

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Felipe Rizzoto

A REVISTA ÍNTIMA NO EXECÍCIO DO PODER EMPREGATÍCIO
FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR

Passo Fundo
2012

Felipe Rizzoto

A REVISTA ÍNTIMA NO EXECÍCIO DO PODER EMPREGATÍCIO
FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Esp. Fábio Zimmermann Beux.

Passo Fundo
2012

**À minha família e à Andréa,
por tudo.**

“O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples ideia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.”

Rudolf von Ihering

RESUMO

O presente trabalho monográfico apresenta um estudo referente à revista íntima, quando do exercício, pelo empregador, do poder intraempresarial (ou empregatício) como meio de defesa do seu patrimônio, frente aos Direitos Fundamentais dos trabalhadores subordinados. Esta pesquisa analisa os Direitos Fundamentais, seu conceito, características e classificações, bem como faz uso do Direito Constitucional comparado como meio para aferir a interpretação mais consentânea com o vigente ordenamento jurídico. Igualmente, são estudados todas as facetas que derivam do poder empregatício, seus objetivos e limites, tudo isso, com a finalidade de determinar o que deve ser entendido por revista íntima e qual deve ser a regra geral utilizada quando ocorrer conflito entre os Direitos Fundamentais dos empregados e dos empregadores. Para tanto, o método de procedimento adotado foi o bibliográfico e os métodos de abordagem foram o hipotético-dedutivo e o hermenêutico. Conclui-se que a solução do conflito entre os Direitos Fundamentais deve ser resolvida conforme o caso concreto, não existindo solução única. Não obstante isso, há uma presunção favorável à superioridade dos direitos do empregado, até porque os meios derivados das novas tecnologias facilitam a defesa do patrimônio do empresariado, sem, contudo, ferir, de forma tão violenta os Direitos Fundamentais à vida privada, à intimidade e, principalmente, à observância da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Eficácia horizontal. Empregado. Poder empregatício. Revista íntima.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. DIREITOS FUNDAMENTAIS	10
1.1 Conceito e características	10
1.2 Classificação dos Direitos Fundamentais	13
1.3 Os Direitos Fundamentais na ordem constitucional brasileira: comparação entre a Constituição de 1967 e a de 1988	19
1.4 A intimidade, a vida privada e a honra	22
1.5 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio Tutelar	25
2. O PODER EMPREGATÍCIO NO CONTRATO DE TRABALHO	28
2.1 Conceito e caracterização do poder empregatício	28
2.2 Poder diretivo	30
2.3 Poder regulamentar	31
2.4 Poder fiscalizatório	33
2.5 Poder disciplinar	34
2.6 Eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais	37
3. REVISTA ÍNTIMA DO EMPREGADO	40
3.1 O artigo 373-A, VI, da consolidação das leis do trabalho, seu processo legislativo e a interpretação constitucional à luz do princípio da igualdade	40
3.2 Significado e alcance da expressão	46
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	54

INTRODUÇÃO

As relações entre o trabalho e o capital sempre foram instáveis, mas esta instabilidade se agrava ainda mais quando tratamos de Direitos Fundamentais relacionados a procedimentos invasivos. A relação de emprego é um vínculo que une empregado e empregador, no qual – em princípio – ambas as partes têm proveito. Contudo, tal relação é um verdadeiro jogo de poder, no qual não são sujeitos somente o empregado e o empregador. Integrando essa relação temos, ainda, o Estado, que deve reconhecer e resguardar os direitos e deveres inerentes a este vínculo empregatício, por óbvio, nunca se esquecendo dos Direitos Humanos Fundamentais, assegurados a todo e qualquer indivíduo pela simples condição de ser humano.

Acontece que, em determinadas situações, não é possível saber, pelo menos *a priori*, como o Estado, ao verificar determinadas condutas adotadas pelas partes contratantes da relação de emprego, deve responder de forma a resguardar os valores tidos como fundamentais para a nossa ordem jurídica. Nesse sentido, a problemática de determinados procedimentos adotados pelos empregadores, como a revista pessoal e a revista íntima. Assim, este trabalho tem como objetivo principal verificar se há violação aos Direitos Fundamentais dos empregados quando da utilização, em especial, da revista íntima.

Em sendo assim, a escolha do tema justifica-se por sua contemporaneidade e grande relevância social, já que o procedimento de revista íntima alcança o empregado na sua esfera mais íntima, criando, no mais das vezes, constrangimento e retirando o pouco de privacidade que resta ao indivíduo, como cidadão e como empregado. Particularmente, o tema é incitante, já que trata de um conflito de Direitos Fundamentais, que não é algo simples de ser resolvido, pois são inúmeras as informações que devem ser levadas em conta no momento em que se expressa o resultado deste julgamento. Além do mais, o tema permite, ainda que de forma breve, à análise da novel teoria da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais, teoria esta que, se começar a ser aplicada com maior frequência, pode gerar inúmeras mudanças, desde revogação de súmulas dos Tribunais Superiores à declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos que se encontram vigentes em nosso sistema. Outrossim, a pesquisa tem por objetivo sintetizar as principais discussões travadas acerca do assunto, pretendendo-se, a

partir dos argumentos doutrinários e jurisprudenciais expostos, trazer ao meio acadêmico alguma contribuição para o melhor entendimento do tema.

É sabido que o empregador detém inúmeras faculdades decorrentes da relação estabelecida entre ele e o operário, além disso, suporta todos os riscos do empreendimento. Igualmente, sabe-se que nenhum direito é absoluto, pois encontram limitações em outros valores protegidos pelo ordenamento jurídico. Por isso, a necessidade deste estudo: analisar até onde são legítimas as condutas adotadas pelo empregador, que decorrem, em princípio, daquilo que a doutrina vem chamando de poder empregatício.

Especificamente, devem ser analisados os principais Direitos Fundamentais que são possíveis de serem afetados neste tipo de relação, entre eles os direitos à intimidade, à vida privada e à honra. Igualmente, deve ser analisado o princípio que serve de base e ligação para todos os outros Direitos Fundamentais, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. A análise destes Direitos Fundamentais deve ser pautada por uma interpretação sistemática de todo o sistema jurídico. Em sendo assim, é necessário que se faça uma verificação das mudanças ocorridas da Constituição de 1967 para a Constituição de 1988, já que o Estado foi amplamente reformulado com a Carta de Outubro. A citada análise deve observar, inclusive, a anteposição topográfica dos Direitos e Garantias Fundamentais em relação à Constituição de 1967. Tal alteração não foi meramente uma “mudança de lugar”, mas sim algo maior, com significado jurídico e político: algo a ser observado na interpretação das normas do vigente ordenamento jurídico, permitindo a impregnação de valores aos Direitos Fundamentais.

Em seguida, objetiva-se entender como são exteriorizados, no contrato de trabalho, os poderes do empregador. Para isso, estuda-se o poder empregatício (ou intraempresarial), que é gênero de outros poderes que decorrem deste, como o poder diretivo, o poder regulamentar, o poder fiscalizador e o poder disciplinar. As supracitadas facetas do poder empregatício são extremamente imbricadas, não sendo incomum que uma dependa da outra. Contudo, é importante que se diga que o empregador ao dirigir a forma como se dá a prestação do trabalho subordinado, positivar regras de conduta, fiscalizar o cumprimento daquilo que foi previamente estipulado e – com mais razão – ao aplicar punições, deve se submeter não só às leis, mas à Constituição Federal.

Para finalizar, explicou-se a celeuma doutrinária e jurisprudencial em relação aos conceitos de revista pessoal e revista íntima, bem como a observância da melhor interpretação da regra consolidada no Diploma Celetista à luz do princípio da isonomia. Além do mais,

procurou-se uma regra geral de conduta, que possa ser aplicada à grande maioria dos casos concretos, não obstante a compreensão de que não existe solução única em nosso direito.

