econômico nacional, assegurou a liberdade sindical e colocou o trabalho sob a proteção

⁸⁶ MURARI, Marlon Marcelo. Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado: o equilíbrio está na dignidade da pessoa humana. São Paulo : LTR, 2008.

⁸⁷ CUEVA, Mario de la *apud* NASCIMENTO, Amauri Mascaro. 20ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2005.

especial do Estado, o qual deveria se empenhar pela regulamentação internacional do trabalho.⁸⁸

Portanto, o Estado de democracia social, iniciado no México em 1917, foi fortalecido na Alemanha em 1919, onde os direitos trabalhistas e previdenciários também foram elevados ao *status* constitucional. De acordo com Amauri Mascaro Nascimento⁸⁹, as principais disposições sociais em benefício da classe trabalhadora que foram instituídas pela Constituição de Weimar foram: o direito ao trabalho e a sua colocação sob a proteção do Estado; organização de um direito unitário do trabalho, com menção sobre normas acerca da internacionalização do trabalho assalariado e da formação de um mercado internacional de trabalho; garantia de liberdade de associação para defesa e melhoria das condições de trabalho e de produção; permissão de participação do trabalhador no processo político; reafirmação de normas de seguro social; promoção da integração do trabalhador na empresa para participar das negociações sobre condições de trabalho; criação de conselhos de empresa, entre outros.

Ressalte-se, também, o que Arnaldo Süssekind⁹⁰ considera a grande fonte das constituições aprovadas entre as duas grandes guerras: o Tratado de Versalhes, que enumerou os princípios fundamentais do Direito do Trabalho (em seu artigo 423, o Tratado instituiu o princípio da dignidade do trabalho humano, o direito de associação, o salário capaz de suprir as necessidades do empregado, a jornada de 8 horas ou a duração semanal de trabalho de 48 horas, o descanso semanal preferencialmente aos domingos, a supressão do trabalho da criança e proteção especial ao trabalho do menor, entre outros tantos) e o consagrou como um dos ramos da enciclopédia jurídica, bem como instituiu a Organização Internacional do Trabalho (OIT) para elaborar tratados multilaterais para universalizar a justiça social.

O Ministro Godinho Delgado, em artigo denominado “Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho”, sobre o tema leciona:

Embora o fenômeno da constitucionalização do Direito do Trabalho tenha se iniciado ao final da segunda década do século XX, será

⁸⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito constitucional do trabalho. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004.

⁸⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 20ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2005.

⁹⁰ SÜSSEKIND, Op. Cit.

apenas após a Segunda Guerra Mundial, com as novas constituições democráticas da França, Alemanha e Itália (e, décadas depois, Portugal e Espanha), que a noção de direitos fundamentais do trabalho solidificou-se na seara constitucional. Tais Cartas Magnas relativamente recentes é que não somente ampliaram a inserção de regras trabalhistas em seu interior, como também – e principalmente – consagraram princípios de direta ou indireta vinculação com a questão trabalhista⁹¹.

Assim, na segunda década do século XX presenciamos a afirmação dos direitos fundamentais de segunda geração, com a necessidade de intervenção estatal para assegurá-los.

Em relação ao Brasil, essa tendência de constitucionalização dos direitos sociais trabalhistas verifica-se desde a Carta Magna de 1934, permanecendo desde então (inclusive nas Constituições autocráticas de 1937, 1967 e 1969). Todavia, a partir de 1988 essa tendência adquiriu novo *status*, pois a atual Lei Maior, em inúmeros de seus dispositivos firmou princípios basilares para a ordem jurídica, o Estado e a sociedade, muitos dos quais elevando ao ápice o trabalho (em seu Preâmbulo, por exemplo, fala-se no exercício de direitos sociais e individuais, faz-se menção a uma sociedade pluralista e se defende a solução pacífica dos conflitos; nos seus princípios fundamentais, refere-se aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa).

Eis o que ensina Godinho Delgado:

Essa nova e profunda influência, na cultura jurídica do país, da marca filosófica do Direito do Trabalho somente se fez possível em decorrência do novo estatuto que conferiu a Carta de 1988 ao ramo jurídico *justlaboral*. E é positiva (e democrática) essa influência. Na verdade, apenas a partir do franco diálogo entra a área *justtrabalhista* e o universo do Direito Comum, em especial entre as dinâmicas processuais (judiciais, portanto) dos dois segmentos, é que a Justiça brasileira poderá vislumbrar o alcance da superação dos impasses em que, classicamente, tem se visto submetida⁹².

No Capítulo II, do Título II (artigos 6^a a 11), a Constituição Federal brasileira de 1988 insculpiu os seus mais relevantes dispositivos trabalhistas. Dentre eles, destacam-se a isonomia de direitos entre trabalhadores urbanos e rurais (artigo 7^a, *caput*), estendendo-se a conduta aos trabalhadores avulsos (artigo 7^a, inciso XXXIV) e alargando o espectro de direitos aos empregados

⁹¹ DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário. Porto Alegre, Ano II, nº 12. Mai/Jun, 1996.

⁹² Idem, Curso de Direito do Trabalho. 10^a Edição. São Paulo : LTR, 2011.

domésticos (artigo 7^a, parágrafo único). Outrossim, destaca o mencionado autor a ampliação da proteção jurídica às empregadas gestantes, seja através do prazo de 120 dias da licença maternidade (artigo 7^a, inciso XVIII) ou da garantia de emprego de até cinco meses após o nascimento do filho (artigo 10, inciso II, alínea b, da ADCT). Concomitantemente, ampliou a Carta Magna para cinco dias a licença paternidade no período de nascimento do filho (artigo 7^a, inciso XIX e artigo 10, §1º, da ADCT, combinados com o artigo 473, inciso III, da CLT). Dentro outros destaques, o Ministro menciona, ainda, a supressão do aviso-prévio de oito dias, que ainda consta no texto do artigo 487, inciso I, da CLT⁹³.

1.5. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Os direitos fundamentais vinculam, além dos poderes públicos, os particulares, nas relações que estes, dotados de autonomia privada, estabelecem entre si? Se sim, de que forma e em que medida os particulares estão vinculados aos direitos fundamentais? Qual a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações de emprego? Essas e outras questões buscam ser respondidas por aquilo que a doutrina denominou “Teoria da eficácia horizontal

⁹³ Importante referir ao que Mauricio Godinho Delgado chama de “Contradições antidemocráticas da Constituição de 1988”. Defende o autor que “a Carta de 1988, ao manter (mais que isso: aprofundou e fortaleceu) instituições e mecanismos de grave tradição autocrática, voltados a suprimir a *responsiveness* do representante perante o representado, criou um impasse à Democracia brasileira. Esses mecanismos e instituições, no âmbito das normas jurídicas trabalhistas, encontram-se no conjunto de figuras originárias da formação corporativista-autoritária da década de 30, todos eles inviabilizadores do alcance de uma experiência democrática efetiva e profunda no sistema jurídico trabalhista do país. Trata-se dos seguintes mecanismos: a) a contribuição sindical obrigatória (artigo 8º, IV, *in fine*, CF/88), que permite ao sindicato manter-se independente da vontade e decisões efetivas de seus associados, elidindo das burocracias e direções sindicais a fundamental (do ponto de vista democrático) *responsiveness* (na verdade, o artigo 8º, IV, da Constituição, fala até mesmo em duas contribuições); b) a representação corporativa no seio do Poder Judiciário (arts. 111 a 117, CF/88), que cristaliza a burocratização das direções sindicais e do aparelho sindical, em sua integralidade, retirando todos do controle de seus representados; – ressalva o autor que, apenas em dezembro de 2009, com a Emenda Constitucional 24, é que o mecanismo de representação corporativa foi extinto – c) o poder normativo do Judiciário Trabalhista (art. 114, §2º, CF/88), que suprime, de um só plano, tanto a *responsibility*, como a *responsiveness* das entidades sindicais. Finalmente, na mesma linha, d) preceitos que mantêm a unicidade e o sistema de enquadramento sindical (art. 8º, II, CF/88).

dos direitos fundamentais”, “Eficácia privada”, ou até mesmo “Eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros”⁹⁴.

No Brasil, o principal doutrinador a respeito do tema é o Professor Ingo Wolfgang Sarlet, com a sua clássica obra “A eficácia dos direitos fundamentais”. Merece destaque, também, o Professor Wilson Steinmetz e o seu livro (e tese de doutorado) “A vinculação dos particulares a direitos fundamentais”, prefaciado por Sarlet. Em sede internacional, destacam-se o alemão Claus-Wilhelm Canaris, autor de “Direitos fundamentais e direito privado” e o alemão Robert Alexy com a não menos relevante obra “Teoria dos direitos fundamentais”.

Todavia, pergunta-se: qual a importância do tema, e por que ele é estudado? A este questionamento, responde o Professor Sarlet afirmando:

A relação entre os direitos fundamentais consagrados pela Constituição e o Direito Privado assume feições específicas e diferenciadas, no contexto genérico das relações entre a Constituição e o Direito Privado. Evidentemente, tal constatação não afasta a existência de uma série de elementos comuns, a começar pela circunstância elementar de que qualquer aspecto que diga com os Direitos Fundamentais e o Direito Privado, em última análise, envolve o problema da Constituição na qual aqueles são assegurados e as suas relações com a ordem jurídica privada⁹⁵.

O autor argumenta que o fato de o parágrafo primeiro do artigo 5^a da Constituição Federal ter atribuído aplicação imediata aos direitos e garantias

⁹⁴ O Professor Ingo Wolfgang Sarlet, grande expoente na doutrina brasileira a respeito do tema, propõe uma série de críticas às denominações, utilizando tão somente a expressão genérica “*eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*”. Segundo o mencionado autor, “*cumprir afastar a expressão ‘eficácia privada’, já que muito genérica, além de não colocar em destaque o ponto central da problemática ora examinada. Todavia, constata-se que até mesmo a denominação habitualmente mais utilizada na doutrina e jurisprudência alemã (eficácia em relação a terceiros – *Drittwirkung*) não escapa de uma análise crítica...*” Prossegue Sarlet lecionando que, dentre os diversos argumentos citados para afastar a denominação ‘eficácia em relação a terceiros’, “*cumprir destacar que, de fato, não se trata propriamente de um terceiro nível eficaz (ou de uma terceira classe de destinatários), mas sim de um segundo nível, já que está em pauta a vinculação dos particulares (relação horizontal) em contraposição à clássica e incontestável vinculação das entidades estatais, no âmbito das relações (verticais) entre particular e Estado. Mas também este argumento e, portanto, a expressão ‘eficácia horizontal’ têm sido rejeitados, principalmente em face da circunstância de que expressiva parcela da doutrina acabou aderindo à concepção segundo a qual, em se tratando de uma relação entre um particular e um detentor de poder social, isto é uma relação caracterizada pela desigualdade, estar-se-ia em face de uma configuração similar que se estabelece entre os particulares e o Estado e, portanto, de natureza vertical, já que a existência de uma relação horizontal pressupõe tendencial igualdade*”. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____. A Constituição Concretizada – Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre : Livraria do Advogado : 2000.

⁹⁵ *Ibidem*.

fundamentais, por si só, já bastaria para demonstrar o tratamento diferenciado (e privilegiado, de acordo com Sarlet) que os direitos fundamentais reclamam no âmbito das relações entre Constituição e Direito Privado.

Aqui, importa mencionar a distinção que a doutrina faz entre a eficácia vertical e a eficácia horizontal (em que pese Sarlet refute a denominação “eficácia horizontal”, como vimos na nota 94, o próprio autor promove a distinção). Por eficácia vertical, devemos entender a relação entre o Estado e o particular, estando intimamente ligada ao surgimento do constitucionalismo como uma forma de limitação do poder do Imperador e de garantia de um rol de direitos aos particulares. Assim, seriam esses direitos impostos contra o Estado. A eficácia horizontal, a seu turno, deve ser compreendida como uma relação entre sujeitos no mesmo patamar e em condições de igualdade, ou seja, a relação entre particulares.

Entretanto, que relação possui o tema com o Direito do Trabalho e com as relações de emprego? Manoel Jorge e Silva Neto⁹⁶ constata, inicialmente, que o exame dos Princípios Fundamentais do Estado deve preceder ao estudo da incorporação dos direitos fundamentais ao contrato de trabalho. Desse modo, concluiremos que os postulados dos artigos 1º e 4º da Constituição Federal servirão como “vetores interpretativos” da legislação trabalhista e da própria Carta Magna. Os direitos fundamentais configuram-se como parâmetros dentro dos quais devemos interpretar as normas trabalhistas.

Também Maurício de Carvalho Góes afirma que a questão da incidência dos direitos fundamentais nas relações de emprego possui uma clara justificativa: o objeto do contrato é o trabalho, e não o trabalhador, que são, contudo, indissociáveis. Sendo impossível esse desmembramento, o trabalhador detém a proteção dos direitos fundamentais como cidadão e, especificamente, como trabalhador.⁹⁷

Nessa relação de aplicabilidade ao Direito Trabalhista, importante questão é sabermos se o contrato de trabalho deve ser visto como uma relação horizontal ou como uma relação vertical. Defendendo a verticalidade da relação, Bruno Borges da Silva, em artigo intitulado “Os limites da dimensão

⁹⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Direitos fundamentais e o contrato de trabalho. São Paulo : LTR, 2005.

⁹⁷ GOÉS, Maurício de Carvalho. Os direitos fundamentais nas relações de emprego: da compreensão às novas tendências. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário. Porto Alegre, Ano V, nº 27. Nov/Dez, 1998.

fiscalizatória do poder empregatício e a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas”, assim argumenta:

Ocorre que na relação vertical temos de um lado o Estado. Por óbvio, trata-se de um sujeito em posição superior ao particular. E quando observamos de um lado o empregador e de outro o empregado? Seria essa uma relação horizontal? Entendemos que não. O direito do trabalho foi construído sob o pálio da hipossuficiência do obreiro. o arcabouço principiológico, vide a tutela da proteção, sempre esteve atento à situação de fragilidade do empregado diante do poderio econômico do empregador.

Assim, admitindo a relação empregatícia como uma relação vertical, não há dúvida de que têm plena aplicação os princípios fundamentais assegurados na Constituição⁹⁸.

No caminho oposto, do qual convergimos, Sérgio Pinto Martins⁹⁹ sustenta que o fato de o contrato de trabalho representar um pacto de atividade, e não de resultado, e de haver continuidade na prestação do serviço, o qual é remunerado e dirigido por aquele que obtém a prestação, evidencia a existência de um acordo de vontade entre as partes, caracterizando a autonomia privada dos contratantes.

Valentin Carrion, em sua obra atualizada por Eduardo Carrion, assim comenta o artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho:

O consentimento das partes, sendo um dos elementos essenciais dessa categoria, não permitiu sua exclusão do capítulo dos contratos; assim também se deu com outras figuras contratuais controvertidas, não obstante suas peculiaridades; é o caso da compra e venda (apesar da importância da tradição da coisa vendida), do contrato de adesão e outros.

(...)

O contrato de trabalho é de direito privado, consensual, sinalagmático (bilateral), comutativo (equivalência das prestações), de trato sucessivo, oneroso e subordinado¹⁰⁰.

Cite-se, também, a clara lição de Evaristo de Moraes Filho e Antônio Carlos Flores de Moraes:

Apesar de considerarmos a maior parte das normas do direito do trabalho como pertencentes ao campo do direito público, não há como negar que o contrato de trabalho se enquadra ainda no campo do direito privado. (...) A mesma coisa acontece com o casamento, com as sociedades de capitais, com o inquilinato, e assim por diante, que,

⁹⁸ SILVA, Bruno Borges da. Os limites da dimensão fiscalizatória do poder empregatício e a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Revista Trabalhista: Direito e Processo. São Paulo : Ano VIII, Nº 32. Out/Nov/Dez, 2009.

⁹⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 23ª Edição. São Paulo : Editora Atlas, 2007.

¹⁰⁰ CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 31ª Edição. São Paulo : Editora Saraiva, 2006.

apesar de muito limitados em seu exercício e no que diz respeito à autonomia da vontade dos seus titulares, permanecem no campo do direito privado¹⁰¹.

Portanto, na óptica da aplicabilidade dos direitos fundamentais, devemos observar a relação de trabalho, como bem demonstram Sérgio Pinto Martins, Valentin Carrion, Evaristo de Moraes Filho e Antônio Carlos Flores de Moraes, na sua horizontalidade, ou seja, uma relação contratual em que as partes podem negociar os termos do acordo, sendo o empregado dotado de autonomia privada, ainda que ténue na contemporaneidade¹⁰².

Ultrapassada essa premissa, a análise da eficácia dos direitos fundamentais perante particulares (em especial, empregador e empregado) deve ser delimitada sob duas facetas, conforme lição de Ingo Wolfgang Sarlet: material e processual. Primeiramente, o prisma material da questão aborda a problemática da existência, ou não, de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, bem como de verificar a amplitude e o modo desta vinculação. Por outro lado, o prisma processual trata dos meios para tornar efetivos os direitos fundamentais nas relações interprivadas. Abordaremos, em princípio, a perspectiva material da questão, como faz o Professor Sarlet na obra “A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado”.

A matéria surge de maneira relevante quando se verifica que as liberdades dos particulares e dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos não dependem mais, tão somente, de proteção contra as investidas do Poder Público, mas também contra os próprios indivíduos da sociedade, ou seja, contra a esfera privada.

Observe-se a lição de Sarlet que compara a Constituição portuguesa à brasileira a respeito do tema:

Se até mesmo o direito lusitano, no qual a Constituição vigente expressamente consagra uma vinculação das entidades privadas aos

¹⁰¹ MORAES FILHO, Evaristo de. MORAES, Antonio Carlos Flores de. Introdução ao Direito do Trabalho. 10ª Edição. São Paulo : LTR, 2010.

¹⁰² Interessante é a lição de Marlon Murari sobre a autonomia privada no contrato de trabalho: “E o critério da desigualdade pode ser utilizado, analisando-se cada caso concreto, ponderando o direito fundamental com a autonomia privada. Em se tratando de um empregado altamente qualificado, há maior igualdade entre as partes, então dá-se maior importância à autonomia privada, ao passo que, nos casos de um empregado menos qualificado, demonstrada a maior desigualdade, dá-se menor importância à autonomia privada e aumenta a relevância do direito fundamental em questão”. MURARI, Marlon Marcelo. Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado: o equilíbrio está na dignidade da pessoa humana. São Paulo : LTR, 2008.

direitos fundamentais (art. 18/1), não se registra um consenso quanto ao alcance e à forma desta vinculação, o que não dizer do direito constitucional pátrio, no qual inexistente cláusula similar?

Com efeito, tomando-se como ponto de partida justamente o direito português, constata-se que o postulado constitucional da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais não revela, contudo, qual a sua amplitude e intensidade, isto é, o *modus vinculandi*. Assim, questiona-se, por exemplo, se a vinculação das entidades privadas assume as mesmas feições da vinculação dos poderes públicos, bem como se a expressão “entidades privadas” se refere a cada particular ou se apenas engloba determinadas pessoas privadas¹⁰³.

As questões a serem equacionadas são o “como” e o “em que medida” se dá a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Cinco teorias principais buscam respondê-las, as quais veremos rapidamente:

a) Teoria da ineficácia dos direitos fundamentais perante privados: seu principal expoente está no espanhol Juan Maria Bilbao Ubillos, que, na sua obra *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* defende que a eficácia dos direitos fundamentais frente a terceiros seria uma espécie de “cavalo de Tróia”, que destruiria um sistema construído na base da autonomia privada.

