

DOUGLAS ALEXANDRE MÜLLER

REVISTAS PESSOAIS: DIREITO DO EMPREGADOR OU
DESRESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO EMPREGADO?
UM ENFOQUE CONSTITUCIONAL.

CURITIBA
2005

DOUGLAS ALEXANDRE MÜLLER

REVISTAS PESSOAIS: DIREITO DO EMPREGADOR OU
DESRESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO EMPREGADO?
UM ENFOQUE CONSTITUCIONAL

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial
para a obtenção do grau de bacharel
no Curso de Direito, do Setor de
Ciências Jurídicas, da Universidade
Federal do Paraná.

Prof. Orientador: Aldacy Rachid
Coutinho

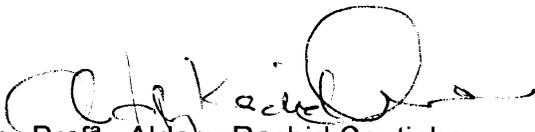
CURITIBA
2005

TERMO DE APROVAÇÃO

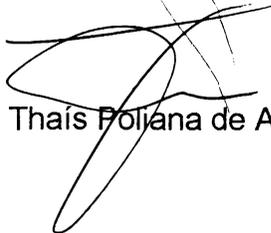
DOUGLAS ALEXANDRE MULLER

REVISTAS PESSOAIS: DIREITO DO EMPREGADOR OU DESRESPEITO AOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS DO EMPREGADO? UM ENFOQUE
CONSTITUCIONAL.

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel no
Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná,
pela seguinte banca examinadora:


Orientador: Prof.ª Aldacy Rachid Coutinho


Prof. Wilson Ramos Filho


Prof.ª Thais Poliana de Andrade

CURITIBA
2005

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I - DIREITOS DA PERSONALIDADE	3
1.1 NOÇÕES GERAIS	3
1.2 DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA	6
1.2.1 <i>Origem</i>	6
1.3 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL	7
CAPÍTULO II - INTIMIDADE E VIDA PRIVADA DO EMPREGADO.....	10
2.1 O ALCANCE NA RELAÇÃO DE EMPREGO	10
2.1.1 <i>Relação de emprego</i>	12
2.2 SUBORDINAÇÃO E PODER DIRETIVO	14
2.2.1 <i>A questão da subordinação</i>	14
2.2.2 <i>Conceito de subordinação</i>	15
2.2.3 <i>Poder Empregatício</i>	16
2.2.4 <i>O Direito de Propriedade</i>	20
2.3 REVISTA PESSOAL.....	24
2.3.1 <i>O direito comparado</i>	27
2.3.2 <i>Reflexões à revista pessoal</i>	28
2.4 COLISÃO DE DIREITOS	29
CONCLUSÃO	33
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	36

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisará a constitucionalidade da revista pessoal como mecanismo de fiscalização utilizado e difundido na relação laboral, a fim de verificar se ela encontra respaldo na ordem constitucional.

Observa-se que há uma colisão de direitos fundamentais atinentes nesta questão. De um lado têm-se típicos direitos da personalidade como o direito à intimidade e à vida privada do trabalhador cidadão, integrantes do rol dos direitos fundamentais do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal e de outro a proteção do direito de propriedade, assegurado no art. 5º, inciso XXII da Constituição.

Observa-se que a relação de emprego é caracterizada pela desigualdade entre as partes, o que pode ser constatado diante dos dois principais elementos informadores do contrato de trabalho: a subordinação jurídica do empregado e o poder de direção do empregador, fundamentado no direito de propriedade.

Procurar-se-á demonstrar neste trabalho que o poder de mando encontra limites no exercício dos direitos humanos fundamentais.

Embora haja no Brasil, a regulamentação específica sobre revistas pessoais prevista no art. 373-A, inciso VI, da CLT, esta proteção é extremamente limitada, pois se restringe à mulher ferindo o princípio da isonomia, já que qualquer indivíduo pode ser

vítima de revista pessoal que cause lesão à sua intimidade. Diante desta circunstância deve-se buscar a tutela do trabalhador nos dispositivos gerais previstos na Constituição.

A posição adotada por parte da doutrina e da jurisprudência brasileira em tolerar a realização das revistas pessoais, como expressão do poder de direção do empregador, ainda que com a observância de alguns requisitos, não observa o juízo de ponderação que deve nortear a solução das colisões de direitos.

Conforme Canotilho, a restrição de um direito só encontrará justificativa na necessidade ou na importância de prevalência do outro direito. Assim, ao fazer prevalecer o direito de propriedade, permitindo-se as revistas pessoais, causa lesão a outros valores constitucionais, e.g., direito à intimidade, direito à honra, princípio da presunção de inocência, princípio da dignidade humana.

Desta forma, o balizamento da compatibilização entre o direito de propriedade do empregador e o direito à intimidade do empregado está no princípio da dignidade humana, princípio fundante da República Federativa do Brasil, conforme o art.1º, inciso III da Carta Magna.

Diante da posição adotada pela doutrina e pela jurisprudência de tolerar a realização da revista pessoal, privilegia-se um único direito fundamental em detrimento dos demais, já citados; e é neste ponto que se centraliza a inconstitucionalidade da revista pessoal. Além disso, pela sua própria natureza, a revista pessoal é atentatória à dignidade da pessoa humana.

O presente trabalho tem por escopo principal demonstrar a inconstitucionalidade deste mecanismo de fiscalização utilizado nas relações laborais.

CAPÍTULO I - DIREITOS DA PERSONALIDADE

1.1 NOÇÕES GERAIS

“Direitos da personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”.¹

Tais direitos tentam responder às exigências de adequação da tutela jurídica às projeções essenciais do homem em sociedade.

Para MOTTA PINTO²: “incidem os direitos da personalidade sobre a vida da pessoa, a sua saúde física, a sua integridade física, a sua honra, a sua liberdade física e psicológica, o seu nome, a sua imagem, a reserva sobre a intimidade da sua vida privada”.

Como direitos subjetivos conferem ao seu titular o poder de agir na defesa destes bens e valores. A tutela jurídica destes direitos, conforme AMARAL³, é de natureza constitucional, civil e penal, tendo como suporte o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, expresso no art. 1º, inciso III, da Constituição Brasileira. Desta forma, este princípio orienta e legitima o sistema jurídico de defesa da personalidade, posto que a pessoa humana é o fundamento e o fim, da sociedade, do Estado e do direito.⁴

¹ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.243.

² MOTTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p.207.

³ AMARAL, op. cit., p.244.

⁴ MIRANDA JORGE, **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, p.167 apud AMARAL, op. cit., p.244.

Os direitos da personalidade são produto de um longo percurso da jurisprudência e da doutrina civilistas iniciado ainda no século XIX.⁵

O novo Código Civil brasileiro, que entrou em vigor em janeiro de 2003, é resultante deste processo cultural e ao apresentar 11 artigos sobre os direitos da personalidade, também passa a servir de marco normativo para sustentar a defesa desses direitos elevados à categoria de direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988.

Conforme GEDIEL⁶ a fundamentalidade dos direitos de personalidade, no entanto, não decorre apenas de sua previsão constitucional, mas advém sobretudo, da indissociabilidade entre os bens tutelados e o sujeito titular ou ocupante de determinada posição jurídica.