Para atingir estes fins, o método de procedimento adotado foi o bibliográfico e os métodos de abordagem foram o hipotético-dedutivo e o hermenêutico. Em razão disso, foram utilizados manuais de conceituados doutrinadores, artigos jurídicos constantes de revistas da área, bem como jurisprudência do Colendo Tribunal Superior do Trabalho e do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

No primeiro capítulo deste estudo monográfico sobre as possíveis violações de Direitos Fundamentais no procedimento da revista íntima no exercício do poder empregatício, apresentam-se o conceito, as classificações e as características dos Direitos Fundamentais, bem como, faz-se uma análise valorativa das disposições das Constituições de 1967 e 1988 (Direito Constitucional Comparado). Acrescido a isso, analisa-se o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que ilumina uma gama de Direitos Constitucionais como a Intimidade, a Vida Privada e a Honra, todos presentes em qualquer tipo de relação humana, ainda mais quando se trata da relação de trabalho subordinado e de condutas polêmicas do empregador.

1.1 Conceito e características

Para a correta compreensão do problema da revista íntima na relação de trabalho é necessário identificar, ao menos de forma geral, o que se entende por Direitos Fundamentais e qual a sua relação com o poder empregatício. A tarefa de conceituar os Direitos Fundamentais não é nada fácil, como se percebe, por exemplo, nas palavras do professor José Afonso da Silva:

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem. (2000, p. 179).

Pode-se dizer que os Direitos Fundamentais são características que conferem legitimidade a uma dada ordem jurídica, reconhecendo um patamar civilizatório mínimo.

Amauri Mascaro Nascimento explica o conceito com enfoque específico no Direito do Trabalho:

Esses direitos na esfera das relações de trabalho, têm como fundamento a necessidade de garantia de um mínimo ético que deve ser preservado nos ordenamentos jurídicos nas relações de trabalho como forma de organização jurídico-moral da sociedade quanto à vida, saúde, integridade física, personalidade e outros bens jurídicos valiosos para a defesa da liberdade e integração dos trabalhadores na sociedade e perante o empregador. (2011, p. 906).

Todas as pessoas, nacionais ou estrangeiras, ainda que em trânsito em nosso território, são titulares de Direitos Fundamentais e o nosso Estado deve resguardá-los. Afirmar isto é de suma importância, já que, apesar de ser uma ideia simples, a nossa Constituição Federal tem um texto um tanto quanto dúbio, pois no “caput” do artigo 5º, afirma que os Direitos e Garantias Fundamentais são garantidos “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país”. Ora, em que pese tal expressão ser restritiva, ela deve ser interpretada

no sentido de que a Carta Federal só pode assegurar a validade e o gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro, não excluindo, pois o estrangeiro em trânsito pelo território nacional, que possui igualmente acesso às ações, como mandado de segurança e demais remédios constitucionais. (MORAES, 2009, p. 34-35).

Cabe demonstrar aqui a diferença entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos. Não obstante a doutrina majoritária entender que são conceitos diferentes, certos autores utilizam as duas expressões como sinônimas e há, ainda, aqueles que jungem estas expressões, criando a tese dos Direitos Humanos Fundamentais. Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que “não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povo, nações, Estado)” (2009, p. 29), com isso, é de se concluir que a distinção não se encontra nos sujeitos, mas sim na ordem jurídica em que estão insertos e, conseqüentemente, na sua maior ou menor amplitude.

Os Direitos Fundamentais, como ressaltado pelo mesmo autor (2009, p. 30), são os Direitos Humanos incorporados por determinado ordenamento jurídico, sendo, portanto, positivados em sua Constituição. Diferentemente, os Direitos Humanos são reconhecidos pela ordem jurídica internacional como direitos indissociavelmente ligados à condição de ser humano, tendo uma noção de universalidade. Hoje, parte-se da premissa de que “praticamente, não há mais Estado que não tenha aderido a algum dos principais pactos internacionais (ainda que regionais) sobre direitos humanos ou que não tenha reconhecido ao menos um núcleo de direitos fundamentais no âmbito de suas Constituições.” (SARLET, 2009, p. 21). Assim, consegue-se seguramente inferir que os direitos reconhecidos na ordem jurídica brasileira são, antes de qualquer coisa, Direitos Humanos.

Não obstante essa diferença de alcance nas expressões “Direitos Humanos” e “Direitos Fundamentais”, uma vez que “direitos humanos relacionam-se a todos os povos e em todos os tempos e os direitos fundamentais limitam-se à ordem constitucional da qual fazem parte, ambos buscam um objetivo único, ou seja, proteger a dignidade e a integridade humana.” (AWAD, 2005, p. 38). É possível que o conteúdo de tais expressões seja quase o mesmo, desde que determinado Estado positive o extenso rol de Direitos Humanos, dessa forma, as únicas diferenças entre as expressões estaria no âmbito de alcance espacial (Estatual ou Supra Estatal) ou temporal, e não na sua extensão. (AWAD, 2005, p. 37-38).

Apesar da dificuldade em se conceituá-los, a tarefa de encontrá-los em nosso sistema jurídico não é tão complexa. Em sua grande maioria, tais direitos têm localização espacial no Título II da Constituição da República Federativa do Brasil, com a seguinte denominação “Direitos e Garantias Fundamentais”. Ressalte-se que tal expressão é gênero das seguintes espécies: a) Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; b) Direitos Sociais; c) Direitos de Nacionalidade; e d) Direitos Políticos. Explique-se, contudo, que tais direitos não estão somente dentro do Título II, mas estão espalhados por outros artigos do Texto Constitucional, porém, de forma menos concentrada. Ainda, é possível que eles sejam encontrados em tratados e convenções internacionais, que tenham passado pelo processo de aprovação constitucionalmente estabelecido. (LENZA, 2010, p. 739)¹.

¹ No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 65) diz que o Título II da Constituição Federal “contém ao todo sete artigos, seis parágrafos e cento e nove incisos, sem se fazer menção aqui aos diversos direitos fundamentais dispersos pelo restante do texto constitucional.”

1.2 Classificação dos Direitos Fundamentais

Importante verificar que os ditos Direitos Fundamentais nem sempre tiveram a extensão e a amplitude que a atual Constituição Federal trouxe, isto porque foram conquistados de forma mais ou menos lenta, sempre em etapas, havendo avanços e retrocessos. (BOBBIO, 1992, p. 6). Por esta razão, refere Alexandre de Moraes que “a doutrina apresenta-nos a classificação de direitos fundamentais de *primeira, segunda e terceira gerações*, baseando-se na ordem cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.” (2009, p. 31).

Em sendo assim, a doutrina contemporânea tem preferido a expressão “dimensão”, ao invés de “geração”, pois esta última passa uma ideia de substituição. Assim explica o doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet:

Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina. (2009, p. 45)

Igualmente, Paulo Bonavides:

[...] o vocábulo “dimensão”, substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a introduzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos de primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia. (2007, p. 571-572).

Não obstante as críticas dos renomados juristas, utilizar-se-á, aqui, as expressões como sinônimas (aliás, é como faz o supracitado constitucionalista).

Direitos Fundamentais de primeira geração (ou dimensão) são aqueles que, nas palavras de Paulo Bonavides: “têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.” (2007, p. 563). Objetivamente, explica Pedro Lenza que estes direitos “[...] dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzirem o valor de liberdade.” (2010, p. 740).