Em que pese serem poucos os autores que seguem esta teoria, ainda existem aqueles que consideram perigosa essa extensão aos particulares.

b) Teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais perante privados: também chamada de teoria da eficácia indireta, foi formulada inicialmente pelo alemão Günther Düring e adotada, ainda que não expressamente, pelo Tribunal Constitucional daquele país no caso Lüth¹⁰⁴, conforme leciona Sarlet.

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª Edição. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007.

¹⁰⁴ “Em 1950, Erich Lüth, diretor do Clube de Imprensa de Hamburgo, sustentou boicote público contra o filme ‘Unsterbliche Geliebte’ (amada imortal), dirigido pelo cineasta Veit Harlan, que havia produzido filme de cunho notoriamente anti-semita, durante a ditadura nazista. Harlan obteve decisão do Tribunal de Justiça de Hamburgo no sentido de que Lüth se abstivesse de boicotar o filme, com base no parágrafo 826 do Código Civil (BGB). Contra esta decisão, Lüth ingressou com reclamação constitucional (Verfassungsbeschwerde) perante a Corte Constitucional, argumentando que a decisão do Tribunal de Hamburgo violou sua liberdade de expressão, que – segundo Lüth – protegida também a possibilidade de influir sobre outros mediante o uso da palavra. O Tribunal Constitucional, por sua vez, acolheu o recurso, argumentando que os tribunais civis podem lesar o direito fundamental de livre manifestação de opinião, aplicando regras de Direito Privado. Entendeu a Corte que o Tribunal Estadual desconsiderou o significado do direito fundamental de Lüth (liberdade de expressão e informação) também no âmbito das relações jurídico-privadas, quando ele se contrapõe a interesse de outros particulares. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos

De acordo com esta teoria, os direitos fundamentais não incidem nas relações privadas como direitos subjetivos, mas como normas objetivas de princípio, ou como sistema de valores, isto é, pela eficácia mediata seriam aplicados os direitos fundamentais de forma indireta, por meio da interpretação e integração das 'cláusulas gerais' e conceitos indeterminados do direito privado. Consoante os defensores desse posicionamento, constituiria tarefa do legislador realizar, no âmbito de sua liberdade de conformação e na condição de destinatário precípua das normas de direitos fundamentais, a sua aplicação às relações jurídico-privadas.¹⁰⁵

Portanto, podemos resumir a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais em quatro pontos¹⁰⁶: 1. As normas de direitos fundamentais produzem efeitos nas relações privadas através dos parâmetros dogmáticos e interpretativos próprios do direito privado, ou seja, no caso concreto, a aplicação dessas normas é operada e modulada através dos parâmetros hermenêuticos do direito privado; 2. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é condicionada à mediação do legislador de direito privado, em primeiro plano, e do juiz, em segundo plano; 3. Cabe ao legislador delimitar o conteúdo, as condições de exercício e o alcance dos direitos fundamentais nas relações privadas; 4. Aos juízes e tribunais, perante casos concretos, cabem dar eficácia às normas de direitos fundamentais por meio de interpretação e aplicação dos textos de normas imperativas de direito privado.

c) Teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais perante privados: desenvolvida inicialmente por Hans Carl Nipperdey, e aperfeiçoada por Walter Leisner, essa teoria não admite que o Direito Privado venha a construir um "gueto", como leciona Sarlet¹⁰⁷, à margem da Carta Magna, já que os direitos fundamentais constituiriam normas de valores aplicáveis a toda ordem jurídica, em razão do postulado da força normativa da Constituição.

particulares aos direitos fundamentais. In: _____. A Constituição Concretizada – Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre : Livraria do Advogado : 2000.

¹⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁶ STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos privados. São Paulo : Editora Malheiros, 2004.

¹⁰⁷ SARLET, Op. Cit.

A teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, adotada em primeiro lugar pelo Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha em 1954, funda-se em três premissas básicas, conforme Wilson Steinmetz¹⁰⁸: 1) As normas de direito fundamentais conferem ao particular uma posição jurídica oponível não apenas ao Estado, mas também aos demais particulares; 2) Os direitos fundamentais atuam como direitos subjetivos constitucionais independentemente de serem públicos ou privados; 3) Em razão de serem direitos subjetivos constitucionais, eles operam eficácia independentemente da existência de regulações legislativas específicas ou de interpretação das cláusulas de direito privado.

d) Teoria da imputação ao Estado: desenvolvida pelo alemão Jürgen Schwabe, esta teoria apresenta-se como alternativa às teorias do direito à proteção e da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados. De acordo com este pensamento, toda lesão de direito fundamental deve ser imputada ao Estado, pois resultaria de uma permissão estatal ou de uma não proibição.

Sintetizando a teoria de Schwabe, Steinmetz leciona que,

se não as proibiu, então o Estado é responsável direto e universal pelas lesões de direitos fundamentais entre particulares. Assim, o problema da vinculação dos particulares a direitos fundamentais desloca-se para o plano das relações entre indivíduo e Estado, plano em que os direitos fundamentais operam eficácia imediata e direta porque direitos de defesa ante o Estado.¹⁰⁹

e) Teoria integradora: esta teoria desenvolvida por Robert Alexy parte do pressuposto de que os modelos da eficácia mediata, imediata e de imputação possuem, cada um, aspectos corretos e incorporáveis em uma única construção dogmática.

Conforme Alexy¹¹⁰, as três teorias levam em consideração que, nas relações privadas, ambas as partes são detentoras de direitos fundamentais e que, por essa razão, a eficácia dos mesmos deve ser graduada mediante ponderação. Ademais, prossegue o professor alemão propondo um modelo de

¹⁰⁸ STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos privados. São Paulo : Editora Malheiros, 2004.

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

eficácia construído em três níveis: I) nível dos deveres do Estado, onde se encontraria a teoria da eficácia mediata, onde os direitos fundamentais seriam princípios objetivos que obrigariam o Estado a levá-los em conta nas atividades de legislação e jurisdição; II) nível das relações jurídicas entre o particular e o Estado, abraçando, aqui, a teoria de Schwabe (teoria da imputação) e considerando que o particular possui um direito fundamental de proteção ante o Estado; III) nível das relações jurídicas entre particulares, onde se situaria a eficácia direta (imediata) dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Expostas as cinco principais construções dogmáticas a respeito da eficácia dos direitos fundamentais entre privados, surge a dúvida: qual delas é adotada pelos nossos Tribunais? Sem dúvida, na jurisprudência brasileira, destaca-se a corrente da eficácia imediata (Hans Carl Nipperdey e Ingo Wolfgang Sarlet). Isto é, no Brasil, da mesma forma que os direitos fundamentais incidem na relação Estado-particular, incidem na relação particular-particular. Para Carolina Lobato Goes de Araújo¹¹¹, a característica primordial da corrente majoritária no nosso país é a ausência de intermediação das regras de direito privado na interpretação dos dispositivos constitucionais, em especial o artigo 5º, que são imediatamente aplicáveis, inclusive por força do parágrafo primeiro do referido dispositivo.

O próprio Supremo Tribunal Federal, em dois paradigmáticos julgamentos, decidiu pela eficácia horizontal e imediata dos direitos fundamentais. No Recurso Extraordinário 201.819/RJ¹¹², por três votos

¹¹¹ ARAÚJO, Carolina Lobato Goes de. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br>. Acesso em 03/03/2011.

¹¹² SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede

(Ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Celso de Mello) contra dois (Ministros Carlos Veloso e Ellen Gracie), a Segunda Turma da Corte Suprema julgou que *“as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.”* Também no Recurso Extraordinário 161.243/DF¹¹³, foi decidido pela aplicação direta nas relações privadas. Dizia respeito o caso a um empregado brasileiro que trabalhava na companhia aérea *Air France*, sem que lhe fosse aplicado o Estatuto do Pessoal da empresa, que concedia diversas vantagens aos

constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

(RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821)

¹¹³ CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido. (RE 161243, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 29/10/1996, DJ 19-12-1997 PP-00057 EMENT VOL-01896-04 PP-00756)

empregados, por não ser o indivíduo de nacionalidade francesa, ofendendo, assim, o princípio da igualdade.

Este processo de horizontalização dos direitos fundamentais ganhou campo especialmente fértil no Direito do Trabalho para se desenvolver, visto que, no âmbito laboral, o empregado abre mão de uma parcela de suas liberdades na medida em que se coloca à disposição do empregador, prestando-lhe serviços e por ele sendo fiscalizado, controlado e remunerado. Cada vez mais está sendo recepcionada a inserção dos direitos fundamentais, o que gera uma grande mobilização por parte do Judiciário Trabalhista, consoante Maurício Carvalho de Góes. Prova disso são os Enunciados de número 1 a 17, editados na 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, promovida pelo Tribunal Superior do Trabalho, pela Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas e pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados do Trabalho em 2007. Observe-se, por exemplo, o que dispõe o Enunciado nº 1:

DIREITOS FUNDAMENTAIS. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO. Os direitos fundamentais devem ser interpretados e aplicados de maneira a preservar a integridade sistêmica da Constituição, a estabilizar as relações sociais e, acima de tudo, a oferecer a devida tutela ao titular do direito fundamental. No Direito do Trabalho, deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana.

2. O PODER FISCALIZATÓRIO DO EMPREGADOR E REFLEXÕES CONCRETAS

O artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho faz importante referência aos requisitos intrínsecos à relação de emprego ao dispor que se considera empregado *“toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”*. Ao assim estabelecer, o legislador trabalhista definiu como requisitos fáticos-jurídicos (isto é, requisitos que demonstram a existência de vínculo de emprego no plano dos fatos): a prestação de serviços por pessoa física, com personalidade e onerosidade, de forma não eventual e subordinada.

A doutrina, por sua vez, é firme quando dispõe a respeito da característica de subordinação do empregado perante o empregador,

especialmente importante para os fins propostos neste trabalho. O clássico mestre brasileiro de Direito do Trabalho, Mozart Victor Russomano¹¹⁴, por exemplo, ensina com propriedade que a característica essencial da relação de emprego está no fato de que o empregado presta serviços subordinado às ordens legítimas do empregador. Na doutrina mais recente, Gustavo Filipe Barbosa Garcia¹¹⁵ considera a subordinação o requisito de maior relevância na caracterização da relação de emprego.

A relação de emprego, portanto, através do seu requisito da subordinação, gera um inegável estado de poder para o empregador, que, segundo o Ministro Maurício Godinho Delgado¹¹⁶, constitui uma das dimensões mais importantes do fenômeno do poder no mundo contemporâneo. Ensina o ilustre Ministro:

O fenômeno do poder é um dos mais relevantes e recorrentes na experiência histórico-social do homem. Em qualquer relação minimamente constante (e mesmo em inúmeros contatos apenas episódicos) entre duas ou mais pessoas ou entre grupos sociais mais amplos desponta como elemento central de estruturação e dinâmica dessa relação o fenômeno do poder.

(...)

No contexto empregatício, manifesta-se uma das dimensões mais importantes do fenômeno do poder no mundo contemporâneo. De fato, ao se saber se a relação de emprego constitui-se na relação de trabalho mais significativa do sistema produtivo ocidental inaugurado há pouco mais de duzentos anos, depreende-se a relevância que tem, para a própria compreensão da atual sociedade, o conhecimento acerca do fenômeno do poder empregatício.

Tem-se, então, que o poder do empregador e a sujeição do empregado não são criações abstratas do legislador ou da doutrina trabalhista, mas reflexos da realidade econômica-social, uma vez que a produção carece de direção do trabalho que a realiza.

A ordem jurídica, portanto, ao reconhecer e tutelar o poder empregatício do empregador garante-lhe os meios do regular desenvolvimento da sua atividade. Além disso, o poder empregatício está intimamente relacionado à

¹¹⁴ RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de Direito do Trabalho. 4ª Edição. Curitiba : Juruá Editora, 1991.

¹¹⁵ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa Garcia. Curso de Direito do Trabalho. 4ª Edição. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2010.

¹¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Poder no Contrato de Trabalho. Revista Síntese Trabalhista. Porto Alegre, Ano VIII, nº 95, Mai, 1997.

subordinação jurídica¹¹⁷, um dos principais pressupostos de relação de emprego.

Cito, por fim, antes de adentrarmos no estudo no poder empregatício, trecho elucidador da obra de Marlon Marcelo Murari:

É dizer, ao mesmo tempo em que o poder no âmbito específico da relação empregatícia sofre as influências do fenômeno do poder no contexto global, também influencia na configuração do processo democrático, a começar pela própria relação entre as partes e o estabelecimento das formas em que a mesma ocorrerá. Por isso é que o estudo do poder diretivo do empregador revela-se importante, especialmente a investigação dos seus limites, pois suas manifestações não produzem efeitos apenas no campo empregado/empregador, mas, do mesmo modo, na sociedade em geral, vez que se trata de verdadeiro fenômeno democrático...¹¹⁸

2.1. O PODER EMPREGATÍCIO: DENOMINAÇÃO E CONCEITOS

Antes de definirmos o que venha a ser o poder empregatício e de demonstrarmos como a doutrina conceitua-o, não podemos deixar de referir à divergência doutrinária a respeito da denominação deste poder do empregador.

Enquanto a professora Carmen Camino e o Ministro Arnaldo Süssekind, com a propriedade que lhes é peculiar, preferem utilizar a expressão “poder de comando”, Sérgio Pinto Martins e Octavio Bueno Magano referem-se ao “poder diretivo”, ou “poder de direção”. A denominação “poder hierárquico” tem sido rechaçada por doutrinadores como Alice Monteiro de Barros e Maurício Godinho Delgado. De acordo com a referida professora, o termo não guarda tradição no direito brasileiro por constituir “ressaibo do corporativismo”. Na

¹¹⁷ A questão da natureza da subordinação no contrato de emprego é de difícil elucidação. Sobre o assunto, observe-se trecho da obra do Professor Francisco Rossal de Araújo: “Não existe um conceito unitário para a subordinação jurídica. (...) Há uma sujeição do empregado à vontade do empregador, em face de ter posto à disposição deste a sua força-trabalho mediante a contraprestação de salário. Disso decorre o poder diretivo do empregador. Como proprietário da empresa, ao assumir os riscos do empreendimento econômico, recebe o poder de dispor sobre a força de trabalho de seus empregados, no sentido de fazer funcionar uma unidade de produção. (...) A questão que se põe nessa altura do desenvolvimento é saber se a subordinação possui caráter pessoal (subjetivo) ou funcional (objetivo). A doutrina mais recente admite que a subordinação é uma conduta voltada para um procedimento produtivo, partindo da atividade desenvolvida e concentrando-se nela, inserindo-se num processo de produção de bens e/ou serviços. Feitas todas essas considerações a respeito da dependência econômica e da subordinação jurídica, pode-se dizer que ambas devem ser entendidas em relação de causa e efeito. A dependência econômica sempre será o substrato material da subordinação jurídica, que representa a sua face formal.” ARAÚJO, Francisco Rossal de. A boa-fé no contrato de emprego. São Paulo : LTR, 1996.

¹¹⁸ MURARI, Marlon Marcelo. Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado: o equilíbrio está na dignidade da pessoa humana. São Paulo : LTR, 2008.

mesma esteira, o Ministro afirma que tal expressão carrega-se de rigidez incompatível com o processo de democratização do fenômeno intraempresarial do poder¹¹⁹. Prossegue o autor defendendo a utilização da expressão “poder empregatício”, da qual nos valeremos neste trabalho, ou ainda “poder intraempresarial”.

Ultrapassada esta preliminar de denominação, vejamos o que a doutrina menciona a respeito do poder empregatício, lembrando que nem todos os autores utilizam a mencionada expressão.

Nos ensinamentos de Arnaldo Süssekind,

... o empresário, porque no regime capitalista assume o risco do seu empreendimento econômico, tem o poder: a) de estruturar organicamente a empresa; b) estabelecer a hierarquia entre a alta administração da empresa, os empregados que gerenciam ou chefiam os respectivos órgãos e os demais empregados; c) diretamente ou por aqueles a quem delegar esse encargo, a atribuição de dirigir a prestação pessoal dos serviços dos empregados; d) fixar as regras disciplinares e as correspondentes sanções. Esses Poderes configuram o poder de comando, também conhecido como poder hierárquico ao qual se subordina juridicamente o empregado ao celebrar o contrato de trabalho¹²⁰.

Carmen Camino, por sua vez, ensina:

A lei outorga ao empregador um poder jurídico, cuja origem é o contrato de trabalho. Tal poder – que a doutrina tradicional intitula poder de comando – emerge da condição jurídica que o habilita a dispor da força de trabalho contratada junto ao empregado e, conseqüentemente, porque não há separação possível entre a força de trabalho e o homem que trabalha, da própria pessoa do trabalhador¹²¹.

Há de ser mencionado também o conceito dado por Octavio Bueno Magano. Segundo o professor, poder diretivo é a capacidade, oriunda do seu direito subjetivo ou da organização empresarial para determinar a estrutura

¹¹⁹ “Não há poderes de homens sobre homens. Há relações jurídicas, intercâmbio jurídico. O que se sobrepõe às pessoas, seja pelo contrato, seja pela instituição é a lei. Em círculo permanente na órbita do Direito, empregado e empregador necessariamente devem ser vistos como esferas jurídicas que se intercambiam dentro de um princípio de tutela coerentemente distribuída. É indispensável que se entenda, na análise do poder diretivo, que se o poder é jurídico, ele se exercita entre esferas jurídicas, a do empregador, de um lado, e a de cada um de seus empregados, os trabalhadores, do outro. Logo, afasta-se a idéia de poder hierárquico em seu conteúdo personalístico, discricionário, que se exerça incondicionadamente. (...) Parte-se do princípio de que o empregador não se utiliza de outro homem, o trabalhador (empregado), mas de sua atividade. O objeto do contrato de trabalho é o trabalho e não o trabalhador.” VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de emprego. 3ª Edição. São Paulo : LTR, 2005.

¹²⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro : Editora Renovar, 2002.

¹²¹ CAMINO, Carmen. Direito Individual do Trabalho. 4ª Edição. Porto Alegre : Editora Síntese, 2003.

técnica da empresa e dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, objetivando, assim melhor realizar as suas finalidades.¹²²

A principal característica da relação de emprego é a atividade pessoal e produtiva do empregado, prestada sob subordinação jurídica ao empregador. É essa subordinação que, embora não configure uma submissão pessoal, gera um inequívoco estado de poder para o empregado. Nesse sentido, utilizando-se da lição de Délio Maranhão¹²³, o poder empregatício decorre do contrato de trabalho, de sorte que, qualquer que seja a forma de trabalho subordinado, sobressaem para o empregador os direitos de direção e comando, controle e disciplina¹²⁴.

O ordenamento jurídico brasileiro não traz uma definição legal de que constitui o poder empregatício, limitando-se a fazer breves referências. O artigo 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, por exemplo, define o empregador como a parte do contrato de trabalho que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige (eis aqui o foco do nosso estudo) a prestação pessoal de serviços. Outrossim, o artigo 3º do mesmo diploma define o empregado como aquele que, entre outras características, presta serviço sob a dependência do empregador.