⁵ “O reconhecimento dos direitos da personalidade como categoria de direito subjetivo é relativamente recente, porém sua tutela jurídica já existia na Antiguidade, punindo ofensas físicas e morais à pessoa através da *actio injuriarum*, em Roma, ou da *dike kakegorias*, na Grécia. Com o advento do Cristianismo houve um despertar para o reconhecimento daqueles direitos, tendo por parâmetro a idéia de fraternidade universal. Na era medieval entendeu-se, embora implicitamente, que o homem constituía o fim do direito, pois a Carta Magna (séc. XIII), na Inglaterra, passou a admitir direitos próprios do ser humano. Mas foi a Declaração dos Direitos de 1789 que impulsionou a defesa dos direitos individuais e a valorização da pessoa humana e da liberdade do cidadão. Após a Segunda Guerra Mundial, diante das agressões causadas pelos governos totalitários à dignidade humana, tomou-se consciência da importância dos direitos da personalidade para o mundo jurídico, resguardando-os na Assembléia Geral da ONU de 1948, na Convenção Européia de 1950 e no Pacto Internacional das nações Unidas. Apesar disso no âmbito do direito privado seu avanço tem sido muito lento, embora contemplados constitucionalmente. O Código Civil francês de 1804 os tutelou em rápidas pinceladas, sem defini-los. Não os contemplaram o Código Civil português de 1866 e o italiano de 1865. O Código Civil italiano de 1942 os prevê nos art. 5º a 10; o atual Código Civil Português, nos arts. 70 a 81, e o novo Código Civil Brasileiro, nos arts. 11 a 21. Sua disciplina, no Brasil, tem sido dada por leis extravagantes e pela Constituição Federal de 1988, que com maior amplitude deles se ocupou, no art. 5º e em vários incisos e ao dar-lhes, no inc. XLI, uma tutela genérica ao prescrever que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Somente em fins do século XX se pôde construir a dogmática dos direitos de personalidade, ante o redimensionamento da noção de respeito à dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 1º, III, da CF/88.” DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 1: Teoria Geral do Direito Civil. 20ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003. p.118.

⁶ GEDIEL, José Antônio Peres. **A Irrenunciabilidade a Direitos da Personalidade pelo Trabalhador**. 149-164. in: SARLET, Ingo Wolfgang. ,(org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 149

“A indissociabilidade entre sujeito e bens da personalidade, por sua vez, não só orientou a formulação da teoria do direito geral de personalidade e o reconhecimento da necessária garantia jurídica das condições para o livre desenvolvimento da personalidade humana, mas tem resultado a crescente afirmação da irrenunciabilidade a esses direitos, como reflete o texto do artigo 11 do novo Código Civil brasileiro, *verbis*: art.11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária”.⁷

A lei refere-se apenas a três características desses direitos: intransmissibilidade, irrenunciabilidade e indisponibilidade. Deve-se ressaltar que a doutrina aponta outras características além destas citadas: são absolutos, imprescritíveis e extrapatrimoniais.

Tais direitos são extrapatrimoniais, porque inadmitem avaliação pecuniária, estando fora do patrimônio econômico. As indenizações que ataques a eles podem motivar, de índole moral, correspondem a um substitutivo de um desconforto, mas não se equiparam à remuneração.

ANTÔNIO CHAVES⁸, citado por VENOSA (2003, p.150) acentua que esses direitos da personalidade ou personalíssimos relacionam-se com o Direito Natural, constituindo o mínimo necessário do conteúdo da própria personalidade. Diferem dos direitos patrimoniais porque o sentido econômico desses direitos é absolutamente secundário e somente aflorará quando transgredidos: então será pedido substitutivo, qual seja, uma reparação pecuniária indenizatória, que nunca se colocará no mesmo patamar do direito violentado.

Após breve introdução sobre os direitos da personalidade, passar-se-á a análise do direito à intimidade e à vida privada, típicos direitos da personalidade, integrantes do rol dos direitos

⁷ GEDIEL, op.cit. p.149.

⁸ CHAVES, Antônio. **Tratado de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. v.1, t.1. p.491.

humanos fundamentais e protegidos pelo art. 5º, inciso X da Constituição Federal.

1.2 DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

Pela própria natureza das revistas pessoais, o direito à intimidade é o que mais poderia ser violado, razão pela qual este direito da personalidade será, neste estudo, abordado.

1.2.1 Origem

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ⁹, citado por SIMÓN (2000, p.71), afirma que num primeiro momento, a intimidade aparece ligada ao direito de propriedade, como reivindicação da burguesia por livre disposição da vida privada. Nesse contexto, essa aspiração não passava de mera consequência da orientação personalista do Estado liberal, posto que naturalmente não tinha por objetivo alcançar todos os indivíduos, mas apenas consagrar os privilégios de uma classe. A vida privada aparece, portanto, como um direito à solidão, à reserva, ao isolamento. Daí surgiu a máxima *my home is my castle*, pois bastava a salvaguarda do “castelo”, do lar, para que o burguês, que glorifica o seu, fosse o sujeito ativo, por excelência, desse direito.

A doutrina não contesta que a primeira grande formulação do direito à intimidade foi feita num artigo elaborado por *Samuel Warren e Louis Brandeis*, intitulado ‘The right to privacy’, publicado na edição de 15 de dezembro de 1890, da revista *Harvard Law Review*. De fato, essa obra é um clássico da literatura jurídica, que muito influenciou e ainda influencia os estudiosos do assunto. Nela o direito à intimidade foi colocado em destaque e dissociado da noção simplista de propriedade privada, consubstanciada no contorno do “castelo”. Com isso, foram traçados os primeiros parâmetros da sua configuração moderna, em que esse direito se relaciona à inviolabilidade da

⁹ CONCEPCIÓN RODRIGUEZ, José Luís. **Honor, intimidad e imagen: un análisis jurisprudencial de la L. O. 1/1982**. Barcelona: Bosch, 1996. pp.18-21.

personalidade humana e constitui um pressuposto da liberdade individual.¹⁰

Este artigo é considerado o início da discussão teórica a respeito do direito à intimidade, promovendo uma transformação de sua concepção.

Referindo-se ao artigo supra citado, BARROS¹¹ afirma que o direito à intimidade, a partir deste momento, sofre uma transformação, desligando-se de sua concepção “jus privatista”, típica do liberalismo, deixando de ser um bem, cuja titularidade correspondia ao pleno domínio do sujeito, como se fosse um móvel ou imóvel, e começa a ser considerado um atributo da personalidade do indivíduo. Desta forma, tal direito passa a enquadrar-se, sob a perspectiva civilista, como direito ou bem de personalidade. Tal direito, embora possa implicar, quando violado, pagamento de indenização, não está relacionado com a condição social ou com o patrimônio dos indivíduos; sendo o seu fundamento a liberdade individual.

1.3 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

A mais ampla e efetiva proteção do direito à intimidade foi trazida pela Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, inciso X, transcrito a seguir:

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 a propriedade, nos termos seguintes: (...)

¹⁰ SIMÓN, Sandra Lia. **A Proteção Constitucional da Intimidade e da vida Privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000. pp.71-72.

¹¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à Intimidade do Empregado**. São Paulo: LTr, 1997. p.21.

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

Ressalta-se que o constituinte de 1988, nos incisos XI e XII, também assegurou de forma explícita outras manifestações do direito à intimidade e à vida privada. Respectivamente a inviolabilidade de domicílio e das comunicações. Observa-se a preocupação do constituinte em assegurar, em todas as formas um mesmo direito e sempre de forma detalhada, não deixando brechas a interpretações restritivas.