Tais direitos, embora já presentes em maior ou menor extensão nos ordenamentos jurídicos anteriores à promulgação da Magna Carta de 1215, tiveram como marco de reconhecimento a outorga desta declaração de direitos ao baronato, na Inglaterra, com a finalidade de limitar o poder, antes absoluto, do Rei João Sem Terra. (LEITE, 1997, p.10). Nos dizeres de Bezerra Leite, tal processo de reconhecimento teria se consolidado “com a Declaração (francesa) dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, de conteúdo universal, teórico e racional que, inspirada no 'Contrato Social' de Rousseau, proclamava a liberdade, a igualdade e a fraternidade entre os homens.” (1997, p. 12).

Ressalte-se, contudo, que neste quadro inicial de grande força dos Direitos Fundamentais, que eram tidos como direitos absolutos, não se verificava, portanto, a ideia de relativização. Tal ideia sofreu alterações através de construções doutrinárias, mormente no século XIX e XX, já que

[...] os direitos fundamentais foram paulatinamente deixando de lado o caráter absoluto para assumirem dimensão mais relativa, em função da necessidade de se adequarem a outros princípios igualmente constitucionais. A propriedade, por exemplo, passa a ter nas Constituições modernas uma “função social”. (LEITE, 1997, p. 12).

Não foi outro o entendimento de nossa Constituição que, no inciso posterior àquele em que assegura o Direito à Propriedade, determinou o cumprimento da sua função social (art. 5º, XXIII, da Constituição Federal). Ainda, ante a importância da função social da propriedade, existem outros dispositivos constitucionais que visam encorpar a disposição genérica presente

no artigo 5º da Constituição Federal. Entre eles, temos o artigo 182 do mesmo Diploma Legal, que estabelece ser cumprida a função social da propriedade urbana quando obedece às exigências do plano diretor². No mesmo sentido, o artigo 143, §4º, I, também da Constituição Federal, que tem como objetivo permitir a progressividade do Imposto sobre a Propriedade Rural, de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas.

Já os Direitos Fundamentais de segunda geração (ou dimensão) têm como marco inspirador a Revolução Industrial Europeia. (LENZA, p. 740). Contudo, como o objetivo da presente classificação é ordenar a positivação dos Direitos Fundamentais na ordem cronológica, deve-se registrar que tal fato só veio a ocorrer em 1917, com a Constituição Mexicana, tendo depois, em 1919, a Constituição de Weimar feito o mesmo. Dessa forma, a posição de Daniel Sarmiento:

As Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) trazem em seu bojo novos direitos que demandam uma contundente ação estatal para sua implementação concreta, a rigor destinados a trazer consideráveis melhorias nas condições materiais de vida da população em geral, notadamente da classe trabalhadora. Fala-se em direito à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à previdência etc. Surge um novíssimo ramo do Direito, voltado a compensar, no plano jurídico, o natural desequilíbrio travado, no plano fático, entre o capital e o trabalho. O *Direito do Trabalho*, assim, emerge como um valioso instrumental vocacionado a agregar valores éticos ao capitalismo, humanizando, dessa forma, as até então tormentosas relações jus laborais. No cenário jurídico em geral, granjeia destaque a gestação de normas de ordem pública destinadas a limitar a autonomia de vontade das partes em prol dos interesses da coletividade. (2006, p. 19).

Registre-se que parte da doutrina costuma esquecer que a Constituição do México é a primeira a prever direitos tipicamente de segunda geração. Todavia, apesar de justificável tal equívoco, já que as constituições europeias são, sem dúvida nenhuma, irradiadoras de ideias, não podemos aceitar que o Texto Constitucional mexicano seja esquecido, demonstrando, outrossim, o nível de evolução daquele Estado.

Nível de evolução este, que nós, brasileiros, só fomos alcançar em 1988, com a vigente Carta Constitucional. Este é o entendimento de Bezerra Leite que, discorrendo sobre a constitucionalização dos Direitos Sociais, informa que “coube ao México em 1917, a

2 Ressalte-se que o plano diretor é obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, sendo “o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana”, consoante artigo 182, §1º, da Constituição Federal.

elaboração da primeira Constituição do mundo a dispor sobre direitos sociais.” (1997, p. 14).

As duas primeiras gerações ou dimensões de Direitos Fundamentais se diferenciam, nas palavras de George Marmelstein, pelo seguinte aspecto:

os direitos de primeira geração tinham como finalidade, sobretudo, possibilitar a limitação do poder estatal e permitir a participação do povo nos negócios públicos. Já os direitos de segunda geração possuem um objetivo diferente. Eles impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhor qualidade de vida e um nível de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Nessa acepção, os direitos fundamentais de segunda geração funcionam como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade. (2008, p. 50).

Fica claro que a posição de Bezerra Leite também é no mesmo sentido, contudo, o doutrinador utiliza, na distinção, especificamente as palavras “comandos negativos” e “prestações positivas”, que são adotadas por grande parte da doutrina, como forma de melhor diferenciar as condutas adotadas pelo Estado em cada dimensão. Assim, afirma o doutrinador que

enquanto os direitos individuais, modernamente denominados por renomados publicistas de direitos humanos de primeira geração, são uma espécie de *comando negativo* imposto ao poder estatal, limitando a atuação deste em função das liberdades públicas asseguradas ao indivíduo, os direitos sociais, também chamados de segunda geração, impõem ao Estado uma *prestação positiva*, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do indivíduo. (1997, p. 11).

Quanto à terceira geração, discorre Norberto Bobbio:

emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o

reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído. (1992, p. 6).

Alexandre de Moraes ainda descreve mais alguns, entre eles os seguintes: “direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso e à paz.” (2009, p. 32). Após essa exemplificação, cita Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que numa frase extremamente feliz compara as três primeiras dimensões de direitos fundamentais com a Revolução Francesa, marco ímpar na construção dos direitos humanos, dizendo o seguinte: “a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.” (2009, p. 32).

Existe, ainda, uma quarta dimensão que trataria das pesquisas biológicas possibilitadoras de manipulações no genes das pessoas (BOBBIO, 1992, p. 5-6). Paulo Bonavides, apresenta, inclusive, um capítulo próprio em seu livro e discorre sobre a quarta e quinta gerações dos Direitos Fundamentais, que seriam relacionados com a globalização (econômica e política). Neste sentido:

A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos e quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social.

São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo³. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (BONAVIDES, 2007, p. 571).

Registre-se que, apesar da doutrina ter criado mais gerações (ou dimensões) de direitos, com a criatividade que lhe é peculiar, como, por exemplo, a quinta e a sexta dimensões (SARLET, 2009, p.50-52), estas novas gerações não serão tratadas no presente trabalho, pois são extremamente controvertidas e por não possuírem grande conexão com o tema em tela. Isto porque, a princípio, os Direitos Fundamentais do empregado possíveis de serem atingidos em uma revista íntima são os de primeira e segunda dimensões. Além do

3 Interessante notar que, se utilizarmos a classificação doutrinária do professor Paulo Bonavides, no texto da Constituição Federal, já no primeiro artigo, pode-se verificar mais de um direito de quarta dimensão.

mais, o poder empregatício, decorre, segundo alguns, de um Direito Fundamental de primeira geração ou dimensão, o Direito de Propriedade, inscrito no art. 5º, XXII, da Constituição Federal. (ALKMIN, 2008, p. 86).

É claro que não adianta haver toda essa construção doutrinária sobre o que são, como se aplicam e em que geração ou dimensão os Direitos Fundamentais são classificados se não há efetiva aplicação no mundo prático, conforme explica o professor Ipojuca Demétrius Vecchi⁴:

[...] existe outro grave problema que tem abalado as relações de trabalho, ou seja, a desconsideração do trabalhador como sujeito integral, como pessoa humana dotada de direitos fundamentais que devem ser entendidos em sua indivisibilidade; direitos de que o trabalhador não abre mão ao se tornar sujeito de uma relação de emprego; direitos que não podem ficar “na porta da fábrica” esperando o término da jornada de trabalho. (2007, p. 63).