Observa-se claramente, então, que a legislação prevê expressamente a possibilidade de direção e fiscalização, por parte do empregador, dos serviços prestados pessoalmente pelo trabalhador, que se encontra sob dependência (subordinado) àquele, em virtude do contrato de trabalho. Todavia, em que pese esse raciocínio, verifica-se que a nossa legislação trabalhista não se preocupou em definir o poder empregatício, cabendo esta atividade à doutrina

¹²² MAGANO, Octavio Bueno. Do poder diretivo na empresa. São Paulo : Saraiva, 1982.

¹²³ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. 22ª Edição, Vol. 1. São Paulo : Editora LTR, 2005.

¹²⁴ Por decorrer da relação de emprego, pode-se concluir que em relação a ela não pode preexistir o poder empregatício. Ou seja, trata-se de um elemento do contrato de trabalho, que só durante a sua execução se manifesta. Sobre o assunto, importante salientar a lição de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena: *“Adianta-se, daí, que o poder diretivo não se revela somente quando atua ou a todo o momento se manifeste, através de ordens, indicações, disposições gerais ou quaisquer atos de comando que imprimam um sentido concreto e imediato na atividade do empregado. Há momentos e situações, dada a natureza do trabalho prestado ou da categoria do trabalhador, que esse poder se atenua, e até mesmo se não percebe nem se pressinta. Nem por isso, entretanto, deixa de existir. O tônus potencial do curso da atividade como que vem à tona e se sobressai. A voz, a ordem, a proibição, a advertência, o controle, a fiscalização, o ponto, o horário predeterminado, a apreensão expectante são manifestações formais e elementares desse poder.”* VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de emprego. 3ª Edição. São Paulo : LTR, 2005.

e à jurisprudência, razão pela qual se reveste de peculiar importância a análise conceitual que fizemos junto aos principais autores trabalhistas do Brasil.

A título de comparação, o Código do Trabalho de Portugal, aprovado pela Lei 99/2003, em seu artigo 150, reconhece expressamente a existência de um poder empregatício:

Artigo 150. Poder de direcção. Compete ao empregador, dentro dos limites decorrentes do contrato e das normas que o regem, fixar os termos em que deve ser prestado o trabalho.

Na relação de emprego, a subordinação é um lado da moeda e o poder diretivo é o outro lado. Sendo o empregado um trabalhador subordinado, o empregador tem direitos não sobre a sua pessoa, mas sobre o seu labor. Através do poder de direcção, portanto, o empregador possui a faculdade de determinar modo como a atividade de seu empregado deve ser realizada, em decorrência do próprio contrato de trabalho¹²⁵.

Sobre a relação entre o poder empregatício e a subordinação, leciona Eugênio Haizenreder Júnior¹²⁶:

(...) o poder diretivo estende-se a todos aqueles atos de previsão que, sobre o trabalho de outrem, impliquem garantia dos meios de manter-se a regular atividade do processo produtivo ou de troca de bens e serviços, compreendendo a disponibilidade dos meios de produção, neste se incluindo a atividade do empregado. Todas as formas de manifestação do poder patronal, todavia, dependerão da concretização da ordem e da aceitação do comando, isto é, o poder emanado pelo empregador vincula-se à sujeição e obediência pelo empregado. Portanto, ao analisar-se o poder de direcção, não há como deixar de se reportar a um aspecto fundamental que caracteriza a figura do empregado: a subordinação.

(...)

É bem verdade que a eficiência do poder diretivo ou da ordem emanada está na aceitação da mesma pelo empregado, o que não importa, contudo, em autorizar que a direcção empresarial ingresse na esfera individual do trabalhador.

2.2. FUNDAMENTOS DO PODER EMPREGATÍCIO: BREVE ANÁLISE DAS TEORIAS PREDOMINANTES

¹²⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito contemporâneo do trabalho. São Paulo : Editora Saraiva, 2011.

¹²⁶ JÚNIOR, Eugênio Haizenreder. Direito à privacidade e poder diretivo do empregados: o uso do e-mail no trabalho. São Paulo : Editora Altas, 2009.

Estudar os fundamentos de um instituto jurídico consiste na pesquisa acerca de suas origens. Portanto, quando falamos em fundamentos do poder empregatícios, devemos ter em mente às principais teorias que lhe deram origem. O Ministro Godinho Delgado, em sua obra específica sobre o tema do poder empregatício, leciona:

A origem e reprodução social consubstanciam, pois, a equação investigativa mais rica acerca de qualquer fenômeno social eleito. (...) Na Ciência do Direito, por sua vez, o estudo da origem e fundamentação jurídica cumpre papel próximo a essa mencionada equação investigativa. Origem, pesquisando o substrato que responde pela emergência e afirmação do fenômeno no plano do direito; fundamentação, tratando do fenômeno cultural que justifica a reprodução do fenômeno no interior da ordem jurídica.¹²⁷

Importantes autores de Direito do Trabalho, como Gustavo Filipe Barbosa Garcia e Amauri Mascaro Nascimento, costumam trazer os fundamentos deste poder conferido ao empregador divididos da seguinte forma: fundamentos legais, primeiramente, e, em seguida, fundamentos doutrinários, que abrangem as quatro principais teorias sobre o assunto (teoria da propriedade privada, teoria institucionalista, teoria publicística e teoria contratualista). Para fins didáticos, adotemos, pois, a mencionada divisão.

Os fundamentos legais buscam identificar os textos jurídicos que dão embasamento ao poder empregatício no contexto do Direito. Todavia, essa investigação não encontra qualquer norma que se refira, expressamente, ao poder de direção do empregador. Ocorre que, no Direito do Trabalho brasileiro, não existem leis que instituem e regulamentem o estudado fenômeno jurídico, de modo que apenas indiretamente ou implicitamente a legislação trabalhista trata do assunto, estabelecendo e regulando prerrogativas no âmbito intraempresarial.

Dentre os fundamentos legais, embora indiretos, para o poder empregatício, merece destaque o artigo 2º, caput,¹²⁸ da CLT, em especial quando dispõe que se considera empregador aquele que, assumindo os riscos da atividade econômica, dirige a prestação pessoal do serviço. Além do dispositivo mencionado, podem ser destacados outros do mesmo diploma que

¹²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. O Poder Empregatício. São Paulo : LTR, 1996.

¹²⁸ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

reconhecem o conhecido *jus variandi* do empregador, como, por exemplo, os artigos 469, caput,¹²⁹ (disciplina a transferência do empregado de local de trabalho) e 474¹³⁰ (limita o tempo de suspensão do empregado em 30 dias por fins disciplinares).

No que se refere aos fundamentos doutrinários do poder empregatício, segundo Maurício Godinho Delgado, esta dimensão de pesquisa “*busca a efetiva fundamentação do poder empregatício, isto é, a causa ou fator que confere título e substrato jurídicos à própria existência do fenômeno e que permite sua incorporação pelo universo normativo vigente*”¹³¹.

Nesse campo de pesquisa, menciona a doutrina quatro principais teorias que dariam origem ao poder de comando do empregador. Vejamos cada uma separadamente:

a) Teoria da propriedade privada: de acordo com esta teoria também chamada de teoria senhorial, o poder de comando do empregador fundar-se-ia no direito de propriedade deste sobre o empreendimento, o que lhe conferiria o poder de organizar, controlar e disciplinar o trabalho prestado pelos empregados. O empregador comandaria, então, porque é dono. É uma das correntes mais antigas, remontando aos primórdios do capitalismo e da Revolução Industrial.

Evaristo de Moraes Filho, adepto à teoria da propriedade privada, argumenta:

Não há dúvida que dentro do seu estabelecimento é o empregador soberano em suas ordens e serviço. E isso por uma razão muito simples: no regime capitalista, sobre o qual nós vivemos, é o patrão o proprietário no seu negócio, julgando-se por isso o senhor do céu e da terra.¹³²

José Martins Catharino leciona que “*o direito hierárquico do empregador – já dissemos – fundamenta-se na propriedade privada, pouco importando se ele não o exerce diretamente*”.

Claramente não foi a teoria adotada pela nossa legislação trabalhista.

¹²⁹ Art. 469 - Ao empregador é vedado transferir o empregado, sem a sua anuência, para localidade diversa da que resultar do contrato, não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança do seu domicílio .

¹³⁰ Art. 474 - A suspensão do empregado por mais de 30 (trinta) dias consecutivos importa na rescisão injusta do contrato de trabalho.

¹³¹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª Edição. São Paulo : LTR, 2010.

¹³² MORAES FILHO, Evaristo *apud* NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Compêndio de Direito do Trabalho. São Paulo : LTR, 1976.

Na opinião de Godinho Delgado¹³³, esta teoria confere ao empregador um poder unilateral e quase despótico para regular a relação de emprego, bem como não consegue diferenciar o poder situado nas relações de produção servis e escravagistas do poder empregatício. Alice Monteiro de Barros¹³⁴ refuta-a sob o argumento de que não se coaduna com a função social da propriedade, já que o empregador comanda o trabalho como credor, e não como senhor. Ademais, a mencionada teoria confronta diretamente o princípio da liberdade de trabalho, visto que a liberdade de contratar e de aceitar as diretrizes impostas pelo empregador e as condições de trabalho não se compatibilizam com a unilateralidade da teoria da propriedade privada.

b) Teoria institucionalista: na lição de Gustavo Filipe Barbosa Garcia, faz-se menção a essa teoria “*no sentido de que a empresa, exercida pelo empregador (ou com ele se confundindo) e na qual estão inseridos os empregados de forma organizada e hierarquizada, é o âmbito de exercício do poder de direção, que tem nela o seu fundamento, com o objetivo de perpetuação da atividade empresarial*”¹³⁵. Assim sendo, o poder empregatício, segundo essa teoria, surgida na Europa Ocidental do entre-guerras, teria origem na própria natureza da empresa, considerada como um conjunto de atividades e um agrupamento social complexos.

Roberto Barreto Prado, principal defensor da teoria institucional, ensina em seu Tratado de Direito do Trabalho:

“A empresa é uma instituição, que decorre da organização do trabalho, para a obtenção de utilidades. Pressupõe a hierarquia e a colaboração entre os seus membros. (...) Quem dirige a empresa acha-se naturalmente investido do poder de dar ordens sobre serviços e de impor a disciplina no ambiente de trabalho. Esse poder provém não do livre contrato entre as partes celebrado, mas da natureza da instituição, não podendo deixar de ser juridicamente reconhecido”.

Do mesmo modo que a teoria senhorial, esta não possui guarida no nosso ordenamento jurídico trabalhista, já que não se presta a explicar a origem do poder diretivo e, também, por afastar a presença da liberdade na relação de emprego. Consoante Godinho Delgado¹³⁶, esta teoria trata, na

¹³³ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª Edição. São Paulo : LTR, 2010.

¹³⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo : Editora LTR, 2005.

¹³⁵ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa Garcia. Curso de Direito do Trabalho. 4ª Edição. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2010.

¹³⁶ DELGADO, Op. Cit.

verdade, de concepção justificadora do poder, e não de uma concepção explicativa dessa situação. Outrossim, dissimula a presença dos sujeitos envolvidos no fenômeno do poder empregatício, através da idéia de instituição, supostamente agregadora de vontade e interesses próprios.

c) Teoria publicística: segundo a teoria publicística, de cunho igualmente autoritário e que remonta ao início do século XX, o poder empregatício do empregador tem origem na delegação pelo Poder Público. De acordo com Marcelo Murari, esta teoria teve relevância no Brasil à época do advento da CLT, em 1943, editada sob influência da Carta del Lavoro do regime fascista italiano, onde os superiores interesses da nação deveriam servir de norte aos regulamentos particulares da produção.

Sobre o assunto, leciona Arion Romita¹³⁷:

Essa tese poderia realmente merecer alguma atenção à época em que aventada (o estudo doutrinário em exame foi publicado em junho de 1944), ou seja, durante a vigência da Constituição de 10 de novembro de 1937, que tanta ênfase deu aos 'superiores interesses da produção nacional' (...), a exemplo do diploma que, no particular, lhe serviu de modelo – a Carta del Lavoro.

d) Teoria contratualista: a teoria majoritária na doutrina brasileira é chamada de contratualista. Parte-se do pressuposto de que o poder de comando do empregador tem origem no próprio contrato de trabalho e na vontade das partes, através da qual surge, para o trabalhador, o estado de subordinação jurídica e, para o empresário, o poder empregatício.

Alice Monteiro de Barros¹³⁸, igualmente, defende a aplicabilidade da teoria contratualista no direito do trabalho brasileiro:

Mais consistente é a teoria que fundamenta a existência dos poderes do empregador no contrato de trabalho. Esses poderes são consequência imediata da celebração do ajuste entre empregado e empregador, o qual coloca sob a responsabilidade deste último a organização e a disciplina do trabalho realizado na empresa, quer vista sob a forma de empresa capitalista, quer sob o prisma da empresa socializada.

Por fim, outro defensor da teoria é o ministro Godinho Delgado¹³⁹, para quem esta concepção é a única que abrange todas as hipóteses de

¹³⁷ ROMITA, Arion Sayão. O fascismo no direito do trabalho brasileiro. São Paulo : LTR, 2001

¹³⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo : LTR, 2005.

¹³⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª Edição. São Paulo : LTR, 2010.

configuração histórica-jurídica para a explicação da origem do poder empregatício. Ademais, o referido autor argumenta que a noção de contrato, pela sua amplitude, torna-se capaz de compreender as diversas variações da relação de emprego, desde as mais assimétricas, como as caracterizadas pelo unilateralismo do início do século XX, até as mais democráticas, prevendo inclusive a participação dos empregados e das comissões empresariais.

Amauri Mascaro Nascimento assim escreve sobre a teoria contratualista da origem do poder empregatício:

(...) o poder de direção encontra suporte no contrato de trabalho, ajuste de vontades no qual o empregado espontaneamente se põe em posição de subordinação, aceitando a direção da sua atividade pelo empregador¹⁴⁰.

Este mesmo autor, na mesma obra acima referida, propõe uma quinta concepção, a qual denomina teoria do interesse. Segundo Mascaro Nascimento, *“o poder de direção resulta do interesse do empregador em organizar, controlar e disciplinar o trabalho que remunera, destinado aos fins propostos pelo seu empreendimento”*.

2.3. O DEBATE TEÓRICO A RESPEITO DA NATURA JURÍDICA DO PODER EMPREGATÍCIO

O Ministro Godinho Delgado¹⁴¹ leciona que a natureza jurídica de um instituto jurídico resulta da combinação de dois procedimentos: definição, onde se busca a essência do instituto, e comparação, responsável por posicionar esse instituto no universo daqueles que lhe são próximos. Eis, portanto, a equação característica da natureza jurídica: definição x comparação.

A pesquisa acerca da natureza jurídica do poder empregatício trouxe como resultado vertentes distintas. Dentre elas, podemos citar como mais importantes: poder como direito potestativo, como direito subjetivo e como direito-função.

¹⁴⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 27ª Edição. São Paulo : LTR, 2001.

¹⁴¹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª Edição. São Paulo : LTR, 2010.

“(...) encontrar a natureza jurídica de um instituto do Direito consiste em se apreender os elementos fundamentais que integram a composição específica desse instituto, contrapondo-os, em seguida, ao conjunto mais próximo de figuras jurídicas, de modo a classificar o instituto enfocado no universo de figuras existentes no Direito”.

A primeira concepção a respeito do poder empregatício considera-o como direito potestativo do empregador, no sentido de que nada poderia ser oposto ao exercício do direito do empregador, o qual produziria efeitos pela mera declaração de vontade. De acordo com esta teoria, o empregado encontrar-se-ia em completo e perpétuo estado de sujeição, devendo suportar os efeitos inerentes ao direito potestativo do empregador, sejam eles quais fossem.

Sobre o tema, eis a valiosa lição de Octavio Bueno Magano:

No plano da relação intersubjetiva, que se estabelece entre empregado e empregador, o poder diretivo constitui expressão de um direito potestativo. Os direitos e obrigações de que se investe cada uma das partes (remuneração e incumbências respectivas, por exemplo) estão explicitadas no contrato. Mas este institui, por outro lado, o poder diretivo do empregador, que se define como direito potestativo porque lhe atribui a capacidade de influir a qualquer momento sobre a relação jurídica existente, determinando o conteúdo das prestações das partes. A existência do direito potestativo está ligada, como se sabe, ao reconhecimento de que a relação jurídica dá margem a várias posições subjetivas. (...) Quando o sujeito ativo realiza o seu direito prescindindo da colaboração do sujeito passivo, delinea-se o direito potestativo, sendo a posição deste último caracterizada então por descompromisso total.

Observando-se o poder empregatício como um direito subjetivo do seu titular, o empregador, para a satisfação do seu interesse, agiria em estrita conformidade com a cláusula contratual. Ao direito subjetivo do empregador contrapõe-se uma obrigação. De acordo com o Ministro Godinho Delgado¹⁴², a concepção de poder intraempresarial como direito subjetivo civiliza as prerrogativas a ele inerentes, traduzindo um grande avanço em relação à teoria que entendia o poder diretivo como um direito potestativo.

Sobre a natureza de direito subjetivo, assim leciona Ana Paula Pavelski¹⁴³:

O direito de crédito do empregador em relação ao empregado, ou seja, de exigir deste a prestação de serviços (débito), explicaria a natureza de direito subjetivo do poder de direção. Mas não só. O empregado também possui crédito junto ao empregador, pois, em troca da prestação de contas de seu serviço receberá um salário. Percebe-se que, diferente de outras relações, nas quais o sujeito ativo consubstancia-se no credor e o sujeito passivo no devedor de forma estanque, no contrato de trabalho há uma complexidade de relações,

¹⁴² DELGADO, Mauricio Godinho. O poder empregatício. São Paulo : LTR, 1996.

¹⁴³ PAVELSKI, Ana Paula. Os direitos da personalidade do empregado em face do exercício abusivo do poder diretivo do empregador. Curitiba : Editora Juruá, 2009.

pois as figuras de credor e devedor localizam-se tanto no empregador quanto no empregado, dependendo do ângulo que se toma a relação.

A mais relevante percepção do poder diretivo considera a sua natureza como um direito-função. Direito-função é o poder atribuído ao sujeito de direito não para a tutela do seu próprio interesse, mas sim de um interesse alheio, quase sempre superior. Ao contrário do que sucede com o direito subjetivo, considerado *stricto sensu*, que visa sempre à satisfação do interesse particular, o direito-função satisfaz interesse alheio, seja individual, como no caso do menor em regime de tutela, seja coletivo e superior, como no caso da família, da empresa, do grupo profissional ou econômico.¹⁴⁴

Prossegue o renomado autor lecionando que, modernamente, fortalece-se a idéia de que o poder diretivo do empregador está vinculado ao interesse da própria empresa, e não apenas do empresário visto subjetivamente. Ocorre que, na medida em que a empresa foi se transformando em uma convergência de interesses (do empresário, administradores, trabalhadores, sociedade, Estado, etc.), o poder empregatício tem se aproximado cada vez mais de um direito-função, exercido em prol da empresa.