...Primeiro, no *caput* do art. 5º, protegeu, de forma genérica, o direito à liberdade e à vida; segundo Luiz Alberto David Araújo este último “não se limita à garantia do direito à existência, mas se desdobra em direito à integridade física, à integridade moral, direito de privacidade, direito de intimidade, direito à imagem, direito à honra, dentre outros”. Depois protegeu a intimidade, bem como a vida privada (inciso X). E na seqüência, assegurou a inviolabilidade de domicílio, das comunicações (postais, telegráficas, telefônicas e de dados).¹²

A garantia do direito à liberdade e à vida já abrangeriam os demais bens assegurados. De forma semelhante, a garantia do direito à vida privada, já englobaria a proteção à intimidade, pois aquela é uma projeção desta, mais ampla.

Conforme Luiz Alberto David ARAÚJO¹³, citado por SIMÓN (2000, p.99), após um período de ditadura militar, o constituinte tinha a preocupação de instaurar um Estado Democrático de Direito, tendo uma atenção especial às liberdades públicas. Assim a Constituição Federal de 1988 refletiu a necessidade de restabelecimento democrático em diversos de seus dispositivos. E em muitos deles, tratou de explicitar conceitos, tornando muitas regras repetidas, reforçadas.

¹² SIMÓN, **A Proteção...**, op.cit., p. 98

¹³ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional do Transsexual**. São Paulo: Saraiva, 2000. passim

Essa insistência em assegurar mais de uma vez um mesmo direito e de forma detalhada tinha por escopo não deixar espaços a interpretações restritivas.

Deve-se ressaltar a importância e a relevância do direito da personalidade, objeto deste estudo, visto que o legislador constituinte incluiu a proteção desses bens da personalidade no núcleo imodificável do texto constitucional, consoante dispõe o art. 60, § 4º (cláusula pétrea).

Destaca-se que o legislador ordinário, ao instituir novo capítulo – Dos Direitos Da Personalidade – no novo Código Civil, promoveu a tutela destes direitos em consonância com a Constituição.

Como exemplo, vê-se o disposto pelo art.21 do novo Código Civil.

Art. 21: A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

A menção única e exclusiva da tutela à vida privada é irrelevante, pois a intimidade nela está contida.

CAPÍTULO II - INTIMIDADE E VIDA PRIVADA DO EMPREGADO

2.1 O ALCANCE NA RELAÇÃO DE EMPREGO

Por serem os direitos da personalidade intrinsecamente relacionados ao direito à liberdade e à vida consubstanciados na dignidade humana, tais direitos nunca se dissociam do indivíduo e o acompanham em todas as suas relações.

... numa relação de emprego, ainda que o poder de direção do empregador seja incontestável, encontrando em fundamento em outra das liberdades públicas, qual seja, o direito de propriedade, não há negar a ampla incidência dos mesmos, no que diz respeito aos trabalhadores. Mesmo que se encontrem em patamar hierarquicamente inferior em relação aos empresários, o poder de mando encontrará limites no exercício das liberdades públicas.¹⁴

PEREZ LUÑO citado por SIMÓN (2000, p.102), ao analisar a liberdade de expressão, considera que:

... a mudança do Estado liberal ao Estado social de Direito acarretou (...) a extensão da incidência dos direitos fundamentais a todos os setores do ordenamento jurídico e, portanto, também ao centro das relações entre particulares. Parece um paradoxo, por exemplo, que o reconhecimento do direito fundamental à liberdade de expressão pela regra constitucional pudesse ter reduzida sua aplicação à exigência de que o Estado permita a livre difusão de opiniões, mas consentisse as pressões sobre a liberdade de pensamento ou idéias ou a proibição de manifestá-las, exercida por um empresário em relação aos seus empregados.¹⁵

¹⁴ SIMÓN, **A Proteção...**, op. cit., p.101.

¹⁵ PEREZ LUÑO, Antônio E. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1995, p.23.

No original, " *el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho haya supuesto (...), la extensión de la incidencia de los derechos fundamentales a todos los sectores del ordenamiento jurídico e, por tanto, también al seno de las relaciones entre particulares. Parece un contrasentido, por ejemplo, que el reconocimiento del derecho fundamental a la libertad de expresión por la normativa constitucional pudiera ver reducida su aplicación a la exigencia de que el Estado permita la libre difusión de opiniones, pero consentiera las presiones sobre la libertad de pensamiento e ideas o*

De forma analógica poder-se-ia aplicar o mesmo raciocínio de LUÑO em relação ao direito à intimidade.

Fala-se, portanto, da denominada eficácia privada ou horizontal dos direitos fundamentais.

“Para além de vincularem todos os poderes públicos, os direitos fundamentais exercem sua eficácia vinculante também na esfera jurídico-privada, isto é, no âmbito das relações jurídicas entre particulares”.¹⁶

E continua:

Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de que, ao Contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, tinham por escopo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre o público e o privado, os direitos fundamentais alcançavam sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, no Estado social de Direito não apenas o Estado ampliou as suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas.¹⁷

... reconhece-se, no âmbito da perspectiva jurídica-objetiva dos direitos fundamentais, que todos, Estado e particulares, se encontram a estes vinculados por um dever geral de respeito, situação que costuma ser identificada com uma eficácia externa dos direitos fundamentais, na qual os particulares assumem a posição de terceiros relativamente à relação indivíduo-poder, na qual está em jogo determinado direito fundamental. Fora das relações indivíduo-poder, isto é, quando se trata de particulares em

la prohibición de manifestarlas, ejercitada pr un empresario en relación con sus asalariados” – Tradução livre (op. cit. P.23)

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. rev. e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.337.

¹⁷ SARLET, **A Eficácia dos ...**, op. cit., p.339

condições de relativa igualdade, deverá, em regra, prevalecer o princípio da liberdade, aceitando-se uma eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privativa apenas nos casos em que a dignidade da pessoa humana estiver sob ameaça ou diante de uma ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal.¹⁸ (grifo meu)

2.1.1 Relação de emprego

A relação de emprego, do ponto de vista técnico-jurídico, é uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Conforme expõe DELGADO¹⁹, corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais relações de trabalho ora vigorerantes.

A expressão relação de trabalho engloba, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de trabalho, como trabalho de estágio, entre outras.

...a relação de emprego tem a particularidade de também constituir-se, do ponto de vista econômico-social, na modalidade mais relevante de pactuação de prestação de trabalho existente nos últimos duzentos anos, desde a instauração do sistema econômico contemporâneo, o capitalismo. Essa relevância e a singularidade de sua dinâmica jurídica conduziram a que se estruturasse em torno da relação de emprego um dos segmentos mais significativos do universo jurídico atual – o Direito do Trabalho.²⁰

Passados duzentos anos do início de sua dominância no contexto sócio-econômico do mundo ocidental, pode-se afirmar que a relação empregatícia tornou-se a mais importante relação de trabalho existente no período, quer sob a ótica econômico social, quer sob a ótica jurídica. No primeiro plano, por generalizar-se ao conjunto do mercado de trabalho, demarcando uma tendência expansionista voltada a submeter às suas regras a vasta maioria de fórmulas de utilização da força de trabalho na economia contemporânea. No segundo plano, por ter dado origem a um universo orgânico e sistematizado de regras, princípios

¹⁸ SARLET, *A Eficácia dos ...*, op. cit., pp.342-343.