O papel da efetivação dos Direitos Fundamentais deve ser exercido por todos. Entretanto, ultimamente, a função judiciária do poder é que tem se sobressaído. Esse é o entendimento de Maira Angélica Dal Conte Tonial, que assim afirma: “[...] o Judiciário passou a exercer papel fundamental para a concretização dos anseios sociais. Se outrora, o mesmo era considerado um Poder estanque, cuja limitação era apenas dizer a lei, hoje, a realidade é outra.” (2007, p. 28).

A importância do Poder Judiciário é tamanha, pois, o trabalhador, a partir dele, pode se contrapor à enorme força do capital. Além do mais, esse papel fundamental, exercido pelo Judiciário, como salienta a supracitada autora: “surge de alento à sociedade que, sentindo-se desamparada pelos outros Poderes, deposita na atuação dos juízes a esperança para a pacificação social e para suprir as promessas da modernidade que ainda não foram cumpridas.” (2007, p. 34).

É importante deixar claro que o reconhecimento do trabalhador como pessoa humana (e por isto dotada de Direitos Fundamentais) é preocupação do presente trabalho. Por isto, é

4 O tema foi abordado pelo professor Vecchi, com igual brilhantismo, no 11º Congresso Nacional de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho, que o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, sua Escola Judicial e o Instituto Jurídico de Incentivo ao Estudo do Direito Social (Injieds) promoveram nos dias 30 de junho e 1º de julho de 2011, no Royal Palm Plaza Resort Campinas (SP).

necessário dizer que esta problemática não será esquecida nos próximos tópicos. Assim, passa-se a análise de como devem os Direitos Fundamentais serem entendidos e interpretados, com base na evolução da atual ordem jurídica.

1.3 Os Direitos Fundamentais na ordem constitucional brasileira: comparação entre a Constituição de 1967 e a de 1988

Primeiramente, importante salientar que a presente análise tem como objetivo verificar quais foram as mudanças normativas e interpretativas ocorridas com a promulgação da nova Constituição, tendo como antecessora a Constituição de 1967.

É sabido que parte da doutrina tem entendido que o Estado brasileiro recebeu uma nova constituição em 1969, sendo esta outorgada pelo triunvirato formado pelos Ministros militares da Marinha, Exército e Aeronáutica. Não obstante esta corrente doutrinária, que é defendida por autores de grande renome, como o constitucionalista e Ministro do Supremo Tribunal Federal, José Celso de Mello Filho, adota-se no presente trabalho a posição oficial, exposta na atual Constituição.

Nesse sentido, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, na parte final do artigo 34, denomina a Constituição anterior como “a Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda n. 1, de 1969”. Esta classificação também é adotada pela subchefia para assuntos jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, conforme se pode verificar em consulta ao *site* oficial⁵.

A partir de uma leitura preliminar da Constituição de 1967, verifica-se que as disposições que cuidam da “Organização do Estado” são topograficamente anteriores àquelas que cuidam da “Declaração de Direitos”. O Estado brasileiro era sistematizado dentro do Título I, nominado de “Da organização nacional”. Este título se estende até o artigo 144 da Constituição, quando então, no artigo 145, temos a introdução de um novo título, aí sim, dispondo sobre os direitos que a República Federativa do Brasil, naquela época, formalmente reconhecia. (SARLET, 2009, p. 66-69).

5 <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>

Tais direitos estavam enumerados no Título II da mencionada Constituição e possuíam a seguinte denominação: “Da Declaração de Direitos”, tendo como capítulos, os seguintes: “Da Nacionalidade”, “Dos Direitos Políticos”, “Dos Partidos Políticos”, “Dos Direitos e Garantias Individuais”, “Das medidas de Emergência, do Estado de Sítio e do Estado de Emergência”.

Igualmente, de suma importância, é necessário verificar que o capítulo “Dos Direitos Sociais”, tal como existe em nossa atual Constituição, não existia no Texto Constitucional de 1967. Contudo, apesar da inexistência deste capítulo específico, havia um rol de direitos dos trabalhadores. Estranhamente, este rol estava contido dentro do Título III da Carta de 1967, que tratava sobre “A Ordem Econômica e Social”, mais especificamente no artigo 165. Parece, pela observação dos Títulos e Capítulos da Carta examinada, que o legislador constituinte não entendia serem os Direitos dos Trabalhadores Direitos Fundamentais, mas sim algo apartado.

Percebe-se, pois, que a declaração de direitos, hoje encontrada a partir do artigo 5º de nossa Constituição Federal, estava quase que no final da Constituição antecedente, e mais, fica claro que, diferentemente do que fez o constituinte da atual Constituição, os Direitos Sociais não se enquadravam no rol da declaração de Direitos Fundamentais.

Isto posto, é imperativo que dois aspectos sejam ressaltados. O primeiro deles é que o último exercente do poder constituinte originário sistematizou os Direitos e as Garantias Fundamentais. (SAENZ, 2009). O segundo, ainda mais elogiável, foi o deslocamento dos Direitos Fundamentais na estrutura normativa do Texto Constitucional. (SARLET, 2009, p. 66-69). O constituinte fez uma concessão ao iluminismo e ao jusnaturalismo. Trata-se, pois, de clara mensagem política que deve ser observada pelo exegeta.

Explica-se: pelo fato de sermos humanos temos direitos inerentes a esta condição. Esta conclusão foi reconhecida por inúmeros pensadores. Em especial, pode-se destacar Jean-Jacques Rousseau, que, apesar do nome francês, é de nacionalidade suíça. O famoso contratualista desenvolveu a seguinte ideia, sintetizada aqui de forma simplificada: o homem, antes mesmo que existisse a sociedade, quando ainda vivia isoladamente, já detinha direitos inerentes a essa condição humana. Posteriormente, o homem começa a formar as primeiras comunidades, já que

[...] os homens chegados a um ponto em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado de natureza vencem, por sua resistência, as forças que cada indivíduo pode empregar para manter-se nesse estado. Esse estado primitivo, então, não pode mais subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse sua maneira de ser. (ROSSEAU, 2008, p. 32).

Sendo assim, ao agregar-se, o homem, no seu estado de natureza, celebra com os demais um hipotético Contrato Social, formando a sociedade da qual um dia vai derivar o Estado. O homem, insiste-se, já trazia consigo esses direitos, de tal maneira que, quando se forma o Estado, juridicamente, não é o Estado – e este é o ponto – que concede aos indivíduos por benesse os seus direitos, eles são preexistentes ao Estado. (ROUSESSAU, op. cit., p. 32-37).

Conclui-se, dessa forma, que tais direitos são lógica e cronologicamente anteriores à existência do Estado. De tal maneira que a função do Estado é garantir que esses direitos historicamente inerentes sejam resguardados. Nessa linha de raciocínio, se os Direitos da Pessoa Humana são precedentes e está sendo escrita uma constituição, pergunta-se: Qual é a ordem que deve seguir a disposição das regras?

Ora, é a ordem utilizada pelo constituinte de 1988, os Direitos Fundamentais precedendo à organização do Estado. Assim, tal mudança, apesar de – a princípio – ser meramente topográfica, tem implicações claras na interpretação de todas as normas constitucionais. Não é outro o entendimento de Raul Machado Horta:

é evidente que essa colocação não envolve o estabelecimento de hierarquia entre as normas constitucionais, de modo a classificá-la em normas superiores e normas secundária. Todas são normas fundamentais. A precedência serve à interpretação da Constituição, para extrair dessa nova disposição formal a impregnação valorativa dos Princípios Fundamentais, sempre que eles forem confrontados com atos do legislador, do administrador e do julgador. (1995, p. 239-240).