Na concepção de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, a direção que qualifica a pessoa como empregador é um poder-função atrelado a um campo certo de misteres, que tem por objeto o cumprimento de determinados fins, de natureza técnica. Leciona que, ao conceber-se a empresa como unidade técnico-econômica de produção ou troca de bens e serviços, duas ordens básicas de consideração devem ser expostas: externamente, a empresa realiza fins; internamente, organiza-se e opera. Para que se alcance a finalidade empresarial, torna-se indispensável a coordenação e a harmonização entre as atividades desenvolvidas pela empresa. Dessa forma, considerando que a assunção de riscos da atividades econômica recai tão somente sobre o empregador, é este quem deverá imprimir os rumos do negócio e conduzir a atividade laboral.¹⁴⁵

Em outras palavras, o poder empregatício como direito-função consiste no poder de, no interesse alheio da comunidade de seus empregados, dirigir e comandar o empreendimento.

¹⁴⁴ MAGANO, Octavio Bueno. Do poder diretivo na empresa. São Paulo : Saraiva : 1982.

¹⁴⁵ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *apud* HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho. São Paulo : Editora Atlas, 2009.

2.4. A FISCALIZAÇÃO COMO UMA FORMA DE MANIFESTAÇÃO DO PODER EMPREGATÍCIO E A NECESSIDADE DE LHE IMPOR LIMITES

Vimos, portanto, que o poder empregatício consiste, em linhas gerais, na prerrogativa de que dispõe o empregador para definir como serão desenvolvidas as atividades dos empregados em seu empreendimento, decorrente do contrato de trabalho. Contudo, esse poder não se limita a regulamentar tão somente o aspecto organizacional da empresa, pois, através dele, o empregador pode controlar e fiscalizar o trabalho, conforme as suas finalidades.

A exteriorização do poder empregatício ocorre, então, quando o empregador dita as ordens ao trabalhador sobre a maneira e o local de cumprimento de suas tarefas, organiza o funcionamento do empreendimento, fiscaliza a prestação dos serviços pelos seus empregados, pune aqueles eventuais infratores, regulamenta a “vida intraempresarial”, entre outros.

Em que pese a similaridade em muitos casos, não existe, na doutrina, uma forma unificada de divisão dos poderes do empregador, que compreenda todos os seus aspectos, seja o organizacional, o fiscalizatório, o disciplinar, entre outros. O professor Octavio Bueno Magano¹⁴⁶, por exemplo, leciona que o poder empregatício poderia ser dividido em poder diretivo *stricto sensu*, poder organizacional e poder disciplinar. Sérgio Pinto Martins¹⁴⁷, a seu turno, fala em poder de controle, poder de organização e poder disciplinar. A professora Carmen Camino¹⁴⁸ ensina que as múltiplas formas de expressão desse poder diretivo do empregador podem ser sintetizadas nos atos de regulamentar a relação de emprego, distribuir, corrigir, orientar, fiscalizar, adequar a prestação do serviço às necessidades da empresa e impor sanções disciplinares ao empregado que comete falta. A Procuradora Geral do Trabalho Sandra Lia Simón¹⁴⁹, finalmente, possui o entendimento de que o poder organizacional seria o poder diretivo propriamente dito, compreendendo esse a faculdade de o empregador controlar o capital e o trabalho, de modo que o poder de controlar

¹⁴⁶ MAGANO, Octavio Bueno. Do poder diretivo na empresa. São Paulo : Saraiva : 1982.

¹⁴⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 23ª Edição. São Paulo : Editora Atlas, 2007.

¹⁴⁸ CAMINO, Carmen. Direito Individual do Trabalho. 4ª Edição. Porto Alegre : Editora Síntese, 2003.

¹⁴⁹ SIMÓN, Sandra Lia. A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado. São Paulo : LTR, 2000.

as tarefas realizadas pelo empregado e de aplicar sanções seriam tão somente desdobramentos daquele, com intuito de lhe dar efetividade.

Consoante os ensinamentos do renomado jurista Délio Maranhão¹⁵⁰, para quem da subordinação da relação de emprego extraem-se os direitos de o empregador dirigir e comandar (poder de direção e comando), cabendo-lhe determinar as condições para utilização e aplicação da força de trabalho, de controlar e verificar o exato cumprimento da atividade e de aplicar as penas disciplinares cabíveis, em caso de inadimplemento contratual.

Verifica-se, portanto, uma grande riqueza doutrinária no que se refere às diversas formas de manifestação do poder empregatício. Todavia, para os fins pretendidos neste trabalho, importa especialmente aprofundar o que a doutrina chama de “poder de fiscalização”, ou “poder de controle”.

Amauri Mascaro Nascimento escreve que *“o poder de controle dá ao empregador o direito de fiscalizar o trabalho do empregado. (...) A fiscalização é inerente ao poder diretivo e alcança, desde que razoável, o modo como o trabalho é prestado e o comportamento do trabalhador”*¹⁵¹.

Para Gustavo Filipe Barbosa Garcia, por meio do poder de controle, o empregador fica autorizado a gerenciar a atividade laboral dos obreiros no que tange à prestação de serviços, a fim de que observem as diversas regras e ordens dadas por ele e pelo sistema jurídico (por exemplo, o empregador pode controlar se os empregados estão respeitando o horário de trabalho estipulado, no termos do art. 74 da CLT). Dessa forma, o empregador pode, dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, verificar se os empregados estão respeitando as exigências e diretrizes estabelecidas para o desempenho da atividade laborativa.¹⁵²

Existe certo consenso doutrinário, afinal, no que se refere ao poder fiscalizatório do empregador, sendo esse o conjunto de prerrogativas atribuídas ao empregador para fiscalizar as atividades exercidas pelo trabalhador, bem

¹⁵⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho, Vol. 1. 22ª Edição. São Paulo : LTR, 2005.

¹⁵¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito contemporâneo do trabalho. São Paulo : Editora Saraiva, 2011.

¹⁵² GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 4ª Edição. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2010.

como o seu comportamento no ambiente laboral, conformando-os às finalidades do empreendimento.

Em decorrência do avanço do sistema tecnológico, diversas novas formas para controle e fiscalização das atividades e comportamentos dos empregados *interna corporis* foram criadas e incorporadas à rotina empresarial. Dentre essas tecnologias cite-se, por exemplo, o monitoramento mediante câmeras de segurança, a fiscalização sobre equipamentos de informática e de comunicação, sensores eletrônicos usados em revistas, ponto eletrônico para marcação de horário de entrada e saída (mais recentemente inclusive via impressão digital), rastreamento via satélite do veículo da empresa, entre outros.

Essas novas tecnologias da informação e da comunicação permitem ultrapassar as fronteiras tradicionalmente demarcadas entre a vida profissional e a vida pessoal do trabalhador. Ditas tecnologias podem facilitar uma invasão geral ou incursões eletrônicas. (...) Registre-se, por oportuno, que a inserção de novas tecnologias nas empresas tem se caracterizado por permitir uma perfeita concentração, numa mesma máquina, da atividade produtiva e da atividade de controle: ocorre que há a possibilidade de obtenção de grande quantidade de dados, quando usadas pelo obreiro para a consecução de sua tarefa, como, por exemplo, o registro de tempos, pausas, erros, número de acessos.¹⁵³

Algumas dessas formas de manifestação do poder fiscalizatório do empregador não apresentam qualquer controvérsia. Outras, porém, não possuem aceitação pacífica pela doutrina e pela jurisprudência trabalhista, como veremos a partir do capítulo seguinte.

A legislação brasileira, porém, é muito parca e escassa no que se refere ao controle das atividades e comportamentos do trabalhador durante a execução das suas atividades. Como vimos anteriormente, o poder empregatício e, por conseqüência, o poder de fiscalização podem ser extraídos dos artigos 2º (que confere ao empregador o poder diretivo, pois é de sua competência a direção da prestação pessoal do trabalho) e 3º (encarando a dependência do empregado como uma relação de subordinação jurídica, esse consente com a renúncia, em parte, da sua liberdade de ação e aceita a fiscalização pelo empregador) da Consolidação das Leis do Trabalho. A Lei

¹⁵³ GRASSELLI, Odete Maria. Internet, correio eletrônico e intimidade do trabalhador. São Paulo : LTR, 2011.

9.799/99, ao incluir o artigo 373-A na CLT, proibiu expressamente as revistas íntimas nas empregadas do sexo feminino e a exigência de exames para comprovação de esterilidade ou gravidez na admissão ou permanência.

A título de informação, o já referido Código de Trabalho de Portugal (Lei 99/2003) possui uma subsecção específica para os direitos de personalidade do trabalhador (Título II, Capítulo I, Seção II, Subsecção II), que compreende os artigos 15 a 21. Nela, assim dispõe o artigo 20:

Artigo 20.º

Meios de vigilância a distância

1 - O empregador não pode utilizar meios de vigilância a distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador. 2 - A utilização do equipamento identificado no número anterior é lícita sempre que tenha por finalidade a protecção e segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade o justifiquem. 3 - Nos casos previstos no número anterior o empregador deve informar o trabalhador sobre a existência e finalidade dos meios de vigilância utilizados.

Também nesse sentido, o italiano Statuto dei Lavoratori (Lei 300/1970), em seu Título I, referente às liberdades e dignidade do trabalhador, dispõe no artigo 4º¹⁵⁴ ser vedado o uso de aparelho audiovisual e de outros aparatos com finalidade de controle à distância da atividade do empregado.

É inerente ao contrato de trabalho e à relação de emprego uma certa limitação na privacidade e na intimidade do trabalhador, como vimos. Porém a questão que surge é: como compatibilizar o poder de fiscalização do

¹⁵⁴ **ART. 4 - Impianti audiovisivi.**

È vietato l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori.

Gli impianti e le apparecchiature di controllo che siano richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro, ma dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, possono essere installati soltanto previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, oppure, in mancanza di queste, con la commissione interna. In difetto di accordo, su istanza del datore di lavoro, provvede l'Ispettorato del lavoro, dettando, ove occorra, le modalità per l'uso di tali impianti.

Per gli impianti e le apparecchiature esistenti, che rispondano alle caratteristiche di cui al secondo comma del presente articolo, in mancanza di accordo con le rappresentanze sindacali aziendali o con la commissione interna, l'Ispettorato del lavoro provvede entro un anno dall'entrata in vigore della presente legge, dettando all'occorrenza le prescrizioni per l'adeguamento e le modalità di uso degli impianti suddetti.

Contro i provvedimenti dell'Ispettorato del lavoro, di cui ai precedenti secondo e terzo comma, il datore di lavoro, le rappresentanze sindacali aziendali o, in mancanza di queste, la commissione interna, oppure i sindacati dei lavoratori di cui al successivo art. 19 possono ricorrere, entro 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento, al Ministro per il lavoro e la previdenza sociale.

Disponível em: <<http://www.lomb.cgil.it/leggi/legge300.htm#ART.4>>. Acessado em: 16/10/2011.

empregador com os direitos fundamentais de privacidade e intimidade do empregado?

Em primeiro lugar, importante ressaltar que o exercício do poder de fiscalização do empregador não pode ensejar atos lesivos aos direitos fundamentais dos trabalhadores. Não se deve duvidar de que o poder fiscalizatório, muito embora constitua uma prerrogativa do empregador, não pode ser exercido de maneira ilimitada e sem critérios.

Como o controle empregatício possui o escopo de fiscalizar as atividades e comportamentos do trabalhador, é o que detém maior possibilidade de entrar em conflito com os seus direitos de personalidade, especialmente no que se refere à intimidade e privacidade. Isso porque o controle do empregador é direcionado tanto ao exercício das atividades do empregado, quanto ao seu comportamento adotado dentro da empresa, conformando-os à vontade do titular do poder diretivo e ao modo pelo qual o mesmo deseja que as tarefas sejam realizadas.

De acordo com a lição de Oraci Maria Grasselli¹⁵⁵,

... o poder de controle é o que detém a maior possibilidade de entrar em choque com os direitos da personalidade do empregado, na medida em que tem por escopo a fiscalização das atividades deste, a fim de aferir se as determinações patronais estão sendo fielmente cumpridas. (...) A subordinação inerente ao contrato de trabalho favorece o desrespeito aos direitos da personalidade, proporcionando ao empresário a ilusão de que a pessoa que contrata sua força de trabalho em troca do salário está integralmente sujeita aos seus interesses patrimoniais, interesses esses inseridos na esfera de poder que lhe atribui o contrato.

O próprio estudo da subordinação jurídica existente entre as partes da relação de trabalho denota que o poder de controle do empregador não é ilimitado. Deve ser ressaltado que o poder empregatício não gera ingerência de homens sobre homens, mas uma relação jurídica dotada de direitos, deveres e limites, isto é, o empregador não possui disponibilidade sobre a pessoa do trabalhador.

O Professor Arion Sayão Romita assim escreve:

É certo que o objeto do contrato de trabalho não é a pessoa do trabalhador, mas sua atividade. Não menos certo, porém, é que não se

¹⁵⁵ GRASSELLI, Oraci Maria. Internet, correio eletrônico e intimidade do trabalhador. São Paulo : LTR, 2011.

pode separar o trabalho da pessoa daquele que o presta. A impossibilidade de separar o trabalho da pessoa do trabalhador é o primeiro dado sobre o qual se baseia o critério objetivo que caracteriza a subordinação.¹⁵⁶

Leciona Eugênio Hainzenreder Júnior¹⁵⁷ que o estado de sujeição do obreiro denota uma subordinação hierárquica nos limites do contrato de trabalho, de modo que os seus deveres de obediência e colaboração não colocam a sua pessoa à disponibilidade do empregador. A intensificação do poder de controle por parte do empregador parece, em muitas situações, ignorar a existência de direitos de personalidade indissociáveis da pessoa do obreiro, bem como de sua liberdade pessoal, que constituem verdadeiras restrições à fiscalização patronal.

A principal limitação ao poder de fiscalização do empregador consiste nas normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais, direitos de personalidade e da dignidade da pessoa humana, as quais, como estudamos, possuem aplicabilidade nas relações entre privados. Ocorre que o contrato de trabalho, por ser campo fértil à ocorrência de abusos, enseja a aplicação efetiva dos direitos fundamentais como meio de impor limitação a uma das partes e proteção à outra.

Já no seu preâmbulo, a Constituição Federal expõe a intenção de “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”. Além disso, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa são elencados como fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III e IV da Constituição Federal), enquanto que constitui objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito (artigo 3º, I e IV da Constituição Federal). Todos esses dispositivos não são meras “letras mortas” da Constituição Federal. Ao contrário, são

¹⁵⁶ ROMITA, Arion Sayão. Direitos fundamentais nas relações de trabalho. 3ª Edição. São Paulo : LTR, 2009.

¹⁵⁷ HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. O poder diretivo do empregador frente à intimidade e à vida privada do empregado na relação de emprego: conflitos decorrentes da utilização dos meios informáticos no trabalho. *In*: STÜRMER, Gilberto. Questões controvertidas de direito do trabalho e outros estudos. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006.

princípios constitucionais que irradiam efeitos por toda a Carta Magna e legislação infraconstitucional¹⁵⁸.

Além das normas acima mencionadas, há os direitos fundamentais previstos ao longo do artigo 5º, *“que afastam toda e qualquer conduta do empregador que possa agredir ou violar a dignidade da pessoa humana do empregado. Podemos apontar, entre outros, o direito à vida, à integridade moral e física, à igualdade, à privacidade e intimidade, que nos dizeres de J. J. Gomes Canotilho ‘são direitos constitucionais de personalidade, componentes dos direitos fundamentais’*¹⁵⁹.

Os direitos fundamentais do artigo 5º da Carta Magna são um dos principais limites ao poder de controle do empregador, pois, em razão deles, o empregado não pode ser discriminado, submetido a tratamento degradante e desonroso, ou ter sua intimidade violada através de condutas abusivas e desnecessárias ao desenvolvimento das atividades patronais. Não por menor razão que a Constituição Federal, em seu artigo 170, determinou que a ordem econômica, que tem por objetivo assegurar a todos uma existência digna, funda-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Lendo e interpretando paralelamente os artigos constitucionais acima mencionados com os dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho e os poderes inerentes à figura do empregador, vê-se a intenção do legislador de que o poder de direção não seja usado abusivamente para obtenção de vantagens em detrimento da dignidade do trabalhador.

Todas as relações jurídicas, sejam elas de trabalho ou não, devem zelar pelo respeito à dignidade da pessoa humana. Sobre o assunto, merece ser transcrita valiosa lição de Eugênio Hainzenreder Júnior¹⁶⁰:

(...) a dignidade da pessoa humana não é apenas o fundamento do Estado Democrático de Direito, mas sim de todas as relações jurídicas

¹⁵⁸ Acerca do preâmbulo constitucional, eis a lição de Alexandre de Moraes: “Apesar de não fazer parte do texto constitucional propriamente dito e, conseqüentemente, não conter normas constitucionais de valor jurídico autônomo, o preâmbulo não é juridicamente irrelevante, uma vez que deve ser observado como elemento de interpretação e integração dos diversos artigos que lhe seguem”.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 23ª Edição. São Paulo : Editora Atlas, 2008.

¹⁵⁹ MURARI, Marlon Marcelo. Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado – o equilíbrio está na dignidade da pessoa humana. São Paulo : LTR, 2008.

¹⁶⁰ HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. O poder diretivo do empregador frente à intimidade e à vida privada do empregado na relação de emprego: conflitos decorrentes da utilização dos meios informáticos no trabalho. In: STÜRMER, Gilberto. Questões controvertidas de direito do trabalho e outros estudos. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006.

humanas. Por essa razão, o poder de direção jamais pode ser utilizado para obtenção de vantagens indevidas e em desrespeito aos direitos fundamentais. Portanto, pode-se sustentar que o poder diretivo será limitado pelo próprio princípio da dignidade da pessoa humana, pelo qual não poderá extrapolar suas prerrogativas de controle, fiscalização, organização e punição no ambiente de trabalho em detrimento da pessoa do trabalhador.

Não é diferente a opinião de Oraci Maria Grasselli¹⁶¹, para quem os artigos 1º, III, e 170 da Constituição Federal devem ser analisados como verdadeiros óbices ao poder de fiscalização do empregador. Por isso dizer que os limites básicos ao controle empregatício são os direitos fundamentais de qualquer ser humano, conformando, assim, o poder empregatício aos limites traçados pela dignidade da pessoa humana, de modo a preservar os princípios da Constituição, do Direito do Trabalho e da boa-fé na execução do contrato.

Leda Maria Messias da Silva, ao discorrer a respeito do alto grau de discricionariedade do poder diretivo, lista alguns princípios básicos para a sua limitação, seguindo a lição de Carlos Henrique da Silva Zangrando:

Carlos Henrique da Silva Zangrando aponta alguns princípios básicos para a limitação do poder diretivo do empregador. São eles: a) as circunstâncias não diretamente atinentes e, em geral, as atividades estranhas ao trabalho refogem ao poder hierárquico; b) fora do local de trabalho não existe vínculo de subordinação; c) a rigidez do poder diretivo se atenua quando aumenta a intelectualidade da prestação do serviço; d) o empregado é titular de um certo *jus resistentiae*, podendo recusar-se a cumprir uma ordem quando, por exemplo, acarretar grave perigo; for manifestamente ilegal; for de difícil ou impossível execução; quando for totalmente alheia aos serviços para os quais foi contratado; ou ainda quando o empregador se utiliza ilegitimamente do poder diretivo.¹⁶²

O trabalhador, portanto, quando celebra um contrato de emprego, não se despoja de seus direitos de personalidade, bem como a subordinação jurídica inerente à relação não possui o condão de afastá-los. O poder de direção do empregador, especificamente o poder de fiscalização, deve ser exercido nos limites legais e constitucionais, sem violar por completo a intimidade e a privacidade dos obreiros e, por conseguinte, a sua dignidade.