¹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004. p.286.

²⁰ DELGADO, op. cit., p. 286.

e institutos jurídicos próprios e específicos, também com larga tendência de expansionismo – o Direito do Trabalho.²¹

O fenômeno sócio jurídico da relação de emprego deriva da conjugação de certos elementos inarredáveis (elementos fáticos-jurídicos)²², sem os quais não se configura a mencionada relação.

Os elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) efetuada com personalidade pelo trabalhador; c) com não-eventualidade; d) sob subordinação ao tomador dos serviços; e) com onerosidade.

A Consolidação das Leis Trabalhistas aponta esses elementos nos conceitos de empregado e empregador.

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

Art. 2º *caput*: Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite assalariada e dirige a prestação pessoal de serviços.

NASCIMENTO afirma que no lugar da palavra dependência, generalizou-se outra expressão, a palavra subordinação, que da maior importância, uma vez que permite dividir dois grandes campos de trabalho humano: o trabalho subordinado e o trabalho autônomo.²³

Para SIMÓN, a subordinação é a característica mais importante, no desenvolvimento do trabalho no mundo contemporâneo. E só há subordinação, ou seja, o empregador só

²¹ DELGADO, op. cit. , p. 286.

²² DELGADO, op. cit. , p. 290.

²³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 1989. p.101.

pode impor suas ordens ao empregado, que as acata, porque é o detentor do poder de direção.²⁴

Após essas considerações gerais sobre a relação de emprego, é necessária uma verticalização do enfoque do presente estudo em relação ao objeto do mesmo. Assim sendo, neste trabalho, a subordinação ao tomador de serviços é o elemento fático-jurídico que nos interessa, e será analisado simultaneamente com o poder de direção.

2.2 SUBORDINAÇÃO E PODER DIRETIVO

2.2.1 A questão da subordinação

Embora a relação de emprego resulte da síntese indissolúvel dos cinco elementos fático-jurídicos que a compõem, a subordinação é, entre todos os elementos o que ganha maior proeminência na conformação do tipo legal da relação empregatícia.

Tal importância deriva do fato de ser o principal elemento de diferenciação entre a relação de emprego e o trabalho autônomo, permitindo ao operador jurídico cotejar e discriminar inúmeras situações fático-jurídicas próximas que abrangem inúmeras situações recorrentes na prática material e judicial trabalhista.²⁵ Assim a desconstituição de um contrato civil formalmente existente entre as partes supõe a prova da subordinação jurídica, em detrimento do caráter autônomo aparente de que estaria se revestindo o vínculo.

²⁴ SIMÓN, A *Proteção...*, op. cit., p. 104.

²⁵ DELGADO, op. cit., p. 302.

2.2.2 Conceito de subordinação

A palavra subordinação deriva de *sub* (baixo) e *ordinare* (ordenar), traduzindo a noção etimológica de estado de dependência ou obediência em relação a uma hierarquia de posição ou de valores.²⁶

Para DELGADO²⁷ a subordinação corresponde ao pólo antitético e combinado do poder de direção existente na relação de emprego. Consiste, dessa forma, em uma situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado comprometer-se-ia a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços.

Para NASCIMENTO²⁸ seria uma situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará.

..., no Direito do Trabalho a subordinação é encarada sob um prisma objetivo: ela atua sobre o modo de realização da prestação e não sobre a pessoa do trabalhador. É, portanto, incorreta, do ponto de vista jurídico, a visão subjetiva do fenômeno, isto é, que se compreenda a subordinação como atuante sobre a pessoa do trabalhador, criando-lhe certo estado de sujeição (*status subjectiones*). Não obstante essa situação de sujeição possa ocorrer, inclusive com inaceitável freqüência, ela não explica, do ponto de vista sócio-jurídico, o conceito e a dinâmica essencial da relação de subordinação. Observe-se que a visão subjetiva, por exemplo, é incapaz de captar a presença de subordinação na hipótese de trabalhadores intelectuais e altos funcionários.²⁹

²⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque. **Novo Dicionário de Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1621.

²⁷ DELGADO, op. cit., p. 302.

²⁸ NASCIMENTO, op. cit., p. 103.

²⁹ DELGADO, op. cit., p. 303.

DELGADO, citado por SIMON (2000, p. 105) afirma que "liberdade e vontade são traços distintivos marcantes entre o padrão contemporâneo de relação de produção e o padrão antigo e medieval. (...) Se a ausência da liberdade no interior da relação servil ou escrava conduzia à emergência da sujeição como critério de vinculação entre o titular do meio de produção e o produtor/trabalhador envolvido, não será esse o efeito constatado no sistema produtivo contemporâneo. É que a presença da liberdade/vontade no interior da relação empregatícia afasta a possibilidade do uso do critério do simples comando/obediência, do critério da sujeição como padrão de relacionamento direto

A concepção subjetiva do fenômeno da subordinação deriva de uma fase teórica em que não se havia ainda firmado a noção essencialmente jurídica deste fenômeno e relaciona-se à idéia de dependência. Embora o art. 3º da CLT utilize esta palavra, o operador jurídico deve interpretá-la como subordinação, sob a ótica objetiva, conforme compreensão dominante do tema.³⁰

A. Constitucionalização do direito do trabalho faz com que se possa identificá-lo também, como um direito de tutela das liberdades públicas e da personalidade do trabalhador e não apenas como uma relação de cunho obrigacional. A subordinação jurídica, assim, deveria funcionar como a chave de um mecanismo funcional que garanta o acesso aos direitos fundamentais, para se conformar com a Constituição.³¹

Desta forma, uma interpretação do art. 3º da CLT, sob a ótica subjetiva, afrontaria plenamente o texto constitucional, até porque uma das características do direito do trabalho é de ser um direito de proteção do trabalhador assalariado, em virtude da condição de desigualdade que caracteriza a relação de emprego.

2.2.3 Poder Empregatício

Além da subordinação jurídica, o outro principal elemento informador do contrato de trabalho, que demarca a desigualdade na relação empregatícia é o poder empregatício.

Este poder consiste no conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica, concentradas na figura do

empregado/empregador no mundo atual. Inviabilizando o critério fundado na coerção, por incompatibilidade com o trabalho livre, constrói-se (...) o critério da subordinação objetiva, dirigida à forma de prestação do trabalho, sem interferência na vida e liberdade pessoal do trabalhador" (grifos meu) in DELGADO, Maurício Godinho. **O Poder Empregatício**. São Paulo: LTr, 1996, p.140.

³⁰ DELGADO, op. cit., p. 303.

³¹ MACHADO, Sidnei. **A Subordinação Jurídica na relação de trabalho: uma perspectiva reconstrutiva**. Curitiba, 2003. 196 f. Tese (Doutorado em Direito)- Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p.124.

empregador para exercício no contexto da relação de emprego.³² Prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços.

DELGADO³³ expõe que a doutrina não tem se utilizado comumente da expressão poder empregatício para se referir a este fenômeno faz referências autônomas àquilo que é considerado face ou dimensão deste fenômeno que são: poder diretivo, poder regulamentar, poder fiscalizatório, poder disciplinar. No entanto, do ponto de vista teórico e prático, é vantajoso uma específica denominação que abrange a integralidade de um mesmo fenômeno que apenas se desdobra, no plano operacional, em dimensões e manifestações variadas.