Em igual sentido, é o posicionamento de Alexandre de Moraes, ao ressaltar a necessidade da interpretação do sistema jurídico:

A Constituição Federal há de sempre ser interpretada, pois somente por meio da conjugação da letra do texto com as características históricas, políticas, ideológicas do momento, se encontrará o melhor sentido da norma jurídica, em confronto com a realidade sociopolítico-econômica e almejando a sua plena eficácia. (2009, p. 15).

Pelo exposto, é forçoso reconhecer que a interpretação dos Direitos Fundamentais deve ser feita de forma diferenciada, dependendo de qual Texto Constitucional estejamos usando. Isto porque, o exercente do Poder Constituinte, ao escrever a Constituição leva em conta, como já dito, características políticas e ideológicas do momento.

Diante disso, a anteposição da Declaração de Direitos que estava prevista a partir do artigo 155 Constituição anterior não foi apenas uma mudança de lugar. Foi, isto sim, uma declaração política e que deve, obrigatoriamente, ser observada pelo intérprete.

1.4 A intimidade, a vida privada e a honra

Para a correta interpretação e aplicação, faz-se mister esclarecer, ainda que de forma rápida, o conceito e as diferenças entre intimidade e vida privada, ambos protegidos constitucionalmente. É necessário que se diga que antes do Texto Constitucional de 1988 a doutrina majoritária não fazia nenhuma distinção entre intimidade e vida privada. (SILVA, 2008, p. 206). Contudo, no inciso X do artigo 5º, o legislador constituinte os diferenciou, de forma que cabe agora à doutrina verificar qual é a abrangência de cada termo.

O rol de direitos abarcados no inciso X tem como objetivo, nas palavras de Alexandre de Moraes, salvaguardar “um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas.” (2009, p. 53). É necessário destacar que tais direitos e deveres decorrem de outros já positivados no “caput” do artigo 5º. Assim, José Afonso da Silva afirma que os direitos e deveres relacionados no inciso X do citado artigo se relacionam, majoritariamente com o Direito à Vida, configurando-se como direitos reflexos ou mesmo a manifestação deste. (2008, p. 205-206). A distinção, na prática, não é fácil, pois se dá pela amplitude dos conceitos de intimidade e vida privada. A respeito destes, José Afonso da Silva dá a seguinte explicação:

Aquela, em última análise, integra a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo. Mas a Constituição não considerou assim. Deu destaque ao conceito, para que seja mais abrangente, como conjunto de modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver a sua própria vida. Parte da constatação de que a vida das pessoas compreende dois aspectos: um voltado para o exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e divulgação de terceiros, porque é pública. A *vida interior*, que se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos é a que integra o conceito de vida privada, inviolável nos termos da Constituição. (2008, p. 208).

Com o brilhantismo que lhe é peculiar, resume Alexandre de Moraes, ao dizer que a intimidade “relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto a vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo.” (2009, p. 53).

Ainda, neste diapasão, é necessário que se verifique que a proteção emanada da Constituição Federal não é sempre a mesma, tendo que, necessariamente, variar dependendo da situação e dos sujeitos atingidos. Essa é a posição do professor Alexandre de Moraes, que distingue a proteção da vida privada e intimidade dentro do âmbito familiar daquela que é peculiar aos políticos e artistas em geral:

No restrito âmbito familiar, os direitos à intimidade e vida privada devem ser interpretados de uma forma mais ampla, levando-se em conta as delicadas, sentimentais e importantes relações familiares, devendo haver maior cuidado em qualquer intromissão externa. [...].

Por outro lado, essa proteção constitucional em relação àqueles que exercem atividade política ou ainda em relação aos artistas em geral deve ser interpretada de uma forma mais restrita, havendo necessidade de uma maior tolerância ao se interpretar o ferimento das inviolabilidades à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem [...]. Essa necessidade de interpretação mais restrita, porém, não afasta a proteção constitucional contra ofensas desarrazoadas, desproporcionais e, principalmente sem qualquernexo causal com a atividade profissional realizada. (2009, p. 54).

De forma analógica, seria razoável dizer que o grau de intromissão externa na vida privada do trabalhador é menor ou maior conforme a valoração do bem jurídico com o qual ele trabalha. Mas, ressalte-se, o Direito Constitucional à intimidade, à vida privada e à honra continua a existir, só que, dependendo da situação fática, esses direitos podem (e devem) ser

aplicados de forma diferenciada, observando sempre os patamares mínimos civilizatórios.

Além disso, o Texto Constitucional também assegura o direito a uma indenização pelo dano moral ou material decorrente da violação dos já citados direitos. A Justiça do Trabalho, no caso da revista íntima realizada pelo empregador, é a competente para julgar este tipo de pretensão. Hoje, tal competência está expressamente estabelecida, por força da Emenda Constitucional 45/2004, que inseriu o inciso VI ao artigo 114 da Constituição Federal, *in verbis*: “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial decorrentes da relação de trabalho.” Não obstante o inciso VI ter sido inserido somente em 2004, o entendimento doutrinário e jurisprudencial era de que esta competência já pertencia à Justiça do Trabalho, conforme diz Mauro Schiavi:

Já na antiga redação do artigo 114 da CF a jurisprudência trabalhista havia fixado o entendimento no sentido de ser a Justiça do Trabalho competente para dirimir controvérsias sobre a reparação do dano moral decorrente da relação de trabalho. Nesse sentido a Oj n. 327, da SDI-I, do C. TST assim redigida: “Dano moral. Competência da Justiça do Trabalho. Nos termos do artigo 114 da CF/88, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral quando decorrentes da relação de trabalho”. (2011, p. 240).

Igualmente, a violação da privacidade pode, em determinadas hipóteses, constituir ilícitos penais (SILVA, 2008, p.210), que não serão, neste caso, julgados pela Justiça Trabalhista, vez que, em controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, concedeu liminar, com efeitos retroativos (*ex tunc*), para dar interpretação conforme ao Texto Constitucional, retirando qualquer possibilidade de processamento e julgamento de ações penais por esta Justiça especializada. (Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.684-0, Min. Rel. Cezar Peluso. Julgamento em 01/02/2007).

Por último, resta conceituar honra, que para o doutrinador José Afonso da Silva é:

[...] o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação. É direito fundamental da pessoa resguardar essas qualidades. A pessoa tem o direito de preservar a própria dignidade – adverte Adriano de Cupis – mesmo fictícia, até contra ataques da verdade, pois aquilo que é contrário à dignidade da pessoa deve permanecer em segredo dela própria. Esse segredo entra no campo da privacidade, da vida privada, e é aqui onde o direito à honra se cruza com o direito à privacidade. (2008, p. 209).

Todos esses direitos são passíveis de serem atingidos quando se trata de uma relação de emprego, ainda mais quando estamos falando de revista íntima, já que existe uma linha tênue que separa o direito do empregador e os direitos abarcados pela Dignidade Humana do trabalhador.

1.5 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio Tutelar

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, erigido como fundamento da República Federativa do Brasil, nas palavras de Alexandre de Moraes:

concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia do predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*. (2009, p. 21-22). (grifos do autor)

No mesmo sentido é a sucinta e magistral definição de J. J. Gomes Canotilho que caracteriza a Dignidade da Pessoa Humana como sendo “[...] o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite fundamento do domínio político da República.” (1999, p. 221).

É cristalina a importância dada pelo constituinte a este princípio, pois está previsto no primeiro artigo da nossa Constituição Federal, de forma que esta disposição ilumina todas as outras que, de alguma forma, direta ou indiretamente, sejam conexas com a pessoa humana.

Pode-se dizer que o princípio mais importante, quando se trata de Direitos

Fundamentais é o da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, Constituição Federal)⁶. Agora, quando fala-se de princípios específicos do Direito do Trabalho, sem dúvida, o destaque refere-se ao Princípio da Proteção (ou Protetor, ou ainda, Tutelar).