¹⁶¹ GRASSELLI, Oraci Maria. Internet, correio eletrônico e intimidade do trabalhador. São Paulo : LTR, 2011.

¹⁶² SILVA, Leda Maria Messias da. Dano moral: direitos da personalidade e o poder diretivo do empregador. Revista Jurídica Cesumar. Maringá, v. 4, n. 1. 2004.

Nesse sentido, ensina o Professor Arion Sayão Romita¹⁶³:

Em tempo e local de trabalho, embora submetido ao poder de direção do empregador em virtude do vínculo de subordinação, o empregado conserva a sua qualidade de “homem livre”. A relação de emprego não o priva de seus direitos e liberdades. (...) Ao exercer sua atividade na empresa, o trabalhador pode exigir que sejam respeitados seus direitos pessoais (à imagem, à intimidade, à liberdade de expressão, à liberdade de reunião, à comunicação e à informação, etc.). A esses direitos, corresponde conseqüente dever do empregador de respeitá-los.

2.4.1. OS MEIOS DE MANIFESTAÇÃO DO PODER FISCALIZATÓRIO

O impacto das novas tecnologias na relação de emprego trouxe grande influência sobre o estudo do poder de controle do empregador. São diversos os meios dos quais dispõe o patrão para fiscalizar as atividades exercidas e o comportamento de seus subordinados, todavia a doutrina e a jurisprudência não são pacíficas quanto à aceitação de métodos como a revista pessoal, por exemplo.

Como vimos no capítulo anterior, o fato de o obreiro ser inserido no processo produtivo não o priva de seus direitos de personalidade, em especial a intimidade e privacidade, que são constitucionalmente assegurados. Contudo, a mesma Carta Magna, em seu artigo 5º, XXII, assegura o direito à propriedade, desde que obedeça à sua função social, isto é, o empregador possui o direito, igualmente abraçado pela Lei Maior, de proteger seu patrimônio e sua propriedade, inclusive porque é a parte da relação que arca com os riscos do empreendimento.

Surge, assim, um claro conflito entre os interesses do empresário, que deseja proteger a sua propriedade e os instrumentos de trabalho, e do empregado, que não quer ter a sua intimidade e privacidade violadas.

O presente capítulo possui a intenção de estudar topicamente os meios de manifestação do poder de fiscalização, demonstrando a opinião dominante da doutrina e da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

¹⁶³ ROMITA, Arion Sayão. Direitos fundamentais nas relações de trabalho. 3ª Edição. São Paulo : LTR, 2009.

Dentre os diversos métodos de que dispõe o empregador para fazer a fiscalização de seus empregados, estudaremos aqueles de maior repercussão, inclusive na mídia: controle da utilização do correio eletrônico durante a jornada de trabalho, as revistas íntimas e pessoais e o uso de circuito interno de televisão.

2.4.1.1. FISCALIZAÇÃO DO CORREIO ELETRÔNICO DO EMPREGADO

Grande é a controvérsia a respeito da possibilidade de o empregador, em decorrência de seu poder de fiscalização, controlar as mensagens eletrônicas (e-mail) enviadas e recebidas pelo trabalhador.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, XII, dispõe ser “*inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*”. Em que pese a nossa Lei Maior não mencione expressamente a inviolabilidade das comunicações via correio eletrônico¹⁶⁴, a doutrina não se furtou de discutir a matéria.

Sandra Lia Simón¹⁶⁵, por exemplo, argumenta que “*o constituinte, já preocupado com o avanço tecnológico, o mesmo dispositivo que assegura o sigilo da comunicação postal protege, também, o sigilo da comunicação de dados*”, que, a seu entender, enquadrar-se-ia nas mensagens eletrônicas.

Marlon Marcelo Murari¹⁶⁶, a seu turno, defende a existência de diferença entre o correio eletrônico e a correspondência postal no que se refere à proteção que lhes é conferida. Entende o referido autor que às mensagens eletrônicas aplica-se tão somente a proteção da privacidade e da intimidade

¹⁶⁴ Ao contrário, por exemplo, da legislação portuguesa. O Código do Trabalho de Portugal garante, expressamente, a confidencialidade do conteúdo das mensagens eletrônicas. Assim determina o artigo 21 do referido Código: Art. 21. Confidencialidade de mensagens e de acesso a informação. 1 – O trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso a informação de caráter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio eletrônico; 2 – O disposto no número anterior não prejudica o poder de o empregador estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação na empresa, nomeadamente do correio eletrônico.

¹⁶⁵ SIMÓN, Sandra Lia. A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado. São Paulo : LTR, 2000.

¹⁶⁶ MURARI, Marlon Marcelo. Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado: o equilíbrio está na dignidade da pessoa humana. São Paulo : LTR, 2008.

(artigo 5º, X, da Constituição Federal), enquanto que ao correio postal, além dessa, aplicar-se-ia a proteção da inviolabilidade do sigilo da correspondência (artigo 5º, XII, da Constituição Federal). Similar posição é defendida por Alexandre Agra Belmonte¹⁶⁷, que também sustenta a diferenciação entre o *e-mail* e a correspondência postal a que se refere o dispositivo constitucional.¹⁶⁸

Independente da classificação doutrinária conferida às comunicações eletrônicas via e-mail, se equiparadas ou não ao correio postal e à comunicação telefônica, não resta dúvida de que as mesmas merecem proteção contra a intromissão arbitrária e abusiva de terceiros, como defende Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁶⁹. E, na relação de trabalho, a discussão cresce em importância na medida em que são contrapostos os poderes de controle do empregador e os direitos de personalidade do empregado, em especial a sua intimidade e privacidade das suas comunicações.

O ponto de partida para a resolução da desarmonia é a distinção entre o e-mail pessoal do empregado e o e-mail corporativo. E-mail pessoal é aquele que o indivíduo, fora da condição de empregado, possui e usa em nome próprio, após a contratação de um serviço de correio eletrônico. Por outro lado, e-mail corporativo é aquele fornecido pelo empregador, em razão das necessidades do serviço e da confiança depositada no empregado, com objetivo exclusivo de auxiliar no desempenho das funções do obreiro. A distinção primordial, então, reside no fato de que o correio eletrônico corporativo equivale a uma ferramenta de trabalho posta à disposição ao empregado para o melhor exercício das suas tarefas.

No que se refere ao e-mail particular do empregado, trata-se de correspondência pessoal, adquirindo em regra, a mesma proteção de inviolabilidade das comunicações, não se permitindo ao empregador fiscalizar o

¹⁶⁷ BELMONTE, Alexandre Agra. O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho. São Paulo : LTR, 2004.

¹⁶⁸ Sobre a matéria, mencionem-se, ademais, os seguintes dispositivos: artigo 151 do Código Penal, que tipifica o delito de violação do sigilo postal, telegráfico ou telefônico; artigos 56 e 58 da Lei 4.117/62 (Código Nacional de Telecomunicações), que prevêm o crime de violação das telecomunicações; a Lei 6.538/78, que dispõe sobre os serviços postais e prevê hipóteses às quais não se aplica o sigilo postal; Lei 9.296/96, que regulamenta a parte final do inciso XII, artigo 5º da Constituição (interceptação telefônica para produção de prova em processo penal).

¹⁶⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves *apud* SIMÓN, Sandra Lia. A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado. São Paulo : LTR, 2000.

seu conteúdo, conforme Eugênio Hainzenreder Júnior¹⁷⁰. Não é diferente a lição de Marcelo Murari¹⁷¹, para quem o e-mail particular está abrigado pela proteção da privacidade e da intimidade, inclusive nas hipóteses em que o trabalhador acessa-o a partir do computador fornecido pela empresa.

Entretanto, merece ser ressaltado que a proteção que a doutrina confere ao e-mail pessoal refere-se tão somente ao conteúdo das mensagens eletrônicas. Ou seja, o teor da correspondência eletrônica pessoal do trabalhador é, em regra, inviolável pelo empregador, todavia nada impede de esse, no exercício do seu poder de fiscalização, promover um monitoramento meramente formal. Dessa maneira, em que pese o empresário não possa ter acesso ao conteúdo do e-mail particular de seu subordinado, pode, por exemplo, controlar quantas vezes o obreiro acessa a sua correspondência eletrônica, ou até mesmo bloquear a sua utilização, visto que o trabalhador vale-se de recursos institucionais patronais.

Essa fiscalização é denominada de “controle formal” por Alexandre Agra Belmonte. Observe-se a sua lição:

Quanto ao e-mail particular (do empregado), por ele utilizado no trabalho por meio de recursos institucionais do empregador, propõe-se para viabilização do poder diretivo, consistente em controle insito ao contrato de emprego, um monitoramento meramente formal.

Com efeito, o empregador pode até bloquear (indiretamente) ou proibir (diretamente) o acesso em horário de serviço ou a utilização por intermédio de seu equipamento. Mas não poderá exercer o controle material, quer dizer, sobre o conteúdo das mensagens¹⁷².

A título exemplificativo, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região disciplina a utilização do correio eletrônico pessoal por meio dos computadores institucionais na Portaria 2.316, de 04 de julho de 2001. Nos seus artigos 4º e 5º, assim fica determinado:

Art. 4º. O uso da *Internet* será monitorado pela Secretaria de Informática mediante o emprego de ferramentas específicas, com a possibilidade de geração de relatórios e estatísticas tais como *sites* visitados, *softwares* e serviços utilizados, frequência e tempo de uso.

¹⁷⁰ HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho. São Paulo : Editora Atlas, 2009.

¹⁷¹ MURARI, Marlon Marcelo. Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado: o equilíbrio está na dignidade da pessoa humana. São Paulo : LTR, 2008.

¹⁷² BELMONTE, Alexandre Agra. O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho. São Paulo : LTR, 2004.

Art. 5º. A privacidade será respeitada e a correspondência eletrônica pessoal não poderá ser violada.

Inclusive, ao tentarmos acessar um site de e-mail pessoal a partir de um computador do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, a seguinte mensagem surge, evidenciando, juntamente com o artigo 5º acima referido, o claro controle formal que é realizado:

Confirmação de aviso de categoria de URL
Confirme as declarações a seguir antes de continuar para o URL solicitado.
Você está tentando visitar uma página da web dentro da Categoria de URL Web-based E-mail. Ao clicar no link abaixo, você está confirmando que leu e concorda com as políticas da organização que governam o uso da Internet para esse tipo de conteúdo. Os dados da sua navegação podem ser monitorados e gravados. Ocasionalmente será solicitado que você confirme esta declaração para continuar acessando este tipo de página da web.
Clique aqui para aceitar esta declaração e acessar a Internet.
Usuário: (...)
Hora: (...)
Endereço IP: (...)

O conteúdo, portanto, da correspondência eletrônica pessoal do trabalhador somente poderia ser objeto de fiscalização patronal em restritas hipóteses, como prevê Alexandre Agra Belmonte.¹⁷³ Segundo o professor, “o e-mail particular é meio de comunicação de natureza estritamente pessoal e, portanto, inviolável”, de modo que, nessa qualidade, somente poderia ser vasculhado mediante autorização judicial, ou assumir a responsabilidade pelo monitoramento material se entender estar diante de um estado de necessidade que justifique o ato.

¹⁷³ BELMONTE, Alexandre Agra. O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho. São Paulo : LTR, 2004.

Merece destaque, ainda, dois assuntos levantados pelo professor Alexandre Belmonte: a necessidade de autorização judicial para a quebra do sigilo da correspondência eletrônica e expressa autorização do empregado que se submete à fiscalização do conteúdo do seu e-mail pessoal.

Sobre o primeiro ponto, o professor defende que o fato de a Constituição autorizar a violação da correspondência (postal ou não) para a obtenção de prova em processo penal “*não significa, no nosso entendimento, que outro deva ser o procedimento em relação ao processo civil ou ao processo do trabalho, ou que não caiba sequer a obtenção da prova mediante prévia autorização judicial. (...) Ora, se os direitos fundamentais limitam a ingerência do Estado nas relações com os cidadãos, os direitos da personalidade limitam os abusos dos particulares aos direitos inatos, garantindo, na ordem privada, a eficácia das garantias estabelecidas na Lei Fundamental*”.

No que se refere ao monitoramento do conteúdo do e-mail pessoal, entende o professor que descabe cláusula de renúncia da privacidade, de sorte que somente em casos excepcionais seria admitido o conhecimento do seu teor.

Parece-nos correto o posicionamento adotado pela doutrina. O avanço tecnológico, principalmente a partir do final do século XX, provocou uma verdadeira revolução nos meios de comunicação, principalmente pelo advento do correio eletrônico. Qualquer computador conectado à *Internet* pode enviar e receber mensagens de *e-mail* com extrema velocidade, a qualquer hora do dia. Na relação de trabalho, porém, a questão deve ser analisada com maior parcimônia, já que os benefícios dessa revolução tecnológica não devem ser desvirtuados da atividade laboral, reduzindo a produtividade do obreiro. Essa é a razão pela qual se admite, corretamente, o controle formal dos acessos do trabalhador à sua conta de *e-mail*, os quais são feitos, lembre-se, a partir de um computador de propriedade da empresa, durante a jornada de trabalho.

Por outro lado, no que se refere ao *e-mail* corporativo, a situação merece ser analisada sob outra perspectiva. Como visto anteriormente, o correio eletrônico fornecido ao trabalhador é de propriedade da empresa e possui natureza de ferramenta de trabalho. Se o empregador entender necessário, pode fornecer ao seu empregado um endereço de e-mail de uso estritamente corporativo, com finalidade exclusiva de aprimoramento das atividades e melhor rendimento dos funcionários em prol do objetivo empresarial¹⁷⁴.

Possuindo natureza de mero instrumento de trabalho, o e-mail corporativo não tem (e nem poderia ter) a mesma presunção de inviolabilidade do correio eletrônico particular. Nesse particular, a doutrina¹⁷⁵ e a jurisprudência dominantes, como veremos a seguir nos julgados do Tribunal

¹⁷⁴ Nesse sentido, eis o parágrafo segundo do artigo 458 da Consolidação das Leis do Trabalho: Art. 458, §2º. Não serão considerados como salário, para os efeitos previstos neste artigo, os vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos ao empregado e utilizados no local de trabalho, para a prestação dos respectivos serviços.

¹⁷⁵ Exceção é feita, por exemplo, ao professor Roberto Senise Lisboa, para quem “o empregador não pode efetuar o monitoramento dos e-mails encaminhados e recebidos por seus empregados, sob pena de violação do direito à intimidade e à privacidade, salvo em se tratando de mensagens abertas ao público em geral”. Ao defender a sua tese, o autor deixa de diferenciar o e-mail particular do e-mail corporativo, dando a entender ser contrário a toda e qualquer violação, indistintamente.

LISBOA, Roberto Senise. A inviolabilidade da correspondência na Internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto. Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes. Bauru : Editoria Edipro, 2000.

Outro autor que entende pela impossibilidade completa de violação da correspondência eletrônica, em prol do direito ao sigilo e à intimidade é Antônio Silveira Neto, para quem o fato de as mensagens serem geradas a partir do computador da empresa não lhes retira o caráter privado, de modo que o direito à propriedade deveria ceder em favor do privacidade das comunicações.

SILVEIRA NETO, Antônio; PAIVA, Mário Antônio Lobato de. A privacidade do trabalhador no meio informático. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/legis/consultoria-juridica/artigos/informatica-tecnologia.htm>. Acessado em: 21/06/2011.

Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais, entendem pela possibilidade de fiscalização, formal e material, do e-mail cedido ao empregado pelo empregador. Em outras palavras, o empresário, no exercício do seu poder de controle, pode fiscalizar não apenas a quantidade de mensagens eletrônicas enviadas, mas também o seu conteúdo.

A lição de Sônia Mascaro Nascimento é clara e objetiva no que se refere ao monitoramento do correio eletrônico corporativo:

O rastreamento de e-mails pessoais não pode ser feito, sob pena de violar o sigilo de correspondência, constitucionalmente garantido. Por outro lado, o e-mail corporativo, concedido ao empregado como ferramenta de trabalho e mantido pelo provedor da própria empresa, pode ser fiscalizado (...).

O entendimento de Alexandre Agra Belmonte é de que “*na qualidade de ferramenta de trabalho que é, com a finalidade de ser utilizado em serviço e em prol do serviço, está sujeito à vigilância e controle do empregador, independentemente da chamada cláusula de invasão de privacidade*”¹⁷⁶.

Portanto, a empresa, quando fornece ao obreiro um endereço de e-mail corporativo, o faz com a finalidade de auxiliar a prestação do serviço, de modo que a sua utilização está ligada restritamente à atividade laboral. Não há, assim, no correio eletrônico corporativo, intimidade a ser preservada, muito menos sigilo em uma ferramenta de propriedade do próprio empregador, fornecida como mero instrumento de trabalho. Nesse caso, o sigilo da comunicação não pode ser absoluto e ilimitado, visto que se presume que o equipamento fornecido ao empregado é importante para a realização da sua atividade.

Como bem salienta Eugênio Hainzenreder Júnior, a fiscalização do uso do correio eletrônico empresarial também se justificaria pelo aspecto da responsabilidade civil do empregador por atos praticados pelo empregado no exercício de sua função. O Código Civil brasileiro de 2002 dispõe sobre o assunto no seu artigo 932 e 933. Vejamos:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
(...)

¹⁷⁶ BELMONTE, Alexandre Agra. O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho. São Paulo : LTR, 2004.

III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Antes mesmo do Código Civil atualmente em vigência, o Supremo Tribunal Federal já possuía posicionamento definido, consagrado na Súmula 341, pela qual “*é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto*”.

O monitoramento material e formal do correio eletrônico corporativo como forma de o empregador prevenir eventuais danos causados pelos seus obreiros ganha especial relevância na atualidade, quando um simples e-mail inverídico, calunioso ou difamatório se multiplica e é reenviado em uma velocidade espantosa, podendo causar danos imensuráveis à empresa, especialmente em sua reputação perante os clientes.

Uma pesquisa realizada pela revista *Infoexame* e *Pricewaterhousecoopers* constatou que, das 836 maiores empresas brasileiras, 25,5% delas já despediram pelo menos um empregado pelo uso inadequado do *e-mail* ou da *internet*; 51,4% das empresas fiscalizam os *sites* acessados pelos trabalhadores a partir dos computadores empresariais e 30,9% monitoram o correio eletrônico. O instituto de pesquisa americano *Wordtalk Corp* verificou que pelo menos 31% das mensagens que trafegam na internet possuem conteúdo inadequado, entre eles a pornografia.¹⁷⁷

Em 2002, por exemplo, foi veiculada na imprensa a notícia de que duas das maiores empresas montadoras de veículos no Brasil passaram por situações similares, envolvendo o mau uso do e-mail corporativo. Uma delas, por exemplo, demitiu 33 funcionários e advertiu outros 111 pelo envio de mensagens eletrônicas com teor pornográfico. A outra demitiu por justa causa dois funcionários responsáveis pela circulação de um e-mail com uma foto obscena de uma pessoa, a qual o usuário deveria identificar se era mulher ou travesti.¹⁷⁸

¹⁷⁷ HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho. São Paulo : Editora Atlas, 2009.