SIMÓN³⁴ refere-se a este mesmo fenômeno como poder de direção. Este poder é a prerrogativa que o empregador possui de determinar a forma pela qual ocorrerá a prestação de serviços, por parte do empregado, podendo ser chamado também de poder diretivo ou poder de comando. Tal autora adota em seu estudo a classificação proposta por NASCIMENTO³⁵ que identifica três espécies de manifestações: poder organizacional, poder de controle e poder disciplinar.

Neste estudo adotar-se-á a classificação proposta por DELGADO. Nesta classificação o poder empregatício divide-se em: poder diretivo (também chamado de poder organizativo ou poder de comando), poder regulamentar, poder fiscalizatório (ou poder de controle) e poder disciplinar.

A) Poder diretivo: é o poder mais amplo do empregador, que consiste na faculdade de ordenar tanto o capital como o

³² DELGADO, op. cit. , p.629.

³³ id.

³⁴ SIMÓN, **A Proteção...** , op. cit. , p.105

³⁵ NASCIMENTO, op. cit. , pp.143-149.

trabalho tendo por objetivo a direção e administração do empreendimento. Compreende a definição dos fins econômicos, a determinação da estrutura jurídica, a fixação de cargos e funções e suas respectivas atribuições, a ordenação e estruturação do processo de trabalho dentre outras atividades.³⁶

- B) Poder regulamentar: é o conjunto de prerrogativas dirigidas à fixação de regras gerais a serem observadas no âmbito do estabelecimento e da empresa. Para NASCIMENTO³⁷, é este poder que gera a possibilidade de elaborar o regulamento de empresa, que em conjunto com a lei e outros instrumentos normativos (como convenções e acordos coletivos de trabalho), servirão para regulamentar o contrato de trabalho.
- C) Poder disciplinar: é a prerrogativa do empregador de impor sanções aos empregados em virtude do descumprimento por esses de suas obrigações contratuais.
- D) Poder fiscalizatório: é o conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno. Medidas como o controle de portaria, as revistas, circuito interno de televisão, controle de horário e frequência, entre outras providências, constituem manifestações deste poder.

Dentro do presente estudo, é a manifestação deste poder, de forma inadequada, que pode ferir a intimidade e a vida privada do empregado.

³⁶ SIMÓN, *A Proteção...*, op. cit., p.107.

³⁷ NASCIMENTO, op. cit., p. 147.

Não se nega a existência de limites ao poder fiscalizatório, no entanto existem dúvidas a respeito das efetivas e exatas fronteiras aplicáveis às prerrogativas deste controle empresarial no Brasil.

Existem ordens jurídicas mais avançadas do que a brasileira que estabelecem firme contingenciamento ao exercício de tais atividades de fiscalização e controle internas à empresa, em benefício da proteção à liberdade e dignidade básicas da pessoa do trabalhador. O Estatuto dos Trabalhadores da Itália (Lei n.300, 20.5.70), por exemplo, veda a presença permanente (não o ingresso excepcional) de guardas de segurança no estrito local de cumprimento das atividades laborais obreiras (art.2º); veda, como regra, o "uso de instalações audiovisuais de outros aparelhos com fins de controle a distância das atividades dos trabalhadores", além de submeter a utilização de instalações eventualmente necessárias em face de outros objetivos ao "prévio acordo das comissões de representantes sindicais na empresa, ou então, na falta destas, a comissão interna"(art.4º); veda, também como regra, as inspeções pessoais de controle sobre o trabalhador, admitindo-as com restrições, em certos casos, sempre mediante acordo entre o empregador e as comissões de representantes sindicais na empresa ou, na falta destas, com a comissão interna(art.6º).³⁸

A ordem jurídica brasileira não tem, ainda, preceitos tão claros na direção acima enunciada. Contudo, a Carta Constitucional de 1988, por meio de regras e princípios gerais capazes de orientar o operador jurídico diante de casos concretos, rejeitou condutas fiscalizatórias que agridam a liberdade e dignidade básicas da pessoa física do trabalhador.

A legislação trabalhista brasileira não tem uma tutela específica para a salvaguarda dos direitos de personalidade do trabalhador no contrato de trabalho. Desta forma, em todas as hipóteses em que estes direitos podem ser atacados, prevalece, ainda que genérica, a proteção constitucional (art.5º, X).

Reitera-se que, apenas recentemente, a ordem jurídica insculpiu preceito vedatório expresso por meio da lei nº 9.799/99.

³⁸ DELGADO, op. cit. , p.635.

Consiste no art. 373-A, inciso VI, da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Art. 373-A -..., é vedado (...)

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

Contudo, a proteção legal é extremamente limitada, porque restringe a tutela à mulher, ferindo o princípio da isonomia; e também porque a expressão “íntima” faz supor um ataque mais direto e brutal à intimidade, sendo que a revista pessoal, ainda que não acintosa, pode sim, ferir a intimidade. Prevalece, portanto, a proteção constitucional.

2.2.4 O Direito de Propriedade

Observou-se no item anterior, que uma das manifestações do poder empregatício é o poder fiscalizatório. Conforme visto anteriormente, tal poder consiste na faculdade que tem o empregador de fiscalizar as tarefas profissionais realizadas pelos seus empregados, para verificar se estão sendo cumpridas as metas que possibilitarão alcançar os seus objetivos, bem como de uma vigilância ao longo do espaço empresarial interno.

Uma das medidas utilizadas pelos empregadores, como manifestação deste poder fiscalizatório, consiste na utilização de revista pessoal, que envolvem objetos que acompanham o trabalhador, bem como a sua própria pessoa e espaços a ele reservados. Tal prática é comum, vem sendo admitida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, e tem por escopo a “proteção” da propriedade do empregador.

Vivemos num sistema capitalista, instalado na maioria das sociedades do mundo contemporâneo, sistema cuja essência está exatamente na propriedade.

TARSO GENRO,³⁹ citado por SIMÓN (2000, p.112), afirma que:

... não é possível desvincular a disciplina do trabalho, no mundo ocidental burguês, da questão do direito de propriedade. A forma com que é exercida a repressão para a obtenção da disciplina e a possibilidade de levar às últimas conseqüências a defesa da propriedade (e evidentemente de seu rendimento) fez com que Pontes de Miranda escrevesse, referindo-se ao texto constitucional: 'basta que uma partícula de patrimonialidade exista para que o texto seja respeitado'.

O direito de propriedade é, num primeiro momento, típico direito individual, de primeira geração, assegurado originariamente nas Declarações de Direitos francesa e americana. Juntamente com os direitos à vida, liberdade, igualdade e segurança, é considerado símbolo do Estado liberal e representa a essência da não intervenção do Estado na esfera privada dos cidadãos.

O caráter absoluto do direito de propriedade foi sendo superado pela evolução, desde a aplicação da teoria do abuso de direito do sistema de limitações negativas e também de imposições positivas, deveres e ônus, até chegar à concepção da propriedade com função social.⁴⁰ Houve, portanto, uma evolução do direito de propriedade, que de simples relação entre indivíduo e coletividade (que tinha o dever de respeitá-lo) passou ao patamar atual de direito complexo, regulamentado não só por normas de direito privado, mas também por normas de direito público, em virtude da forte carga social que sustenta.

O direito de propriedade está assegurado no art.5º, inciso XXII, da Carta Constitucional de 1988. A própria Constituição coloca de imediato a principal limitação à estrutura deste direito ao estipular no art.5º, inciso XXIII, que a propriedade deve atender a sua função social.