Segundo Maurício Godinho Delgado, o Princípio Tutelar informa:

que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro – visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho. (2010, p. 183).

A importância deste princípio no Direito do Trabalho é tamanha que doutrinadores, como Américo Plá Rodríguez, entendem que dele derivam outros três princípios trabalhistas de grande importância: a) *in dubio pro operario*; b) princípio da norma mais favorável; e c) princípio da condição mais benéfica. (DELGADO, 2009, p. 183).

Não é o entendimento de Mauricio Godinho Delgado, que defende a seguinte ideia:

Na verdade, a noção de tutela obreira e de retificação jurídica da reconhecida desigualdade socioeconômica e de poder entre os sujeitos da relação de emprego (ideia inerente ao princípio protetor) não se desdobra apenas nas três citadas dimensões. Ela abrange, essencialmente, quase todos (senão todos) os princípios especiais de Direito Individual do Trabalho. Como excluir essa noção de princípio da imperatividade das normas trabalhistas? Ou do princípio da inalterabilidade contratual lesiva? Ou da proposição relativa à continuidade da relação de emprego? Ou da noção genérica de despersonalização da figura do empregador (e suas inúmeras consequências protetivas ao obreiro)? Ou do princípio da irretroação das nulidades? E assim sucessivamente. Todos esses outros princípios especiais também criam, no âmbito de sua abrangência, uma proteção especial aos interesses contratuais obreiros, buscando retificar, juridicamente, uma diferença prática de poder e de influência econômica e social apreendida entre os sujeitos da relação empregatícia. (2009, p. 184).

E finaliza: “Desse modo, o princípio tutelar não se desdobraria em apenas três outros,

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: [...] III - a dignidade da pessoa humana.

mas seria inspirador amplo de todo o complexo de regras, princípios e institutos que compõem esse ramo jurídico especializado.” (2009, p. 184).

Diante de todo o exposto, é cristalina a ideia de que o criador e o aplicador da lei devem ter um entendimento amplo de todo o sistema jurídico. Não é possível interpretar corretamente o direito sem a observância dos princípios norteadores da ordem jurídica brasileira, em especial o da Dignidade Humana, que cria base substancial para inúmeros outros, como o próprio Princípio da Proteção.

Neste sentido, é necessário destacar que os poderes do empregador são também limitados, pois já foi dito que não há direito absoluto. Em sendo assim, imprescindível verificar quais são os poderes que decorrem da relação de emprego e quais os seus limites.

2. O PODER EMPREGATÍCIO NO CONTRATO DE TRABALHO

Após a análise dos Direitos e Garantias Fundamentais, passa-se a analisar como funciona o poder dentro da relação de emprego. Para fazer isso, é necessário que se estude o poder hierárquico (modernamente denominado de empregatício ou intraempresarial) e suas vertentes, ou seja, os poderes correlatos que dele se originam. Em suma, além de tratar do gênero (poder empregatício), verificar-se-á suas diversas dimensões: diretivo, regulamentar, fiscalizador e disciplinar.

Ressalte-se que, afora essa exposição sobre o fenômeno do poder na relação de trabalho subordinado, será conferida a amplitude deste, que, por óbvio, não é absoluto, encontrando limitações em outros direitos. Por último, como forma de fundamentar a própria limitação do poder empregatício, será estudada, ainda que de forma breve, a novel teoria sobre a eficácia horizontal dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Em sendo assim, é necessário explicitar que, antes mesmo de se compreender o que é o poder empregatício, devemos saber que as consequências do seu exercício têm implicações que extrapolam a órbita estritamente individual, alcançando a sociedade como um todo.

2.1 Conceito e caracterização do poder empregatício

O poder empregatício é algo indissociavelmente ligado à relação de emprego, pois, como afirma Ipojucan Demétrius Vecchi: “a subordinação é elemento essencial na configuração da relação de emprego [...]. Tendo por base essa constatação, tradicionalmente é reconhecido o que podemos chamar de 'superioridade jurídica do empregador'.” (2004, p. 205). Tal poder é conceituado por Mauricio Godinho Delgado como:

o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego. Pode ser conceituado, ainda, como conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços. (2009, p. 597).

Não obstante esse conceito, a doutrina normalmente não se refere à expressão poder empregatício como gênero desses outros poderes (ou melhor, dimensões do poder empregatício), caracterizando-os de forma autônoma. (DELGADO, 2009, p. 597). Contudo no presente estudo, será utilizada a expressão poder empregatício ou intraempresarial como gênero das seguintes facetas: poder diretivo, poder regulamentar, poder fiscalizatório e poder disciplinar, pois, conforme ensina o já citado doutrinador:

[...] é sem dúvida vantajoso, do ponto de vista teórico e prático apreender-se uma específica denominação (poder empregatício ou poder intraempresarial), a integralidade de um mesmo fenômeno que apenas se desdobra, no plano operacional, em dimensões e manifestações variadas. (DELGADO, op. cit., p. 597).

Como ressaltado alhures, a expressão poder empregatício ou intraempresarial é aquela que vem sendo adotada pela doutrina moderna para caracterizar o conjunto de prerrogativas concentradas na figura do empregador. Pela observância do primado pela boa técnica, a expressão “poder hierárquico” não será utilizada na presente obra, em razão de ser claramente

[...] autoritária e retrógrada – portanto equívoca – inerente à ideia de hierárquico. Tal expressão, afinal, carrega-se de rigidez incompatível com qualquer processo de democratização do fenômeno intraempresarial de poder. Trazida ao Direito do Trabalho por inspirações administrativas ou institucionalistas já superadas há longa época pela mais arejada teoria justrabalhista, a expressão, mesmo hoje, não deixa de invocar uma lembrança severa, implacável e hirta do fenômeno do poder na empresa. (DELGADO, op. cit., p. 598).

E, continua: “Assim, considera-se mais acertado referir-se ao fenômeno global do

poder no âmbito da relação de emprego pela expressão genérica poder empregatício (ou se se preferir, poder intraempresarial), em vez de poder hierárquico.” (DELGADO, 2009, p. 598). Neste contexto, é necessário que se diga que a expressão poder hierárquico, no âmbito do Direito do Trabalho é correlata à ideia de não existência de trabalho livre (ROMITA apud DELGADO, op. cit., p. 598). Ora, a existência deste (aqui considerado livre em termos jurídicos), é pressuposto necessário para o próprio surgimento do trabalho subordinado e consequentemente do ramo do direito que estamos a estudar. (DELGADO, op. cit., p. 81).

O poder empregatício é gênero do qual são espécies o poder diretivo (ou organizativo ou, ainda, poder de comando), o poder regulamentar, o poder fiscalizatório (ou de controle) e, por último, o poder disciplinar. (DELGADO, op. cit., p. 598-599).

Conforme explica Mauricio Godinho Delgado, os poderes diretivo e disciplinar são tão amplos que podendo até serem considerados modalidades específicas do poder empregatício. Contudo, os poderes regulamentar e fiscalizatório têm sido observados mais como fenômenos que representam uma extensão do próprio poder de direção do empregador. (op. cit., p. 598-599). De fato, é o que se vislumbra da leitura do livro do também Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Augusto César Leite de Carvalho, que, ao tratar sobre a “morfologia do poder de comando”, subdivide-o em: “poder de organização (1), [...] poder diretivo *stricto sensu* (2) e do poder disciplinar (3).” (2011, p. 124). Essa tripartição, adotada pelo supracitado doutrinador foi proposta por Márcio Túlio Viana. Não obstante isso, o autor não desconhece a existência do poder fiscalizatório, mas o compreende como decorrência da existência do poder diretivo *stricto sensu*. (op. cit., p. 125).