¹⁷⁸ Notícia *on line*. O Estado de São Paulo, 22/05/2002. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/tecnologia/internet/2002/mai/22/394.htm>>

Mais recentemente, em novembro de 2010, foi noticiado em programa noticiário da TV Justiça a demissão de um funcionário de uma multinacional maranhense, que se usou do e-mail corporativo para enviar mensagens pornográficas e com outros conteúdos impróprios. Apesar de pleitear em juízo a reversão da justa causa, o TRT da 16ª Região não acolheu a pretensão do autor por considerar que a empresa agiu dentro do seu poder diretivo.¹⁷⁹

Nos Tribunais trabalhistas pátrios, o julgado pioneiro data de 2005 e versa sobre um empregado que se utilizou do e-mail corporativo para enviar imagens pornográficas a seus colegas. A terceira turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região reformou a sentença proferida pelo magistrado da 13ª Vara do Trabalho de Brasília, que afastou a justa causa pela ilicitude da prova obtida pelo empregador através do rastreamento das mensagens eletrônicas. A Corte Regional sustentou a não violação da privacidade do empregado, já que o endereço eletrônico fornecido ao obreiro é de propriedade da própria empresa. O Tribunal Superior do Trabalho, na relatoria do Ministro João Orestes Dalazen, rejeitou a pretensão obreira, alegando que o empregador pode exercer de forma moderada, generalizada e impessoal o controle sobre o correio eletrônico patronal, pois equivale a uma ferramenta de trabalho.

Abaixo, segue trecho da ementa do julgado, que recebe o número 613/2000.013.10.00.7 (RR):

PROVA ILÍCITA. -E-MAIL- CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO.

1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (-e-mail-particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade.

2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado -e-mail-corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço.

(...)

¹⁷⁹ A reportagem pode ser assistida em: <<http://www.youtube.com/watch?v=Nm85FMSCum8>>.

4. Se se cuida de -e-mail- corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de -e-mail- de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido).

5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em -e-mail- corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal. 6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento.

(RR - 61300-23.2000.5.10.0013 , Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 18/05/2005, 1ª Turma, Data de Publicação: 10/06/2005)

Também merece destaque a decisão do nosso Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, de relatoria do Desembargador João Ghisleni Filho. A ação foi ajuizada pelo Sindicato dos Trabalhadores em Processamento de Dados no Estado do Rio Grande do Sul, requerendo o reconhecimento da nulidade de norma regulamentar da SERPRO (Serviço Federal de Processamento de Dados), no que se referia à possibilidade de monitoramento e auditoria das estações de trabalho, arquivos eletrônico e acesso ao e-mail. Todavia, decidiu o Regional pela possibilidade de regulamentação e controle do uso dos computadores postos à disposição dos empregados, já que a reclamada exercia importante função de processamento de dados para o Poder Público Federal.

(...)

INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DA EXPRESSÃO “RESPONSABILIDADE” DO TERMO A QUE SE REFERE O ITEM 4/1 DA DECISÃO DE DIRETORIA 068/2002.

Quanto à expressão “responsabilidade”, contida no Termo anexo à DE 068/2002, não há por que ser excluída, pois se limita à mera ciência dos empregados dos termos da Decisão de Diretoria acerca do uso profissional das Estações de Trabalho e responsabilidades decorrentes do cumprimento do contrato de trabalho.

Dá-se provimento ao recurso ordinário do reclamado para absolvê-lo da condenação imposta.

RECURSO ORDINÁRIO DO SINDICATO-AUTOR.

ALEGADA ALTERAÇÃO LESIVA DO CONTRATO DE TRABALHO. VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE.

Em face da empresa demandada trabalhar com grande quantidade de informações que devem ser mantidas íntegras e com sigilo, não há qualquer reparo quanto à regulamentação do uso dos equipamentos de informática por seus empregados, o que afasta a pretendida declaração de nulidade da DE 068/2002.

Nega-se provimento

(TRT4, 00782-2002-023-04-00-9 RO, 2ª Turma, Relator Desembargador João Ghisleni Filho, DJ 25/08/2004)

É de se ressaltar, contudo, que, apesar de reconhecido o direito de o empregador fiscalizar a utilização do e-mail corporativo, esse controle deve respeitar, dentre outros parâmetros, o direito constitucional de todo e qualquer cidadão à livre manifestação de pensamento, especialmente se a exteriorização não trazer qualquer prejuízo ao ambiente de trabalho, como lembra Sônia Mascaro Nascimento¹⁸⁰. Outrossim, a própria boa-fé objetiva, aplicável em toda relação jurídica, inclusive na de trabalho, deve ser tomada como barreira de contenção ao abuso do poder hierárquico, na lição do professor Francisco Rossal de Araújo¹⁸¹.

Nesse sentido, eis trecho de julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (Paraná), relatado pelo Desembargador Benedito Xavier da Silva:

Liberdade de manifestação de pensamento: demissão sumária de empregado. Rigor excessivo, passível de indenização por dano moral. "É livre a manifestação de pensamento" (CF, art. 5º, IV). A atitude de demitir sumariamente o empregado em razão da manifestação de pensamento em resposta à mensagem da empresa, via correio eletrônico, que não guarda correlação com o contrato de trabalho, afigura-se discriminatória.¹⁸²

2.4.1.2. REVISTA ÍNTIMA E PESSOAL

Além da fiscalização das mensagens eletrônicas enviadas e recebidas pelo empregado no uso do e-mail corporativo, o poder de controle do empregador pode se manifestar pela realização de revistas com finalidade de salvaguardar o patrimônio empresarial. Como a legislação brasileira é extremamente parca sobre o assunto, a doutrina e a jurisprudência possuem importância ímpar na regulamentação dessa prática. Todavia, em que pese o

¹⁸⁰ NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Assédio moral. São Paulo : Editora Saraiva, 2009.

¹⁸¹ ARAÚJO, Francisco Rossal. A boa-fé no contrato de emprego. São Paulo : LTR, 1996.

¹⁸² TRT, 9ª Região. RO-01791-2001-670-09-00-5. Rel. Benedito Xavier da Silva. DJ 31/01/2006.

seu papel de destaque, ambas são extremamente conflituosas e divergentes, como passaremos a ver.

A nossa legislação refere-se ao procedimento de revista de maneira muito omissa. Até a década de 90, não havia, no Direito brasileiro, nenhuma regra que dispusesse a respeito desse procedimento, muito embora a Constituição Federal, desde 1988, assegurasse o direito à intimidade. A Lei 9.799/99 incluiu o artigo 373-A na Consolidação das Leis do Trabalho, que assim reza em seu inciso VI:

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:

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

A leitura do dispositivo acima mencionado faz surgir duas indagações: a proibição legal é extensiva aos trabalhadores do sexo masculino? E o que é considerado revista íntima?

No que se refere à primeira pergunta, entende-se que o dispositivo celetista, apesar de mencionar tão somente empregadas do sexo feminino, estende-se aos obreiros do sexo masculino, em homenagem ao princípio constitucional da igualdade, insculpido no artigo 5º, caput e inciso I, da Carta Magna¹⁸³, de acordo com a professora Alice Monteiro de Barros¹⁸⁴.

Parece-nos que a questão, atualmente, não suscita maiores dúvidas. O referido princípio constitucional não promove tão somente a busca por uma igualdade formal, mas, principalmente, por uma igualdade material, devendo a lei tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Interpretando-se sistematicamente o preceito do artigo 373-A da CLT, considerando a unidade do sistema jurídico do nosso ordenamento, não nos parece que a melhor solução seja excluir os trabalhadores do sexo masculino da abrangência da norma impeditiva da revista íntima.

¹⁸³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

¹⁸⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. 2ª Edição. São Paulo : LTR, 2009.

Apenas a título de informação, mencionamos o interessante julgado número 2008/2001-001-19-00.2 (RR)¹⁸⁵ da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Nele, a Corte superior trabalhista, mediante decisão de relatoria do Juiz Convocado José Antônio Pancotti, reconheceu a aplicabilidade do artigo 373-A, inciso VI, da CLT, aos trabalhadores do sexo masculino, porém diferenciando-os no que se refere ao valor indenizatório arbitrado. Entendeu o Tribunal Superior do Trabalho que não há ofensa ao princípio da igualdade a diferenciação da indenização paga ao homem e à mulher pela mesma violação (revista íntima), em razão de ambos serem biologicamente desiguais e reagirem de forma diferente aos estímulos da vida. Contudo, o mesmo posicionamento não foi adotado em julgado da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, de relatoria do Ministro Lelio Bentes Correa, que entendeu serem devidas indenizações no mesmo valor, tanto para empregados homens, quando para mulheres.¹⁸⁶

¹⁸⁵ DANOS MORAIS - REDUÇÃO DO VALOR PECUNIÁRIO INICIALMENTE ARBITRADO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA POR PARTE DO TRIBUNAL REGIONAL - OFENSA AO ARTIGO 5º, CAPUT, I E X, DA CF/88. NÃO-CONFIGURAÇÃO. O princípio constitucional da igualdade não convive com nenhuma forma de discriminação, pois, por medida de justiça, não é permitido dar-se um tratamento desigual para casos iguais, porque -se a justiça se relaciona com a igualdade e a igualdade repele discriminação, a discriminação é também uma negação da justiça-. (Estevam Mallet, Direito do Trabalho e discriminação, Revista Amatra, II, dezembro/2003, p.18-19). O princípio da igualdade, que está sempre associado ao ideal de Justiça, repele a idéia de discriminação e consagra o ideal de que todos os cidadãos têm direito de tratamento igual perante a lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico (Alexandre de Moraes, Constituição do Brasil Interpretada, 2ª ed., 2003, p.180). O ordenamento constitucional veda diferenciações despropositadas, porque redundam em discriminações intoleráveis, quando se dá um tratamento desigual para casos iguais, revelando a negação do ideal de Justiça. No presente caso, contudo, conforme as premissas fáticas definidas no v. acórdão, quanto à diferenciação na fixação de valores arbitrados a título de indenização por danos morais, entre homens e mulheres, tratando-se de revista íntima, realizada no interior da empresa, vê-se que há mera diferenciação tolerável entre pessoas, em razão do sexo, como corretamente concluiu o e. Regional. Não configurando, portanto, violação do art. 5º, caput, nem do seu inciso II, ou do art. 7º, XXXII, da CF/88. Recurso de revista não conhecido.

(RR - 200800-57.2001.5.19.0001 , Relator Juiz Convocado: José Antônio Pancotti, Data de Julgamento: 26/10/2005, 4ª Turma, Data de Publicação: 11/11/2005)

¹⁸⁶ DANOS MORAIS. REVISTA ÍNTIMA. CONDUTA OFENSIVA À HONRA E À DIGNIDADE DOS EMPREGADOS. INDENIZAÇÃO. REDUÇÃO PELO TRIBUNAL REGIONAL. FIXAÇÃO NO MESMO PATAMAR PARA AMBOS OS SEXOS. PRETENSÃO DE DIFERENCIAÇÃO PELO TEMPO DE SERVIÇO. SÚMULA Nº 297, I E II, DO TST. VIOLAÇÃO DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS E DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADAS. O recurso de revista não se sustenta, no que tange ao inconformismo dos recorrentes quanto à fixação do montante da indenização por danos morais no mesmo patamar para todos os empregados, sem se considerar o tempo de serviço de cada um na empresa. O Tribunal Regional não apreciou a controvérsia sob tal prisma, mas apenas sob o enfoque da afetação, na mesma intensidade, da conduta da reclamada na dignidade e na honra dos empregados de ambos os sexos. Assim, a Súmula nº 297, I e II, do TST emerge em óbice ao conhecimento do apelo quanto à alegada existência de desigualdade das situações dos empregados, pelo tempo de serviço de cada um na empresa, a ensejar a condenação ao pagamento de indenizações em valores diferenciados. Ressalte-se, outrossim, que a

Quanto à segunda pergunta, cabe referir que não existem critérios para afirmar quando uma revista é íntima, e quando não é, ou seja, a legislação brasileira não especifica os seus parâmetros. Todavia, considerando os mais recentes julgados dos tribunais trabalhistas pátrios, os quais veremos a seguir, e a lição de Bruno Borges da Silva¹⁸⁷, podemos afirmar que *“revista íntima é aquela que submete o empregado a desnudar-se, total ou parcialmente, ou restringe-se a tatear ou tocar o corpo do obreiro, a despeito de estar vestido”*.

Podemos afirmar sem sombra de dúvidas que a revista íntima é, com acerto, completamente rechaçada pela doutrina e pela jurisprudência brasileira.

A Procuradora Regional do Trabalho Sandra Lia Simón¹⁸⁸ leciona que se considera atentatória à intimidade a inspeção que exige que o empregado se desnude completamente, mesmo que perante pessoas do mesmo sexo, e se submeta a exame detalhado, minucioso e prolongado. Aluísio Henrique Ferreira¹⁸⁹ argumenta que *“o Tribunal Superior do Trabalho entende que o poder diretivo deve ser limitado, de modo que o exercício deste direito do empregador, consistente na fiscalização dos empregados, não lhes despreste a dignidade, fundamento da Constituição Federal, uma vez que a realização de revistas pessoais, ou íntimas, procedidas em homens ou mulheres, por conta de ser a dignidade inerente a ambos, configura dano moral, passível de reparação civil”*. Por fim, a professora Alice Monteiro de Barros¹⁹⁰ defende que não deve ser aceito nenhum tipo de procedimento fiscalizatório que exija a nudez do obreiro, visto que flagrantemente contrário à dignidade e intimidade humanas.

alegação de afronta ao artigo 5º, X, da Carta Magna, em virtude da redução do valor das indenizações pelo Órgão julgador *a quo*, também não empolga o recurso de revista, na medida em que a norma em foco tão-somente preconiza o cabimento de indenização por danos morais, sem fornecer qualquer critério para a mensuração do valor da indenização devida a esse título. O aresto trazido a confronto, por sua vez, não se presta ao fim colimado, a teor do disposto no artigo 896, a, da Consolidação das Leis do Trabalho, por ser oriundo de decisão de Turma desta Corte superior. Recurso de revista não conhecido.

(RR - 1.540/2000-004-19-00.0, Relator Ministro Lelio Bentes Correa, Primeira Turma, DJ 05/10/2005)

¹⁸⁷ SILVA, Bruno Borges da. Os limites da dimensão fiscalizatória do poder empregatício e a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Revista Trabalhista: Direito e Processo. São Paulo : Ano VIII, Nº 32. Out/Nov/Dez, 2009.

¹⁸⁸ SIMÓN, Sandra Lia. A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado. São Paulo : LTR, 2000.

¹⁸⁹ FERREIRA, Aluísio Henrique. O poder diretivo do empregador e os direitos da personalidade do empregado. São Paulo : LTR, 2011.

¹⁹⁰ BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. 2ª Edição. São Paulo : LTR, 2009.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho caminha nesse sentido, conforme demonstra a ementa abaixo, processo de relatoria do Ministro Douglas Alencar Rodrigues¹⁹¹:

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL - EMPRESA DE CONFECÇÃO - REVISTA ÍNTIMA. Como expressão do poder diretivo reconhecido ao empregador e ainda com o propósito de compatibilizar os comandos constitucionais de proteção à propriedade e à honra e dignidade do trabalhador, a jurisprudência majoritária tem admitido a possibilidade de o empregador promover, consideradas as características e peculiaridades da atividade comercial explorada, a revista visual de objetos pessoais de seus empregados, ao final do expediente, desde que não ocorram excessos e exposições vexatórias que comprometem a honra e a imagem desses trabalhadores. Nesse cenário, ao realizar revistas íntimas que consistiam em determinar a exposição do sutiã, da calcinha e da meia de suas empregadas, para verificar a eventual ocorrência de furtos dessas peças no interior do estabelecimento, atua o empregador à margem dos parâmetros razoáveis, invadindo esfera indevassável de intimidade e incidindo em abuso que deve ser reparado (CC, arts. 187 e 927). Recurso de revista conhecido e provido.

(RR - 106900-07.2006.5.09.0071 , Relator Juiz Convocado: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 24/06/2009, 3ª Turma, Data de Publicação: 14/08/2009)

Como vimos no conceito acima exposto, também é considerada íntima, e, portanto, abusiva, a revista praticada mediante apalpamento do empregado e contato físico. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho¹⁹² e do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região corrobora esse entendimento:

RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL NOTURNO. PRORROGAÇÃO. JORNADA MISTA. O entendimento atual e majoritário da SDI-1 desta Corte Superior é no sentido de ser devido o pagamento do adicional noturno sobre as horas prorrogadas do horário noturno, ainda que se trate de jornada mista. Aplicação da Súmula n.º 333 do TST e do §4.º do artigo 896 da CLT. Recurso não conhecido. DANOS MORAIS. REVISTA PESSOAL. CONTATO FÍSICO. A jurisprudência desta Corte se orienta no sentido de que somente a revista em bolsas e sacolas, sem nenhuma espécie de contato corporal, necessidade de despimento ou existência de discriminação entre os empregados, faz parte do poder diretivo do empregador e não enseja dano moral. Tal excludente, porém, não se aplica à revista pessoal na qual há contato físico com o empregado. No caso em apreço, a Corte Regional concluiu que o Reclamante sofreu revistas pessoais com apalpação corporal com base no exame do escopo probatório dos autos, inclusive depoimentos testemunhais, e não nas regras de distribuição do ônus

¹⁹¹ Destaquem-se, ainda, os seguintes julgados do nosso Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: 0046900-12.2008.5.04.0103 (RO), Relator Desembargador João Pedro Silvestrin, DJ 11/11/2010; 0041100-32.2009.5.04.0761 (RO), Relatora Desembargadora Vania Mattos, DJ 30/06/2011; 0000684-74.2010.5.04.0021 (RO), Relatora Desembargadora Beatriz Renck, DJ 21/09/2011; 0000058-25.2011.5.04.0731 (RO), Relator Desembargador Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa.

¹⁹² Veja também o julgado número 319800-15.2009.5.12.0050 da 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, de relatoria do Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira.

da prova. Aplicação da Súmula n.º 126 do TST. Recurso não conhecido. (...)

(TST, RR - 244900-93.2009.5.12.0007 , Relator Juiz Convocado: Sebastião Geraldo de Oliveira, Data de Julgamento: 11/10/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: 14/10/2011)

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Ofensas verbais ao trabalhador e revista íntima, mediante apalpação dos empregados, extrapolam o poder de mando do empregador. Condenação em indenização por danos morais majorada, em razão da humilhação impingida ao empregado. Recurso do reclamante provido e recurso da reclamada desprovido.

(TRT4, RO-0117600-67.2009.5.04.0009, Relator Desembargador Denis Marcelo de Lima Molarinho, 8ª Turma, DJ 11/11/2010)

No nosso entendimento, a doutrina e a jurisprudência solidificaram o melhor entendimento para o assunto. A revista íntima dos trabalhadores é prática amplamente abusiva e ofensiva à sua honra e a intimidade, de modo que a mera pretensão de defesa dos bens empresariais não justifica a adoção dessa prática extremista. Sem dúvida, deve ser coibido ao máximo o procedimento da revista íntima, seja através do pagamento de indenização que compense o dano moral sofrido pelo obreiro, ou, inclusive, de multa à empresa que põe em prática esse nefasto método de fiscalização, como prevê o PLC nº 02/2011 (Projeto de Lei da Câmara), da Deputada Federal Alice Portugal (Bahia), pendente de votação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal.