³⁹ GENRO, Tarso. **Introdução à crítica do Direito do Trabalho**. Porto Alegre: L&PM, 1979. p.61.

⁴⁰SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2001. p.271.

MORAES⁴¹ afirma que:

...a referência constitucional à função social como elemento estrutural da definição do direito à propriedade privada e da limitação legal ao seu conteúdo demonstra a substituição de uma concepção abstrata de âmbito meramente subjetivo de livre domínio e disposição da propriedade por uma concepção social de propriedade privada, reforçada pela existência de um conjunto de obrigações para com os interesses da coletividade, visando também a finalidade ou utilidade social que cada categoria de bens objeto de domínio deve cumprir.

Para PERLINGIERI,⁴² a função social da propriedade privada não diz respeito exclusivamente aos seus limites, mas concerne o conteúdo global da disciplina proprietária e continua:

A função social, construída com o conjunto dos limites, representaria uma noção somente de tipo negativo voltada a comprimir os poderes proprietários, os quais sem limites, ficariam íntegros e livres. Este resultado está próximo à perspectiva tradicional. Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa (art.2 Const.) o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. E isso não se realiza somente finalizando a disciplina dos limites à função social. Esta deve ser entendida não como uma intervenção em 'ódio' à propriedade privada, mas torna-se 'a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito', um critério de ação para o legislador, e um critério de individualização da normativa a ser aplicada para o intérprete chamado a avaliar as situações conexas à realização de atos e de atividades do titular... A função se apresenta como causa de legitimação ou de justificação das intervenções legislativas que devem ser sempre submetidas a um controle de conformidade constitucional.⁴³

Neste sentido cita-se interessante passagem de PEREIRA⁴⁴:

⁴¹ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p.173.

⁴² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 225.

⁴³ *Ibid.*, pp. 226-227.

⁴⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direitos reais**. V.4. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.87.

Admitida a sobrevivência da propriedade privada como essencial à caracterização do regime capitalista, garante a ordem pública a cada um a utilização de seus bens, nos misteres normais a que se destinam. Mas, em qualquer circunstância, sobrepõe-se o social ao individual. O bem-estar de todos sobreleva às conveniências particulares. E, para realizá-lo, arma-se o legislador de poderes amplos e afirmativos. A constituição de 1988, neste sentido, como argutamente salientado por Gustavo Tepedino, ao submeter os interesses patrimoniais aos princípios fundamentais do ordenamento (arts. 1º, 3º e 5º), ditou uma disciplina que se dirige precipuamente à compatibilidade da situação jurídica de propriedade com situações não-proprietárias, derivando de tal compatibilidade o preciso conteúdo da propriedade.

A Constituição Federal coloca ainda, a propriedade privada e a sua função social como princípios da atividade econômica, preceituando no seu art. 170, incisos II e III:

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

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade (...).

É interessante o posicionamento de GRAU⁴⁵ que diferencia a propriedade com função individual da propriedade com função social. A primeira justifica-se por proteger o indivíduo e sua família, em relação às necessidades da própria sobrevivência, de maneira que se consubstancia em simples direito individual, a segunda justifica-se pelos seus fins, em face de sua inserção em determinada coletividade.

Por esta diferenciação proposta, a propriedade privada do empregador, objeto da atividade econômica, está inserida, pelos seus fins, na propriedade com função social, e como tal, a sua

⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. pp. 251-254.

utilização bem como proteção deve ser submetida aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico.

Para GRAU, "a moderna legislação econômica considera a disciplina da propriedade como elemento que se insere no processo produtivo, ao qual converge um feixe de outros interesses que concorrem com aqueles do proprietário e, de modo diverso, o condicionam e por ele são condicionados".⁴⁶ E continua: "os bens de produção são postos em dinamismo, no capitalismo, em regime de empresa, como função social da empresa".⁴⁷ Portanto, em sua posição,⁴⁸ a proteção constitucional do art. 170 condiciona o exercício do direito de propriedade à justiça social, fazendo com que esse direito devidamente exercitado sirva de instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna.

Após, breve análise do direito proprietário abordar-se-á a questão da revista pessoal, utilizada pelos empregadores como meio de manifestação do poder fiscalizatório.

2.3 REVISTA PESSOAL

No Brasil a regulamentação legal e específica da matéria encontra-se no art. 373-A, VI, da Consolidação das Leis Trabalhistas que dispõe:

Art. 373-A -... ,é vedado(...)

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

⁴⁶ GRAU, op. cit. , p.253.

⁴⁷ Ibid., p.255.

⁴⁸ Ibid., p.257.

Tal proteção é precária, extremamente limitada, por restringir a tutela à mulher, ferindo o princípio da isonomia, posto que qualquer indivíduo pode sofrer revista que cause lesão à sua intimidade. A expressão “íntima” faz supor um ataque mais direto e brutal à intimidade (e. g. revistas no corpo do empregado), sendo que revista pessoal não acintosa (e.g. objetos de uso pessoal), pode, sim, ferir a intimidade do trabalhador.

Desta forma, para garantir uma verdadeira e efetiva proteção, prevalece a tutela constitucional, que é mais ampla e genérica.

O que traz grandes dificuldades do ponto de vista prático para uma real proteção do direito à intimidade. Por se tratar de prática corriqueira, a inexistência de legislação específica e suficiente sobre o tema ocasionando a falta de um balizamento que regule ou vede a prática deste mecanismo de fiscalização, acaba por ferir o direito de intimidade dos trabalhadores, posto que fica a critério do empregador a forma de seu exercício.

Por conseguinte a tutela da intimidade acaba sendo suprimida e substituída por uma indenização, uma reparação de dano moral. quando cabível, determinada pelos tribunais, que analisarão caso a caso e verificarão se houve ou não lesão à intimidade.

Ocorre que a tutela, desta forma é superveniente e não garante o direito à intimidade, prevalecendo na prática, exclusivamente a tutela do direito de propriedade que, se incidir de forma abusiva, poderá gerar “um direito a reparação”.

Por meio de interpretação do dispositivo da CLT, pode-se chegar a conclusão de que apenas as revistas íntimas, portanto vexatórias estariam proibidas, de tal forma que os empregadores

encontrariam respaldo no ordenamento jurídico para a realização deste mecanismo de fiscalização.

O grande problema, como aponta BARROS⁴⁹ está no fato de que a jurisprudência tem revelado dificuldade, na prática, de definir até onde esse poder de direção é exercido legitimamente, como boa administração de pessoal, e a partir de que momento ele se torna intolerável, por implicar invasão da intimidade dos empregados.

“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”.⁵⁰

Segundo NASCIMENTO,⁵¹ a revista dos empregados vem sendo considerada pelos Tribunais como um direito da fiscalização do empregador. No entanto, ao tornar-se abusiva à dignidade do trabalhador, não encontrará acolhida nas decisões judiciais. Ela terá de ser moderada, respeitosa, suficiente para que seus objetivos sejam atingidos.

Conforme exposto em tópico anterior, não é o fato de um empregado encontrar-se subordinado ao empregador ou de deter este último o poder diretivo, que irá justificar a ineficácia da tutela à intimidade no local de trabalho, do contrário haveria degeneração da subordinação jurídica em um estado de sujeição do empregado. Logo a inserção do obreiro no processo produtivo não lhe retira os direitos de personalidade consagrados na Constituição, os quais não podem ser afrontados cotidianamente por práticas corriqueiras empresariais.