2.2 Poder diretivo

Conforme se verifica nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento: “Na relação de emprego a subordinação é um lado, o poder diretivo é o outro lado da moeda, de modo que, sendo o empregado um trabalhador subordinado, o empregador tem direito não sobre a sua pessoa mas sobre o modo como a sua atividade é exercida.” (2011, p. 694). Assim, mais uma vez, percebe-se o enfoque dado ao direito de liberdade, já que o referido doutrinador afirma

ser a subordinação relacionada ao modo do exercício da atividade, e não diretamente à pessoa do empregado.

Mauricio Godinho Delgado traz uma definição mais objetiva de poder diretivo (organizativo ou de comando), caracterizando-o como

[...] o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e espaço empresariais internos, inclusive o processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviços. (2009, p. 599).

É importante salientar que tais prerrogativas são do empregador (com ressalvas), e isso decorre não só da própria relação jurídica contratual estabelecida entre os sujeitos da relação de emprego, mas também da assunção, pelo empregador, dos riscos da produção⁷. (RUSSOMANO, 2000, p. 63). As ressalvas mencionadas emanam, em regra, de normas constitucionais de eficácia limitada de princípio programático, como, por exemplo, a regra definida no artigo 7º, XI⁸, da Constituição Federal, que permite, ainda que excepcionalmente, uma gestão mais democrática da empresa. Por óbvio, tais preceitos democratizantes são tímidos em nosso sistema jurídico, mas podem desenvolver-se, futuramente. (DELGADO, op. cit., p. 599).

2.3 Poder regulamentar

O poder regulamentar deve ser entendido como uma extensão do poder diretivo. “Extensão” aqui deve ser tida nos seus devidos limites: a organização da empresa é definida pelo empregador, mas deve ser exteriorizada para os obreiros por algum meio, podendo ele

7 Ou ainda, conforme texto expresso no art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho: “assumindo os riscos da atividade econômica”.

8 Art. 7º, XI: participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei.

ser expresso ou tácito, desde que seja inteligível. Além disso, a exteriorização pode ser de ordem geral ou individual (neste caso, instruções diretas para determinado empregado). (DELGADO, 2009, p. 600).

Ressalte-se que, por estas ordens particulares ou gerais derivarem diretamente do poder regulamentar, e indiretamente do poder diretivo, tendo como gênero o poder empregatício, a desobediência de tais comandos gera a possibilidade, por parte do empregador da aplicação do artigo 482⁹ do Diploma Consolidador das Leis do Trabalho. Assim, explicam os professores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

A insubordinação no serviço é caracterizada pelo descumprimento de ordens pessoais de serviço recebidas pelo empregado. Não se trata de ordens gerais do empregador, mas ordens diretas emanadas de quem de direito, como o chefe, o supervisor, o encarregado, ligadas ao serviço. A indisciplina não se confunde com a insubordinação, porque nesta a ordem infringida tem caráter pessoal, enquanto naquela a natureza da infração é geral. (2010, p. 363).

Aprofundando o tema, deve-se dizer que as regras determinadas pelo empregador, seja de forma geral ou individual, estão limitadas, por óbvio, pelas regras e princípios insculpidos no vigente sistema jurídico, especialmente na Constituição Federal. Não é outro do entendimento de Ipojucan Demétrius Vecchi:

Dessa forma, ao exercer a faceta regulamentar, o empregador não poderá criar, através de regulamento da empresa, por exemplo, situações de discriminação, de quebra do princípio da igualdade de tratamento, de desconsideração pela pessoa humana, de comandos que não levem em conta os interesses sociais e comunitários. (2004, p. 213).

Nesse sentido, imperativo ressaltar a ideia de subordinação do próprio empregador, quando da formulação a exteriorização das regras de regência da atividade produtiva, ao sistema jurídico como um todo. Se a normatização formulada pelo empregador não obedecer

9 Rol de situações que possibilitam a rescisão do contrato de trabalho por justa causa obreira.

às diretrizes postas pelo sistema, deve ser considerada nula (VECCHI, 2004, p. 213), podendo, inclusive, ocorrer o exercício do *jus resistantiae* por parte do empregado, ou seja, a faculdade que o empregado tem de se impor contra condutas abusivas ou que ofendam o princípio da segurança jurídica. (CAMINO, 2003, p. 448).

2.4 Poder fiscalizatório

Poder fiscalizatório é aquele que deriva do poder empregatício, possibilitando ao empregador a aferição do cumprimento das tarefas e comportamentos dos empregados para que sejam realizados os objetivos por ele pretendidos. (VECCHI, 2004, p. 213). Para Mauricio Godinho Delgado, são exemplos da atuação concreta do poder fiscalizatório: “Medidas como o controle de portaria, as revistas, o circuito interno de televisão, o controle de horário e frequência, a prestação de contas (em certas funções e profissões) e outras providências correlatas [...]” (2009, p. 601).

Novamente, é necessário dizer que tais poderes de fiscalização são relativos, pois encontram limitações em outras regras, princípios e valores. Nesta direção, explica Ipojucan Demétrius Vecchi:

[...] além dos limites tradicionalmente apostos, ou seja, os limites do contrato de trabalho e das leis infraconstitucionais devem ser acrescidos os princípios e valores fundamentais tais quais postos na Constituição. É sob essa roupagem que deverá ser aferida a faceta fiscalizadora do empregador, por exemplo, frente à intimidade e à privacidade do empregado, enfim dos direitos da personalidade. (op. cit., p. 213).

Em face do que já foi visto na análise das outras facetas do poder empregatício, verificamos que o sistema jurídico limita todo o conjunto deste poder, apresentando restrições específicas para cada faceta. Em sendo assim, registra-se, que, apesar de a doutrina debater mais sobre a limitação da faceta disciplinar do poder empregatício, o poder intraempresarial,

como um todo deve ser analisado e compatibilizado caso a caso.

2.5 Poder disciplinar

Conforme já pontuado, destaca-se o fato de haver enorme correlação entre todas as facetas do poder empregatício. Aliás, elas estão tão imbricadas que parece ter ocorrido uma confusão quando Amauri Mascaro Nascimento conceitua o poder disciplinar. Para o autor, essa prerrogativa “é o direito do empregador de exercer a sua autoridade sobre o trabalho de outro, de dirigir a sua atividade, de dar-lhe ordens de serviço e de impor sanções disciplinares.” (2011, p. 695). Ora, parece que o doutrinador misturou diversas prerrogativas neste conceito.

Tal confusão decorre, como já dito, da relação extremamente próxima de todas as facetas do poder empregatício. Contudo, não há razão para confundi-las, já que são criados critérios e nomes para classificar cada aspecto desse poder.

Nesse sentido, o supracitado doutrinador reconhece, na mesma obra em que conceitua poder disciplinar, outras três facetas, *in verbis*: “O poder de direção manifesta-se mediante três principais formas: o poder de organização, o poder de controle sobre o trabalho e o poder disciplinar sobre o empregado.” (NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 694).

Ante o exposto, utilizar-se-á a seguinte definição de poder disciplinar, que é feita de forma lapidar por Mauricio Godinho Delgado: “Poder Disciplinar é o conjunto de prerrogativas concentradas no empregador dirigidas a propiciar a imposição de sanções aos empregados em face do descumprimento por esses de suas obrigações contratuais.” (2009, p. 603). No mesmo sentido é a definição do professor Ipojucan Demétrius Vecchi: “A faceta disciplinar do poder empregatício caracteriza-se pela faculdade que tem o empregador de aplicar verdadeiras penas ao empregado que descumprir com seus deveres ou obrigações.” (2004, p. 214). Conceitos estes muito próximos àquele desenvolvido por Márcio Túlio Viana, para quem: “Poder disciplinar é o complemento do poder diretivo, mediante o qual se atualiza a coercibilidade das normas e ordens derivadas do exercício do último.” (apud CARVALHO, 2011, p. 124).