Muito embora a revista íntima seja veementemente, e corretamente, rechaçada pela jurisprudência pátria, os tribunais trabalhistas brasileiros, bem como parte da doutrina, vêm aceitando o procedimento de revista pessoal, não íntimo, realizado nos pertences dos trabalhadores (sacolas, bolsas, pastas, etc.), com finalidade de proteção ao patrimônio empresarial.

A professora Alice Monteiro de Barros assim leciona sobre o assunto:

A jurisprudência brasileira inclina-se, há muitos anos, pela possibilidade da revista pessoal, mormente quando prevista em regimento interno da empresa, com o fundamento de que é um direito do empregador e uma salvaguarda ao seu patrimônio. Entende-se que a insurgência do empregado contra esse procedimento permite a suposição de que a revista viria comprovar a suspeita que a determinou contra a sua pessoa, autorizando o reconhecimento da justa causa.

Há decisões do TST, bem mais recentes (2005 e 2006), admitindo revistas em bolsas ou pastas, de forma moderada, desprovidas de atos capazes de violar os direitos da personalidade, entre os quais o da honra e o da intimidade do empregado.

(...)

A nosso ver, a revista se justifica, não quando traduza um comodismo do empregador para defender o seu patrimônio, mas quando constitua recurso necessário à satisfação do interesse empresarial, à falta de outras medidas preventivas; essa fiscalização visa à proteção do patrimônio do empregador e à salvaguarda da segura das pessoas¹⁹³.

Porém, mesmo nesses casos, importante ressaltar que o procedimento de revista pessoal deve obedecer, segundo os defensores deste entendimento, a certos critérios que garantem a inviolabilidade da intimidade e da honra do trabalhador.

Em primeiro lugar, a revista pessoal não pode desrespeitar a dignidade humana do trabalhador. Alice Monteiro de Barros¹⁹⁴, citando o uruguaio Américo Plá Rodriguez, argumenta que esse tipo de fiscalização, dependendo da sua intensidade, poderá traduzir em atentado ao pudor natural da pessoa. Logo, a primeira e primordial condição para validade do procedimento de revista pessoal, de acordo com a doutrina e julgados acima expostos, é que seja feita de maneira respeitosa e não abusiva. Não será admitida quando se der de modo abusivo ou humilhante, isto é, *“não podem os empregadores, no anseio pela proteção patrimonial, expor os empregados ao ridículo, fazendo-lhes se despirem a fim de serem fiscalizados”*¹⁹⁵.

Em segundo lugar, considerando a lição da autora Alice Monteiro de Barros acima exposta, conclui-se que o empregador não pode se valer deste tipo de procedimento por mero comodismo ou economia, já que não requer gastos com aparatos tecnológicos. A revista pessoal somente deve ser usada quando constitua o último recurso necessário à proteção do patrimônio empresarial. Na falta de outras medidas, entende-se cabível a fiscalização.

A tecnologia também poderá ser utilizada para evitar ou reduzir os efeitos da revista na intimidade dos empregados. A título de exemplo, a colocação de etiquetas magnéticas em livros e roupas torna desnecessária a inspeção em bolsas e sacolas, nos estabelecimentos comerciais.¹⁹⁶

Prossegue a renomada jurista lecionando que, quando utilizada, o critério para escolha dos trabalhadores que se submeterão à revista não deve ser subjetivo, mas objetivo (sorteio, numeração, todos os integrantes de um

¹⁹³ BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. 2ª Edição. São Paulo : LTR, 2009.

¹⁹⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. 2ª Edição. São Paulo : LTR, 2009.

¹⁹⁵ FERREIRA, Aluísio Henrique. O poder diretivo do empregador e os direitos da personalidade do empregado. São Paulo : LTR, 2011.

¹⁹⁶ BARROS, Op. Cit.

turno, etc.), garantindo, assim, a generalidade e a impessoalidade do procedimento. A revista em uma única pessoa apenas se justificaria quando fundada em sérias razões, já que, nesses casos, o procedimento pode ser altamente lesivo ao trabalhador que se submete.

Por fim, também é critério essencial à validade da revista pessoal que seja realizada no âmbito do local de trabalho, pois o exercício do poder diretivo do empregador não se estende para fora do estabelecimento, caso o obreiro não esteja a serviço do seu patrão. Salienta a autora referida que, havendo suspeitas de subtração do material institucional, por exemplo, deverá o empresário recorrer às autoridades competentes.

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região admite o procedimento da revista pessoal, quando realizada com respeito aos critérios acima elencados e, principalmente, quando sejam comedidas, sem ofensa à intimidade e à honra do trabalhador.

DANO MORAL. REVISTA NOS PERTENCES DOS EMPREGADOS. NÃO-CONFIGURAÇÃO. A revista nos pertences dos empregados nos moldes realizados pela Polícia Federal nos aeroportos, não importa em constrangimentos, tampouco agressões morais à intimidade, à imagem profissional da trabalhadora ou a quaisquer dos bens protegidos pelo artigo 5º, X, da CF. Dano moral não configurado. Recurso ordinário da reclamante a que se nega provimento.
(TRT4, RO-0084000-75.2007.5.04.0122, Relator Desembargador Hugo Carlos Scheuermann, 4ª Turma, DJ 09/06/2011)

DANO MORAL. REVISTA EM PERTENCES DE EMPREGADOS. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE SUA OCORRÊNCIA. A revista em bolsa de empregados, por si só, não constitui ato ilícito do empregador, especialmente quando adotado procedimento não abusivo. Indevida a indenização por dano moral.
(TRT4, RO-0100700-28.2009.5.04.0811, Relator Desembargador Emilio Papaléo Zin, 10ª Turma, DJ 22/09/2011)

O posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho não destoia:

RECURSO DE REVISTA. DANOS MORAIS. REVISTA. BOLSAS E SACOLAS. A revista realizada com moderação e razoabilidade não caracteriza abuso de direito ou ato ilícito, constituindo, na realidade, exercício regular do direito do empregador, inerente ao seu poder diretivo e de fiscalização. Dessa forma, a revista em bolsas, sacolas ou mochilas de todos os empregados, sem que se proceda à revista íntima e sem contato corporal, mas apenas visual do vistoriador, e em caráter geral relativamente aos empregados de mesmo nível hierárquico, não denuncia excesso do empregador, inabilitando o reclamante à percepção da indenização por danos morais. Recurso de revista provido.

Apesar do entendimento doutrinário e jurisprudencial acima mencionado, que considera a lícita a revista pessoal, quando realizada sob o abrigo de critérios que garantam a integridade da honra e da intimidade do empregado, cabe mencionar que não há consenso sobre o assunto. A matéria não é pacífica, mesmo quando o procedimento seja, supostamente, respeitoso e comedido.

A Procuradora Sandra Lia Simón, por exemplo, defende que qualquer tipo de revista, seja íntima ou pessoal, é uma forma indiscutível de atentar contra a dignidade da pessoa humana, além de retirar do Estado a exclusividade da função policial. Prossegue argumentando que a opção da doutrina e da jurisprudência em aceitar a realização de revistas como expressão do poder diretivo do empregador, ainda que com a observância de alguns critérios, não leva em consideração a necessária ponderação para resolução de conflitos de direitos. Veja-se a lição da autora:

Ainda que, no Brasil, esse seja o entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante, parece difícil acreditar que, nos dias de hoje, com a grande evolução tecnológica, não exista outra forma de controle sobre os produtos que saem furtivamente da empresa. Ainda que não existissem essas formas – o que, repita-se, é bastante questionável – há meios previstos na legislação criminal de se apurar a autoria de delitos como o de furto, e o empregador deve, portanto, lançar mão desses meios,

(...)

Percebe-se, portanto que se trata de forma muito simplista e acomodada de o empresário defender o seu patrimônio. E é, indiscutivelmente, atentatória à dignidade da pessoa humana do trabalhador.

(...)

Da mesma forma, o princípio da igualdade (art. 5º, caput) é flagrantemente desrespeitado. Privilegia-se o empregador, autorizando-o a tomar medida para defesa de seu patrimônio que nenhuma outra pessoa pode adotar, e prejudica-se o empregado, pelo simples fato de encontrar-se numa relação de subordinação¹⁹⁷.

Sustenta arduamente, portanto, Sandra Lia Simón que a realização de revistas, independente da observância de qualquer critério, não encontra fundamento no poder de direção do empregador, já que afronta direitos dos

¹⁹⁷ SIMÓN, Sandra Lia. A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado. São Paulo : LTR, 2000.

trabalhadores constitucionalmente assegurados. Seu entendimento é corroborado pela lição do juiz Ivan da Costa Alemão, para quem o incômodo e o vexame sempre existirão para aqueles que são obrigados a se submeter à revista.

A revista significa dizer que todos são suspeitos, salvo se prove o contrário. Ninguém gosta de ser revistado, salvo para provar que não é criminoso, o que só é invocado sob um procedimento acusatório autoritário. É o recurso de prova digno da tirania, só devendo ocorrer na sociedade democrática em casos excepcionais. É conhecido o uso preconceituoso dessa prática contra pobres, negros, mulheres, etc. Se as revistas realizadas por órgãos competentes, como a polícia ou o exército, suscitam vários questionamentos, o que falar das revistas efetuadas por pessoas civis e sem autoridade, como os empregadores? Mesmo as revistas em locais de trabalho suscitam a discriminação e o preconceito.

(...)

A prática da revista nas empresas só demonstra o atraso em que a relação de trabalho encontra-se frente às outras relações civis.

(...)

O empregador ao praticar a revista, na verdade, está entrando na intimidade do empregado (que é extracontratual) e ao demiti-lo por justa causa está condenando-o à pena máxima. As revistas suscitam o cerceio do direito à privacidade, porém com uma diferença. O comerciante não julga e pune virtual criminoso, encaminha-o aos órgãos competentes, como a polícia. Na empresa, além de eventualmente o empregado vir a ser encaminhado à polícia, é também punido com justa causa¹⁹⁸.

Em conformidade com as posições de Sandra Simón e Ivan da Costa Alemão, também merece ser ressaltado o enunciado número 15 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada em 2007 pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), em parceria com o Tribunal Superior do Trabalho, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENAMAT) e o Conselho Nacional das Escolas de Magistratura do Trabalho (CONEMATRA):

15. REVISTA DE EMPREGADO.

I – REVISTA – ILICITUDE. 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.

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.

¹⁹⁸ ALEMÃO, Ivan da Costa. Revista de empregados: obtenção de prova por meio ilícito. Revista Síntese Trabalhista, Porto Alegre, Ano VIII, nº 91. Jan, 1997.

Muito embora o enunciado acima transcrito, são poucos os julgados que refletem esse entendimento. Citem-se, exemplificativamente, decisões dos Tribunais trabalhistas do Rio de Janeiro e Mato Grosso:

DANOS MORAIS. REVISTA DE BOLSA DO TRABALHADOR. AFRONTA À DIGNIDADE E À INTIMIDADE. A dignidade humana não pode ser suprimida sob pretexto de mera desconfiança generalizada de ameaça ao patrimônio do empregador. Sendo a vida o principal bem do ser humano, a honra lhe segue imediatamente em importância, situando-se acima do patrimônio na escala de valores. Daí não poder o empresário, sob o pretexto hipotético de ter seu patrimônio sob ameaça, agredir a honra e a intimidade de seus empregados. Incidência do Enunciado nº 15 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, promovida e realizada pelo TST. (TRT1, RO-0099800-49.2006.501.0030, Relator Desembargador Marcelo Antero de Carvalho, Terceira Turma, Publicado em 14/04/2009)

DANOS MORAIS - REVISTAS PESSOAIS - DIREITO DE PROPRIEDADE VERSUS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS - EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO - PRINCÍPIOS CONTRATUAIS CIVIL-CONSTITUCIONAIS - VIOLAÇÃO. O paradigma atual emanado da Constituição Federal propugna pela supervalorização da dignidade da pessoa humana, princípio máximo de um Estado Democrático de Direito, o qual encontra aplicabilidade imediata por meio da eficácia horizontal dos princípios fundamentais. Outrossim, os parâmetros estatuídos em princípios maximizadores da eficácia horizontal mediata, como a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o abuso de um direito (artigos 422, 421 e 187 do Código Civil de 2002), propugnam pela amoldação das tratativas e execução dos contratos enquadrados por essas cláusulas gerais com suporte constitucional. A baliza de constatação do cometimento de ato ilícito não perpassa, tão-somente, pela comparação entre o direito do proprietário de proteger seu patrimônio, portanto exercício regular de um direito e incursão dessas medidas protetivas na esfera íntima do empregado, mas sim, do objeto, método, forma e momento das revistas, devendo tais procedimentos deixar intacto o supraprincípio da dignidade da pessoa humana, instigador supremo do Bem-Estar coletivo, portanto direito intrínseco à noção de Humanidade. Nesse sentido, há que se afastar a interpretação de não violação aos direitos personalíssimos em revistas pessoais apenas porque não houve imposição de desnudar o empregado, devendo-se analisar os elementos circunstanciadores da generalização do ato investigatório/fiscalizador e do objeto sobre o qual se funda a revista. A boa-fé objetiva imputa às partes um compromisso com os padrões de conduta reta, vigentes no meio social, no sentido de pautar o comportamento dos contratantes, tangentes de uma necessidade de respeito à confiança da outra parte e aos seus legítimos interesses defendidos contratualmente, advindos, ainda, da noção de contrato com vínculo de colaboração. O contrato de emprego é um contrato eminentemente de colaboração, onde a confiança é elemento ínsito, não deixando a menor dúvida que as partes estão imbuídas do espírito fiducial em todas as fases contratuais, mormente na sua execução. (...) (TRT23 – RO 00932.2007.036.23.00-1, 1ª. T., Rel. Juiz Convocado Paulo Brescovici, j. 01/04/2008, p. 07/04/2008)

A Quarta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (Bahia), também adotou o entendimento do Enunciado número 15, considerando abusiva qualquer tipo de revista realizada pelo empregador, seja ela íntima ou não. Em julgamento dos embargos de declaração nº 0000575-05.2010.5.05.0192, de relatoria do Desembargador Valtércio de Oliveira, os julgadores argumentaram que *“a Turma adotou o entendimento expresso através do Enunciado nº15 da 1ª Jornada de direito Material e Processual na Justiça do Trabalho no sentido de ser ilícita toda e qualquer revista ao empregado, sendo ou não íntima. Tal posicionamento ampara-se no princípio constitucional da dignidade da pessoa do trabalhador”*.

Veja-se, portanto, que a discussão a respeito do método das revistas pelo empregador, para proteção do patrimônio empresarial, é bastante polêmica e controvertida. O próprio enunciado número 15 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho demonstra uma inclinação da própria jurisprudência para a negação por completo do procedimento, apesar de poucos os julgados que ilustram esse entendimento.

No nosso entender, com razão está a doutrina e jurisprudência que rechaçam qualquer tipo de revista, seja ela íntima ou não. Com o devido respeito ao entendimento contrário, parece-nos incongruente falar que o procedimento realizado de forma respeitosa afastaria o direito à indenização, já que qualquer tipo de revista traz consigo certo constrangimento. O próprio ato, por si só, gera incômodo naquele que se submete, de modo que querer legitimá-lo traçando critérios subjetivos não é a melhor solução.

Em que pese não concordemos com todos os argumentos trazidos por Ivan da Costa Alemão no artigo acima mencionado, possui razão o jurista quando menciona que a revista significa que todos os empregados são suspeitos, salvo se prove o contrário, o que não se compatibiliza com o artigo 5º, inciso LVII¹⁹⁹, da Constituição Federal, que insculpe o princípio da não-culpabilidade.

¹⁹⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Como bem ressalta Sandra Simón²⁰⁰ em sua obra acima mencionada, não nos parece crível que, atualmente, os empregadores não possuam outro método menos invasivo para a proteção do seu patrimônio. A tecnologia existente em pleno século XXI, em nossa opinião, é capaz de promover com grande eficácia a salvaguarda dos bens que integram a empresa, sem que a honra e a intimidade do trabalhador sejam-lhe toçadas. Por óbvio que a instalação de equipamentos eletrônicos para esse objetivo, como câmeras de vigilância ou alarmes, demandam investimentos pecuniários, porém isso não serve de justificativa para a adoção desse procedimento retrógrado, utilizado por empresários acomodados e simplistas, como bem refere a Procuradora.

Em nossa opinião, a autorização do procedimento de revista, mesmo que não íntima, resulta de um equivocada juízo de ponderação entre os direitos fundamentais em jogo, sem a observância dos princípios da concordância prática e da máxima efetividade dos preceitos constitucionais.

Conforme o Procurador Cássio Casagrande, *“nos dias de hoje, em face dos valores da Constituição de 88, a defesa do ‘direito’ do empregador em proceder a revista sobre o corpo do empregado e seus pertences só se explica pela permanência culturalista de uma triste herança da escravidão, que não podemos mais tolerar no atual contexto democrático de pleno respeito aos direitos civis”*²⁰¹.

2.4.1.3. CIRCUITO INTERNO DE TELEVISÃO

Outra forma de manifestação do poder fiscalizatório do empregador consiste na instalação de câmeras de vigilâncias, formando um circuito interno de televisão, de modo a controlar as atividades dos empregados durante o exercício das suas funções. No âmbito da relação de trabalho, o avanço tecnológico funciona como forma de aprimoramento do processo produtivo, de maneira que os empresários e os operadores do Direito não podem ignorá-lo. Resta-lhes, portanto, regulamentar a forma como o aparato será usado,

²⁰⁰ SIMÓN, Sandra Lia. A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado. São Paulo : LTR, 2000.

²⁰¹ CASAGRANDE, Cássio. O direito à intimidade do empregado e revistas no local de trabalho. Disponível em: <http://cedes.iesp.uerj.br/PDF/cidadaniatrabalho/direitoemprego.pdf>. Acessado em 20/09/2011.

levando sempre em conta que visam tão somente ao aumento da produção e ao sucesso do empreendimento.

No caso em apreço, a instalação de câmeras de vigilância é prática comum entre as empresas brasileiras, e a legislação infraconstitucional não impõem óbices. Os limites para a utilização do circuito interno de televisão devem ser auferidos da boa-fé contratual e do respeito à privacidade e intimidade do trabalhador. Ora, se os equipamentos têm a finalidade de controlar o exercício das atividades, devem ser instalados tão somente nos locais em que o trabalho é realizado, excluindo os locais de uso exclusivo, como sanitários, cantinas, refeitórios, etc.

O ensinamento de Sônia Mascaro Nascimento é nesse sentido:

Muitas vezes, tal providência é necessária para proteger o patrimônio do empregador e garantir a segurança do ambiente de trabalho. Registre-se, todavia, que a localização das câmeras deve ser feita com cuidado e privilegiar lugares com grande circulação de pessoas, tais como hall de entrada do estabelecimento e elevadores. A instalação de câmeras em lugares particulares dos empregados, tais como banheiros, pode dar ensejo à indenização por danos morais²⁰².