⁴⁹ BARROS, op. cit. , pp. 72-73.

⁵⁰ Ibid. p.73

⁵¹ NASCIMENTO, op. cit. , p. 148.

2.3.1 O direito comparado

Na Espanha, o art. 18 do Estatuto do Trabalhador estipula que:

Só poderão ser feitas revistas sobre a pessoa do trabalhador, em seus armários e pertences, quando sejam necessárias para a proteção do patrimônio empresarial e dos demais trabalhadores da empresa, dentro do centro de trabalho e durante o horário de trabalho. Na sua realização se respeitará ao máximo a dignidade e a intimidade do trabalhador e se contará com a assistência de um representante legal dos trabalhadores ou, na ausência no centro de trabalho, de outro trabalhador da empresa, sempre que possível.⁵²

O dispositivo legal é extremamente criticado pelos doutrinadores espanhóis. José Manuel Del Valle Villar, afirma que a norma não tem precedente sequer na legislação franquista. A partir daí, aponta diversas inconstitucionalidades. A) A revista é permitida porque se suspeita que os trabalhadores podem 'furtar' objetos da empresa, atentando contra o seu patrimônio. Consagra-se, portanto, a defesa sem limites da propriedade, ignorando-se o direito à intimidade dos empregados (art.18 da Constituição espanhola), bem como a presunção de inocência (art. 24.2 da referida Constituição) e as garantias mínimas que qualquer suspeito de crime tem asseguradas (art. 17 c/c 24 da Constituição espanhola); B) fere o princípio da igualdade (art.14 dessa Constituição espanhola), por dois aspectos: primeiro porque submete o indivíduo na condição de empregado a uma maior lesão de sua intimidade, o que não acontece com outras pessoas que integram qualquer outro tipo de agrupamento, e, segundo, porque dá ao empresário um privilégio para a proteção de seus bens que as demais pessoas não possuem. C) A Constituição deve ser considerada em seu contexto. Se a vontade do constituinte foi atribuir o monopólio da segurança ao Estado, que deve observar os direitos fundamentais, a restrição destes é excepcionalista, fato que limita, a própria atuação do legislador. Conseqüentemente, inexistente justificativa para incluir a possibilidade de revista no poder de direção do empregador.⁵³

Para Del Valle Villar, o referido dispositivo legal deveria ser simplesmente suprimido do ordenamento jurídico ou,

⁵² SIMÓN A Proteção..., op. cit., p.145.

⁵³ Ibid. pp 145-146.

quando muito, alterado, para autorizar a revista apenas mediante autorização judicial.⁵⁴

Na Itália, há também previsão legal expressa para a revista do empregado, mas com contornos diferenciados.

O art. 6º do Estatuto do trabalhador autoriza a revista, mas dá algumas garantias: ela deve ser indispensável para a tutela do patrimônio; só pode ser efetuada na saída dos locais de trabalho, através de sistema de seleção automática, e deve ter sido acordada entre o empregador e a representação dos trabalhadores.⁵⁵

2.3.2 Reflexões à revista pessoal

Embora no Brasil, o entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante seja o de tolerar esta prática, como expressão do poder de direção e forma de proteção do patrimônio do empregador em detrimento da intimidade do empregado, não seria possível, diante da grande evolução tecnológica, outra forma de controle sobre os produtos que saem furtivamente da empresa?

Em não existindo, ou sendo inviável, não deveria o empregador utilizar-se dos meios previstos na legislação criminal para a apuração desses delitos, como qualquer cidadão comum?

Para SIMÓN,⁵⁶ o fato de ocorrerem furtos circunstanciais, que dificultariam eventual investigação policial, também não justifica a revista. Primeiro, porque se é eventual, não causará grande prejuízo ao patrimônio empresarial. Segundo, porque pequenas diminuições no patrimônio fazem parte do risco do negócio, sem contar que esses prejuízos são dissolvidos nos custos do processo produtivo e arcados pelo consumidor. Ademais, a confiança deve ser a base da relação empregaticia.

⁵⁴ Ibid. p.146.

⁵⁵ Id.

⁵⁶ Ibid. p. 147

A revista consiste, portanto, numa forma simplista e acomodada de o empresário defender o seu patrimônio. E é indiscutivelmente atentatória à dignidade da pessoa do trabalhador.

Cabe ressaltar também que todas as críticas tecidas por José Manuel Del Valle Villar encontram respaldo constitucional no Brasil. Portanto, é possível afirmar que a revista não encontra fundamento no ordenamento jurídico por afrontar vários direitos constitucionais assegurados, bem como não coaduna com o mecanismo de ponderação entre os direitos envolvidos.

Far-se-á, adiante, uma análise de como se deve proceder diante da colisão de direitos fundamentais, que no nosso estudo consiste na colisão do direito de propriedade do empregador *versus* direito à intimidade do trabalhador.

2.4 COLISÃO DE DIREITOS

O conteúdo dos direitos que integram o rol das liberdades públicas é bastante amplo. Na efetivação de um deles, pode acontecer o confronto com outro direito que se encontra num mesmo patamar hierárquico.

Conforme STEINMETZ,⁵⁷ há colisão de direitos fundamentais quando, *in concreto*, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de outro direito fundamental de outro titular podendo tratar-se de direitos idênticos ou de direitos diferentes; podendo ainda ser direito fundamental individual *versus* direito fundamental individual (colisão horizontal) ou direito fundamental individual *versus* direito coletivo

⁵⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 139.

fundamental – bem jurídico constitucionalmente protegido (colisão vertical).

Somente haverá colisão real se os direitos fundamentais conflitantes forem estatuídos diretamente pela Constituição, mediante disposição normativa expressa, ou se da Constituição se puder deduzir as normas de direitos fundamentais conflitantes. Assim a caracterização da colisão pressupõe a interpretação constitucional. Tratando-se, no caso concreto, de uma colisão de normas constitucionais normas de mesma hierarquia, ambas válidas, a decisão normativa final, legislativa ou judicial, deverá atender ao imperativo da otimização e da harmonização dos direitos que elas conferem, observando-se os postulados da unidade da Constituição e da concordância prática.⁵⁸

Por tanto, restando caracterizada a existência da colisão, faz-se necessário encontrar uma fórmula para a harmonização, seja entre os direitos, seja entre o direito e um bem constitucionalmente protegido.

Conforme SIMÓN,⁵⁹ em alguns casos a própria Constituição dá a solução para o conflito autorizando a restrição de um direito diante de dada circunstância. Em outros casos o constituinte remete à lei ordinária a possibilidade de solucionar a questão, por vezes autorizando a restrição do direito. Neste caso, a lei infraconstitucional sempre deverá observar a essência do direito, sob pena de padecer de vício de inconstitucionalidade.

Estas colisões, acima apontadas, apresentam um ponto em comum, visto que há uma fórmula genérica para a solução do conflito, que é dada pela própria Constituição, ou pela legislação ordinária conforme expressa autorização constitucional.

No entanto, há colisões que se originam do efetivo exercício do direito, que não encontram solução em fórmulas previamente determinadas. Em situações como essa apenas a análise do caso

⁵⁸ *Ibidem.*, p.140.

⁵⁹ SIMÓN, A Proteção..., *op. cit.*, p.123

em concreto permitirá verificar qual dos direitos deve sofrer restrição.