Sobre a instalação de câmeras de vigilância, assim se manifestou o Tribunal Superior do Trabalho:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. Incólumes os artigos 832 da CLT, 458 do CPC e 93, IX, da CF/1988 quando se constata motivação suficiente a justificar o comando judicial. 2. DANO MORAL RECONHECIDO. RATIFICAÇÃO. Nos termos do eg. Regional, revelando-se incontroversa a instalação de equipamentos - câmeras de filmagem - nas dependências dos banheiros de utilização dos empregados, mais especificamente na porta de entrada dos vasos sanitários e mictórios, tal situação, por si só, gera constrangimento moral e social, caracterizando o dano moral. Agravo de Instrumento a que se nega provimento. (AIRR - 120840-73.2004.5.03.0104 , Relator Juiz Convocado: Ricardo Alencar Machado, Data de Julgamento: 10/10/2005, 3ª Turma, Data de Publicação: 04/11/2005)

Não se pode negar a importância do avanço tecnológico na fiscalização das atividades laborais. Torna-se, todavia, imprescindível que esses instrumentos não sejam usados ilegalmente com finalidade de constranger o trabalhador.

²⁰² NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Assédio Moral. São Paulo : Saraiva, 2009.

A nosso ver, os regramentos para o uso do circuito interno de televisão como método para fiscalização do exercício das atividades dos empregados encontram-se devidamente solidificados na doutrina e na jurisprudência trabalhistas. Inegáveis são as facilidades e a otimização do controle quando do uso das câmeras de vigilância, devendo, pois, a matéria ser tratada com a importância que merece, inclusive em razão do seu uso bastante difundido pelo território nacional.

Entendemos que a doutrina e a jurisprudência conseguiram, através de um exercício de ponderação, encontrar um meio termo entre o direito à intimidade do empregado e o direito de propriedade do empregador. Ao cristalizar o posicionamento de que o uso de câmeras de vigilância é permitido, desde que não instaladas em locais em que o trabalhador possui a legítima expectativa de privacidade, como sanitários, revelaram-se sensíveis os juristas às necessidades de ambas as partes da relação de trabalho.

Assim, inquestionável que a colocação de um sistema interna de televisão em locais de ampla circulação de pessoas, ou destinada exclusivamente à prestação do serviço, não fere qualquer direito de personalidade do obreiro e, ao mesmo tempo, funciona como um método eficaz de salvaguarda do patrimônio empresarial. Por outro lado, o uso do referido método em locais inapropriados é, indubitavelmente, abusivo e ofensivo aos direitos de personalidade do trabalhador, dos quais não se despe totalmente o obreiro quando em uma relação jurídica de trabalho.

Dentro da empresa, em regra, existem locais que, em que pese componham o patrimônio do empregador, destinam-se ao descanso e alimentação do obreiro, bem como um banheiro destinado às suas necessidades fisiológicas. Neles, o uso de câmeras de vigilância importa, sem dúvida, consiste em ofensa à intimidade do trabalhador, e extrapola a boa-fé contratual.

CONCLUSÃO

A própria definição de trabalho – inclusive a origem latina da palavra, que denota um instrumento de tortura – traz a conotação de desprazer, de obrigatoriedade, para que a pessoa possa subsistir com dignidade. No decorrer da história, vimos que, durante séculos, o trabalhador era considerado objeto de propriedade do seu empregador, sendo-lhe despendido tratamento desrespeitoso e desonroso.

Muito se evoluiu até que chegássemos ao cenário atual, em que o labor é visto como fator de dignificação do ser humano, essencial para a vida em sociedade. Entretanto, muito embora tenha evoluído a legislação e a jurisprudência trabalhistas, ainda se visualizam atos abusivos por parte do empregador, que desequilibram a relação jurídica laboral em desfavor, obviamente, da parte mais fraca, dependente economicamente.

Nesse cenário, conflituosa é a relação existente entre o poder de fiscalização do empregador e os direitos de personalidade do empregado. Como vimos, a relação de emprego é composta por dois personagens: de um lado, o empregador, detentor do poder diretivo e do direito de propriedade sobre os bens da empresa; de outro, o empregado e seus direitos personalíssimos, subordinado juridicamente àquele por sua livre vontade.

Na presente monografia, estudamos que o poder de direção do empregador manifesta-se de diversas formas, como, por exemplo, os direitos de controle, organização e disciplina. Para os fins propostos pelo presente estudo, demos maior prevalência ao poder de fiscalização, através do qual o empregador averigua a regularidade da prestação dos serviços e do comportamento do obreiro. Entretanto, não poderá o empregador abusar desse direito, já que se restringe tão somente à atividade laboral. Em outras palavras, não é dado ao empresário exercer seu poder de fiscalização além daquilo que o direito e a sociedade entendem como equilibrado e razoável, sob pena de desvirtuamento da função social do contrato de trabalho e da empresa, bem como violação à boa-fé contratual.

Ocorre que a dignidade da pessoa humana é valor a ela intrínseco, que decorre do simples fato de ela existir e constitui um mínimo inviolável que deve ser protegido pelo ordenamento jurídico. No sistema constitucional brasileiro, vimos que o referido princípio assume condição essencial de fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, da Constituição Federal) e elemento basilar de todo o ordenamento. De igual modo, os direitos personalíssimos, protegidos constitucionalmente pelo artigo 5º da Lei Maior, relacionam-se com a intimidade, privacidade, imagem e honra do ser humano, e requerem efetiva proteção para o digno desenvolvimento da personalidade de seu titular.

O obreiro, pelo simples fato de fazer parte de uma relação jurídica empregatícia, não se despe de seus mais íntimos direitos, já que a ele inerentes e relacionados à sua própria condição humana. Portanto, é medida que se impõe o equacionamento de uma solução que limite o poder fiscalizatório do empregador, sem que isso inviabilize a atividade empresarial, com a finalidade de respeitar o que o ser humano tem de mais inviolável: a sua honra e dignidade. Não é pelo fato de se encontrar em estado de subordinação jurídica que o trabalhador poderá ser despojado de seus direitos individuais.

Portanto, o exercício dos direitos de personalidade do empregado frente ao poder de fiscalização do empregador pode representar uma verdadeira colisão de direitos, que deverá ser resolvida no plano valorativo, mediante o critério da ponderação e da proporcionalidade, evitando, assim, o sacrifício total de algum deles.

No que se refere ao controle do correio eletrônico, vimos que, no caso do e-mail corporativo, não existe expectativa de privacidade por parte do obreiro a ser protegida pelo Direito. Por se tratar de uma ferramenta de trabalho a ele conferida, com finalidade exclusivamente relacionada ao desenvolvimento das suas atividades, pode o empregador fiscalizar o seu uso, inclusive vigiando o conteúdo das mensagens enviadas. Não existe, nessa situação, qualquer violação à privacidade do trabalhador. Solução diferente é dada quando se trata de controle do e-mail pessoal do obreiro, objeto de proteção constitucional (artigo 5º, XII, da Carta Magna). Nessa hipótese, sendo

permitido o acesso, a fiscalização do empregador deve-se limitar tão somente ao aspecto formal, isso é, de regra, não pode ser violado o conteúdo do correio eletrônico pessoal do empregado, sob risco de afronta ao seu direito de privacidade.

Vimos, também, que a utilização da revista como forma de manifestação do poder de fiscalização é extremamente controvertida. A revista íntima deve ser veementemente rechaçada, o que vem fazendo com êxito a jurisprudência trabalhista, e o que prega o artigo 373-A, inciso VI, da Consolidação das Leis do Trabalho, extensível aos empregados do sexo masculino. Defendemos, também, que mesmo a revista pessoal, não íntima, é prática ofensiva a dignidade e honra do trabalhador. Nesse sentido, concordamos com os professores Sandra Lia Simón e Ivan Alemão, visto que esse procedimento, por si só, agride a dignidade humana e viola por completo os seus direitos de personalidade. Além disso, o empregador possui outros métodos de proteger o seu patrimônio, que não provocam qualquer atentado à honra de seus subordinados.

Por fim, a terceira forma de manifestação do poder de controle estudada refere-se à instalação de câmeras de circuito interno de televisão no local de trabalho. Consoante argumentamos no desenvolvimento do trabalho, entendemos que a prática encontra ampla guarida no sistema jurídico brasileiro, desde que os aparelhos de vigilância não sejam instalados em locais de uso privativo do empregado, como banheiros e cantinas.

Depois de todo o exposto, percebe-se que a utilização da proporcionalidade cria mecanismos que nos dão a possibilidade de concluir quando, no caso concreto, o direito de personalidade do empregado deverá prevalecer sobre o poder de controle do empregador, ou quando este se sobreporá àquele. Porém, importante ressaltar que é necessária a constante busca pela dignidade humana do trabalhador, que em nada fica abalada pelo fato de estar subordinado juridicamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEMÃO, Ivan da Costa. Revista de empregados: obtenção de prova por meio ilícito. Revista Síntese Trabalhista, Porto Alegre, Ano VIII, nº 91. Jan, 1997.
- ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- AMARAL, Francisco. Direito Civil – Introdução. 5ª Edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.
- ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Direito do trabalho e pós-modernidade: fundamentos para uma teoria geral. São Paulo : Editora LTR, 2005.
- ARAÚJO, Carolina Lobato Goes de. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br>. Acesso em 03/03/2011.
- ARAÚJO, Francisco Rossal de. A boa-fé no contrato de emprego. São Paulo : Editora LTR, 1996.
- ARISTÓTELES. A Política. São Paulo : Editora Martin Claret, 2008.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 8ª Edição. São Paulo : Editora Malheiros, 2008.
- BARACAT, Eduardo Milléo. A boa-fé no direito individual do trabalho. São Paulo : Editora LTR, 2003.
- BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo : Editora LTR, 2005.
- _____. Proteção à intimidade do empregado. 2ª Edição. São Paulo : Editora LTR, 2009.
- BARZOTTO, Luciane Cardoso. Direitos humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do Direito Internacional do Trabalho. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, 2007.
- BELMONTE, Alexandre Agra. O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho. São Paulo : Editora LTR, 2004.
- BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. 5ª Edição. Rio de Janeiro : Editora Forense Universitária, 2001.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho Decente. São Paulo : Editora LTR, 2004.
- CAMINO, Carmen. Direito Individual do Trabalho. 4ª Edição. Porto Alegre : Editora Síntese, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Edição. Coimbra : Editora Almedina, 2000.

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 31ª Edição. São Paulo : Editora Saraiva, 2006.

CASAGRANDE, Cássio. O direito à intimidade do empregado e revistas no local de trabalho. Disponível em: <http://cedes.iesp.uerj.br/PDF/cidadaniatrabalho/direitoemprego.pdf>. Acessado em 20/09/2011.

CASSAR, Vólia Bomfim. A ponderação entre o princípio constitucional da proteção ao trabalhador e o princípio constitucional da preservação da empresa: a função social da empresa sob o enfoque trabalhista. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário. Porto Alegre, Ano II, nº 11, mar/abr, 1996.

CATHARINO, José Martins. Compêndio de Direito do Trabalho, Vol. 1. São Paulo : Saraiva, 1982.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil, Vol 1. Rio de Janeiro : Editora Saraiva, 2003.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Poder punitivo trabalhista. São Paulo : Editora LTR, 1999.

CRUZ, Cláudia Ferreira. Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Carta Sociolaboral do Mercosul. São Paulo : Editora LTR, 2006.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Direitos de personalidade, figuras próximas e figuras longínquas. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Jurisdição e Direitos Fundamentais, Vol 1, Tomo 2. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª Edição. São Paulo : Editora LTR, 2010.

_____. Direitos fundamentais na relação de trabalho. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário. Porto Alegre, Ano II, nº 12. Mai/Jun, 1996.

_____. O direito constitucional e a flexibilização das normas trabalhistas. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário. Porto Alegre, Ano VI, nº 32. Set/Out, 2009.

_____. O poder empregatício. São Paulo : Editora LTR, 1996.

_____. Poder no Contrato de Trabalho. Revista Síntese Trabalhista. Porto Alegre, Ano VIII, nº 95, Mai, 1997.

ÉSQUILO. Prometeu Acorrentado. São Paulo : Editora Martin Claret. São Paulo, 2010.

FERNANDES, António Monteiro. Direito do Trabalho. 14ª Edição. Coimbra : Almedina, 2009.

FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. História do trabalho, do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho. São Paulo : Editora LTR, 1998.

FERREIRA, Aluísio Henrique. O poder diretivo do empregador e os direitos da personalidade do empregado. São Paulo : LTR, 2011.

FIUZA, César. Direito Civil: curso completo. 8ª Edição. Belo Horizonte : Editora Del Rey, 2004.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 4ª Edição. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2010.

GOÉS, Maurício de Carvalho. Os direitos fundamentais nas relações de emprego: da compreensão às novas tendências. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário. Porto Alegre, Ano V, nº 27. Nov/Dez, 1998.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. Curso de Direito do Trabalho. 16ª Edição. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2003.

GOSDAL, Thereza Cristina. Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra. São Paulo : LTR. 2007.

GOULART, Rodrigo Fortunato; HASSON, Roland. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. Revista trabalhista: direito e processo. São Paulo, Ano 7, nº 25. Jan/Fev/Mar, 2008.

GRASSELLI, Odete Maria. Internet, correio eletrônico e intimidade do trabalhador. São Paulo : Editora LTR, 2011.

HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho. São Paulo : Editora Atlas, 2009.

_____. O poder diretivo do empregador frente à intimidade e à vida privada do empregado na relação de emprego: conflitos decorrentes da utilização dos meios informáticos no trabalho. *In*: STÜRMER, Gilberto. Questões controvertidas de direito do trabalho e outros estudos. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006.

KANT, Immanuel. Fundamentos da Metafísica dos Costumes. Rio de Janeiro : Editora Ediouro, 1995.

LEDUR, José Felipe. A Realização do Direito ao Trabalho. Porto Alegre : Editora Sergio Fabris, 1998.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 14ª Edição. São Paulo : Editora Saraiva, 2010.

LIMA, Alceu Amoroso. O trabalho no mundo moderno. 2ª Edição. Rio de Janeiro : Agir Editora, 1967.

LISBOA, Roberto Senise. A inviolabilidade da correspondência na Internet. *In*: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto. Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes. Bauru : Editoria Edipro, 2000.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Artigo 1º. *In*: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2009.

MAGANO, Octavio Bueno. Do poder diretivo na empresa. São Paulo : Editora Saraiva, 1982.

MALLET, Estêvão. Direitos de personalidade e Direito do Trabalho. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário. Porto Alegre, Ano 1, Nº 1, Jul/Ago, 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 23ª Edição. São Paulo : Editora Atlas, 2007.

_____. Comentários à CLT. 11ª Edição. São Paulo : Editora Atlas, 2007.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. Direitos fundamentais. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. Tratado de Direito Constitucional, Vol 1. São Paulo : Editora Saraiva, 2010.

MAUAD FILHO, José Humberto; VILELA, Alaor Gustavo. Direito de resistência frente ao poder diretivo do empregador. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário. Porto Alegre, Ano III, Nº 15, Nov/Dez, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos de direito administrativo. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1981.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª Edição. São Paulo : Editora Saraiva, 2009.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. Introdução ao direito do trabalho. 10ª Edição. São Paulo : Editora LTR, 2010.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. São Paulo : Editora Atlas, 2002.

_____. Direito constitucional. 23ª Edição. São Paulo : Editora Atlas, 2008.

MURARI, Marlon Marcelo. Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado: o equilíbrio está na dignidade da pessoa humana. São Paulo : LTR, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 20ª Edição. São Paulo : Editora Saraiva, 2005.

_____. Direito contemporâneo do trabalho. São Paulo : Editora Saraiva, 2011.

_____. Iniciação ao direito do trabalho. 27ª Edição. São Paulo : Editora LTR, 2001.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Assédio Moral. São Paulo : Editora Saraiva, 2009.

NORONHA, João Walge da Silveira. A valorização do trabalho como condição de dignidade humana. Revista Direito & Justiça. Porto Alegre, Ano XXII, Vol. 22, Nº 21, 2000

OLIVEIRA, Paulo Eduardo. O dano pessoal no Direito do Trabalho. São Paulo : Editora LTR, 2002.

PAVELSKI, Ana Paula. Os direitos da personalidade do empregado em face do exercício abusivo do poder diretivo do empregador. Curitiba : Editora Juruá, 2009.

PEDRASSANI, José Pedro. Aspectos da tutela judicial de direitos metaindividuais do trabalho perante a jurisdição trabalhista. São Paulo : Editora LTR, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Vol 1. 21ª Edição. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2006.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; CARDOSO, Aline Almeida. Ponderação de direitos fundamentais e proteção à intimidade, privacidade e honra do empregado. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário. Porto Alegre, Ano V, Nº 28, Jan/Fev, 2009.

REALE, Miguel. Tendências do direito do trabalho contemporâneo. São Paulo : Editora LTR, 1980..

REDECKER, Ana Cláudia. Artigos 193 e 194. *In*: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorgue; AGRA, Walber de Moura. Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2009.

RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de direito do trabalho. 3ª Edição. São Paulo : Editora LTR, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. Direitos fundamentais nas relações de trabalho. 3ª Edição. São Paulo : Editora LTR, 2009.

_____. O fascismo no direito do trabalho brasileiro. São Paulo : Editora LTR, 2001.

ROSA, Cícero Xavier da. A voz mundial dos obreiros. Porto Alegre : Editora Tchê, 1994.

RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de Direito do Trabalho. 4ª Edição. Curitiba : Juruá Editora, 1991.

SANCHES, Gislene. Dano moral e suas implicações no direito do trabalho. São Paulo : Editora LTR, 1997.

SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. A eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores. São Paulo : Editora LTR, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos

fundamentais. *In*: _____. A Constituição Concretizada – Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre : Livraria do Advogado : 2000.

_____. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª Edição. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007.

SEGADO, Francisco Fernández. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. Jurisdição e Direitos Fundamentais, Vol 1, Tomo 2. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Direitos fundamentais e o contrato de trabalho. São Paulo : LTR, 2005.

SILVA, Alessandro da; MAIOR, Jorge Luiz Souto; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMER, Marcelo. Direitos humanos: essência do Direito do Trabalho. São Paulo : Editora LTR, 2007.

SILVA, Bruno Borges da. Os limites da dimensão fiscalizatória do poder empregatício e a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Revista Trabalhista: Direito e Processo. São Paulo : Ano VIII, Nº 32. Out/Nov/Dez, 2009.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo : Editora Malheiros, 2003.

SILVA, Leda Maria Messias da. Dano moral: direitos da personalidade e o poder diretivo do empregador. Revista Jurídica Cesumar. Maringá, v. 4, n. 1. 2004.

SILVEIRA NETO, Antônio; PAIVA, Mário Antônio Lobato de. A privacidade do trabalhador no meio informático. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/legis/consultoria-juridica/artigos/informatica-tecnologia.htm>. Acessado em: 21/06/2011.

SIMÓN, Sandra Lia. A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado. São Paulo : Editora LTR, 2000.

STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos privados. São Paulo : Editora Malheiros, 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro : Editora Renovar, 2002.

_____. Direito constitucional do trabalho. 3ª Edição. Rio de Janeiro : Editora Renovar, 2004.

_____. ; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. 22ª Edição, Vol. 1. São Paulo : Editora LTR, 2005.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de emprego. 3ª Edição. São Paulo : Editora LTR, 2005.