Como exemplo destes casos e no âmbito do presente estudo verifica-se que na relação de trabalho, quando o empregador, fundamentado no direito de propriedade (art.5º, inciso XXII, da Constituição) e para verificação de eventual furto de mercadoria por ele produzida ou comercializada, exigir que seus funcionários submetam-se às revistas pessoais, poderá estar afrontando a intimidade deles (art.5º, inciso X, da Constituição).

Nestes casos, embora indispensável, a interpretação constitucional não é suficiente.

Por causa da marcante influência, primeiro, da jurisprudência e, depois, da doutrina constitucionais alemãs, a partir do final da década de 50, a ponderação de bens desenvolveu-se como proposta metodológica para a solução da tensão entre direitos fundamentais.⁶⁰

CANOTILHO,⁶¹ citado por SIMÓN (2000, p.125), aponta que a solução se dará por meio do juízo de ponderação ou valoração de prevalência.

Para ele é patente a 'necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação ao outro (...). Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso que o outro (...), ou seja, um direito (...) prefere (...) outro (...) em face das circunstâncias de fato'.⁶²

Para concretizar esse juízo de ponderação, Canotilho, juntamente com Vital Moreira, afirma que a primeira e principal regra é a da máxima observância e da mínima restrição, de maneira que se estabeleça, durante o exercício concreto dos direitos colidentes, uma relação de

⁶⁰ STEINMETZ, op. cit. p.140.

⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. pp. 646-647.

⁶² Id.

conciliação. Por não ser possível restringir um direito de forma abstrata é que o juízo de ponderação deverá ser efetivado num caso específico, pois a restrição de um direito só encontrará justificativa na necessidade ou na importância de prevalência do outro direito.⁶³

FARIAS,⁶⁴ afirma que a ponderação deve ser pautada em três princípios doutrinários:

- A) O princípio da unidade da constituição, pois os diversos preceitos que compõem o texto constitucional devem ser interpretados como um todo e não isoladamente;
- B) O princípio da concordância prática, pois a interpretação dos preceitos constitucionais, objetivando efetiva harmonização, deve alcançar a concretização máxima dos direitos envolvidos;
- C) O princípio da proporcionalidade, pelo qual a prevalência de um direito em detrimento de outro deve ser absolutamente necessária para a solução da colisão existente.

Esses critérios concomitantemente é que devem servir de vetor para a solução de atritos entre direitos constitucionalmente assegurados

⁶³ Id.

⁶⁴ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade a vida privada e a imagem versus a liberdade de informação e de expressão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p.98.

CONCLUSÃO

Interpretando-se a Constituição como um todo e não um dispositivo isolado, conforme o princípio da unidade da Constituição, busca-se a harmonização entre os seus preceitos, tendo por escopo a máxima concretização dos direitos, pautada pelo princípio da concordância prática.

Assim, na colisão de direitos, ao se fazer prevalecer um direito sobre outro, a restrição deve ser proporcional ao valor dos bens envolvidos utilizando-se o princípio da proporcionalidade. Somente desta forma haverá uma justificativa para a prevalência de um direito fundamental sobre outro.

No presente estudo observa-se que há colisão entre o princípio da intimidade do trabalhador e o princípio da propriedade do empregador

Contesta-se a opção doutrinária e jurisprudencial, em tolerar a realização das revistas pessoais, como forma de expressão do poder de direção, ainda que com observância de requisitos, como os propostos por Alice de Barros Monteiro, à pág. 72-74 de sua obra já citada.

Sob o meu ponto de vista, e com base no conceito objetivo da subordinação, poder de controle subsistiria em uma faculdade de fiscalização das tarefas profissionais realizadas pelo empregado, para verificar se estão sendo cumpridas as metas que possibilitarão alcançar os objetivos traçados pelo empregador.

Tal direcionamento, não leva em consideração o juízo de ponderação que deve nortear a solução das colisões de direitos fundamentais. Pois, fazendo-se um juízo de ponderação teórico, verificar-se-á que a prevalência do direito de propriedade (art 5º,

XXII, CF) permitindo-se as revistas pessoais, fere os seguintes valores constitucionais:

- A) O direito de intimidade (art.5º, X, CF) em virtude de intromissão em área exclusiva, reservada para si pelo trabalhador a qual quer manter fora do alcance de conhecimento de terceiros;
- B) O direito a honra (art.5º, X, CF) à medida que prejudica o sentimento de auto-estima do trabalhador submetido a tal prática, dela não podendo discordar, em virtude de depender economicamente de seu trabalho para sobreviver, tecendo-se considerações ao quadro conjuntural de desemprego de nosso país;
- C) O princípio da presunção de inocência (art.5º, LVII, CF), à medida que se assegura o contraditório e ampla defesa aos acusados (art.5º, LV, CF), mas não ao simples suspeitos, posto que se executa as revistas pessoais diante da suspeita do empregador em face de seus funcionários quanto ao cometimento de furtos. Deve-se destacar que o trabalhador passa por processo seletivo para ser contratado e um dos pilares do contrato deve ser a confiança.
- D) Princípio da igualdade, pois o empregador é privilegiado ao ser-lhe permitido tomar medida de defesa de seu patrimônio que nenhum outro cidadão pode tomar, em virtude de uma relação de subordinação, a qual, como já visto, não recai sobre a pessoa do trabalhador, mas sobre a prestação dos serviços. O que se observa na prática é uma verdadeira relação de sujeição.
- E) Princípio da exclusividade do Estado no exercício da função policial (art. 144, CF); o poder de “revistar” é

típica função de polícia, e em sendo exercido pelo empregador assume a característica de “polícia privada”. No caso de suspeita de furtos caberia ao empregador, como qualquer cidadão no exercício de proteção de sua propriedade, acionar a polícia para tomar as devidas medidas e apurar os fatos.

As revistas pessoais, em virtude de sua natureza, afrontam ainda a dignidade da pessoa humana, que é um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. (art.1º, CF).

Observa-se que diante de um único direito, vários outros direitos e princípios são afrontados, o que fere o princípio da proporcionalidade, bem como a propriedade não é um direito tão absoluto, pois o próprio constituinte atrelou sua tutela a sua função social.

Desta forma poder-se-ia afirmar que tal prática não encontraria sustento no ordenamento jurídico vigente, portanto eivada de inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à Intimidade do Empregado**. São Paulo: LTr, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 1: Teoria Geral do Direito Civil**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade a vida privada e a imagem versus a liberdade de informação e de expressão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.
- FERREIRA, Aurélio Buarque. **Novo Dicionário de Língua Portuguesa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MACHADO, Sionei. **A Subordinação Jurídica na relação de trabalho: uma perspectiva reconstrutiva**. Curitiba, 2003. 196 f. Tese (Doutorado em Direito)- Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- MOTTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 1999.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 1989.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direitos reais**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.4.

- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2.ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. rev. e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____.(org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2001.
- SIMÓN, Sandra Lia. **A Proteção Constitucional da Intimidade e da vida Privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000.
- _____. **Revistas Pessoais: Direito do empregador ou Dessrespeito aos Direitos Fundamentais do Empregado?** *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v.69, nº. 2, 55-71, jul./dez. 2003.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- TUPINAMBÁ, C.; DUARTE, J. B. **Direito à Intimidade do Empregado X Direito de Propriedade e Poder Diretivo do Empregador**. *Revista de Direito do trabalho*, São Paulo, nº. 105, 231-243, jan./mar. 2002
- UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. **Normas para apresentação de trabalho**. Curitiba. Ed.UFPR, 2001.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 3.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.