O poder disciplinar não é uma faculdade que fica escondida, ou seja, ele está sempre presente, ainda que o empregador não esteja, naquele momento, utilizando-o. Com isso, para que exista o poder disciplinar, defende Alice Monteiro de Barros, basta que haja a possibilidade de exercício da autoridade do empregador em relação ao trabalho do empregado. (BARROS apud CARVALHO, 2011, p. 125)

Já que é uma faculdade sempre presente para o empregador, as condutas do empregado que possam gerar alguma penalidade devem estar previamente especificadas, seja na lei, como, por exemplo, no artigo 482 da CLT¹⁰, seja no regulamento empresarial, ou, até mesmo, por meio de convenções e acordos coletivos de trabalho (NASCIMENTO, 2011, p. 696), instrumento este que prestigia a autonomia privada coletiva, fundada no artigo 7º, XXVI, do texto da Carta de Outubro¹¹.

Não obstante a existência da autonomia privada coletiva, assegurada inclusive em regra Constitucional, como já dito, os instrumentos que preveem essas sanções:

[...] não podem contrariar as normas legais, que são protecionistas e se destinam a evitar abuso de direito. Com o mesmo fim, o poder disciplinar é submetido a controle, que será estatal ou não estatal. O primeiro mediante controle do Ministério do Trabalho ou do Poder Judiciário, o segundo pelos organismos de relação entre pessoal e empregador na empresa. (NASCIMENTO, op. cit., p. 696).

-
- 10 Art. 482 – Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:
- a) ato de improbidade;
 - b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
 - c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
 - d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
 - e) desídia no desempenho das respectivas funções;
 - f) embriaguez habitual ou em serviço;
 - g) violação de segredo da empresa;
 - h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
 - i) abandono de emprego;
 - 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;
 - l) prática constante de jogos de azar.

11 Art. 7º, XXVII, Constituição Federal: “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”.

A faceta disciplinar, segundo ensina Ipojuacan Demétrius Vecchi, deve ser analisada de “forma especial”, já que é através dela que o poder constante de indivíduos privados (empregadores) pode ser mais danoso àqueles que estão sujeitos a esta decorrência do poder empregatício (empregados). Outrossim, aponta o doutrinador que as medidas possíveis de aplicação por parte do empregador são próximas às medidas decorrentes do Direito Penal. (2004, p. 214).

Tudo isso decorre da democratização da sociedade, que acaba por repercutir na democratização da própria utilização do poder na relação de emprego. No mesmo sentido é a importante análise feita pelo jurista Arion Sayão Romita:

Se o moderno direito do trabalho é favorável a uma limitação dos poderes de direção econômica do chefe de empresa, com mais razão há de mostrar-se ele favorável à limitação do poder disciplinar que, na maioria de suas manifestações práticas, põem em jogo a personalidade do trabalhador. (apud DELGADO, 2009, p. 605).

Igualmente, em decorrência dessa democratização, bem como pela própria aplicação da teoria da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais aos particulares, o âmbito da discricionariedade do empregador, na criação e aplicação de sanções, está mais restrito. É o que explica o supracitado jurista:

A evolução geral, por via legislativa ou mediante negociação coletiva, demonstra que o poder disciplinar tende a despojar-se de seu primitivo caráter discricionário em proveito de uma 'normalização' justificada pela finalidade por ele perseguida e lastreada no intuito de proteger o assalariado. (ROMITA apud DELGADO, 2011, p. 605).

Por fim, a larga teorização sobre a limitação de cada uma das facetas do poder empregatício aconselha que se reserve um momento específico para o estudo da teoria da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais. É o que se passa a fazer.

2.6 Eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais

De início, cabe ressaltar que tal teoria é o sustentáculo da aplicação, mesmo nas relações entre particulares, de Direitos Fundamentais, ainda que não sejam especificamente voltados para os trabalhadores. Sendo assim, por meio dessa teoria defende-se existir eficácia privada e vinculante daqueles Direitos Fundamentais citados no primeiro capítulo desta obra monográfica, como por exemplo, a intimidade e a honra.

Em nossa Carta Maior não há nenhuma disposição expressa no sentido de que as entidades particulares devem respeitar os Direitos Fundamentais. Isso acontece, por exemplo, na Constituição da República Portuguesa¹². Contudo, mesmo havendo previsão expressa, não há consenso doutrinário quanto ao alcance e também à forma de vinculação a esses direitos. (SARLET, 2009, p. 375).

Não obstante, é possível, através de uma interpretação sistemática do Texto Constitucional, advogar que os Direitos Fundamentais, além de vincularem os poderes públicos, exercem sua eficácia também sobre particulares. (SARLET, op. cit, p. 374). Por óbvio, não está se tratando de disposições que são dirigidas especificamente aos órgãos estatais, como, por exemplo, a garantia constitucional do mandado de injunção (SARLET, op. cit., p. 376); nem àquelas que são rotulados pela doutrina de “específicos” (que, aliás, é como são considerados grande parte dos Direitos Fundamentais dos trabalhadores) (VECCHI, 2011, p. 112), em razão de expressa previsão Constitucional determinar sua aplicação na relação de emprego. A celeuma está na aplicação, em relações privadas, de Direitos Fundamentais que são considerados “inespecíficos”. (VECCHI, 2004, p. 89).

Ora, não é possível que se pense serem os Direitos Fundamentais oponíveis somente em relação ao Estado. Tais direitos sofreram uma evolução histórica, sendo que a sua aplicação não é igual à utilizada no Estado Liberal. Assim, a necessidade de entender e aplicar os Direitos Fundamentais de forma contextualizada com a vigente ordem jurídica (VECCHI, 2011, p. 111-113), coisa que já foi defendida de forma expressa quando se analisou a anteposição dos Direitos e Garantias Fundamentais no primeiro capítulo desta obra. Ademais a relação de emprego acontece dentro de uma estrutura de poder (e isso já justificaria a

12 Conforme art. 18, nº 1 da Constituição da República Portuguesa: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente (sic) aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

possibilidade de aplicação dos Direitos Fundamentais frente a outros particulares), onde uma das partes é detentora de inúmeras faculdades, que podem afrontar Direitos Fundamentais de obreiros. (AMARAL, 2007, p. 80).

Igualmente, fundamenta Carlos Henrique Bezerra Leite, a nossa Carta Constitucional, ao mesmo tempo em que estabelece direitos, também estabelece deveres, que, por óbvio, não são oponíveis somente em relação ao Estado. Assim, resume o doutrinador:

[...] a Constituição da República consagra no Título II, Capítulo I, um catálogo não apenas de “Direitos”, como também de “Deveres” Individuais e Coletivos, a cargo, não apenas do Estado, como também da sociedade e das pessoas naturais ou jurídicas, sobretudo quando estas últimas desfrutam de posições econômicas, políticas e sociais superiores em relação a outros particulares. (LEITE, 2011, p. 25).

Na mesma linha de pensamento é o entendimento de Felipe Cittolin Abal, que, citando Arion Sayão Romita, define ser o trabalhador detentor de

[...] direitos fundamentais em uma dupla dimensão: como cidadão e como sujeito de uma relação de trabalho subordinado. No momento em que o empregado ingressa em determinada empresa, ele não deixa de lado os direitos dos quais era titular anteriormente, mas adquire uma nova gama de direitos fundamentais como trabalhador. (2012, p. 3).

Diante disso, mais do que clara a ideia de que também os particulares, em suas relações privadas, vinculam-se aos Direitos Fundamentais, não apenas aos direitos trabalhistas específicos (coletivos ou individuais), mas também aos direitos que o empregado detém como pessoa. (ALMEIDA, 2012, p. 649). Mais uma vez, como já defendido no presente trabalho, a exegese do ordenamento jurídico pátrio deve ser diferenciada, fundada

[...] no contexto de um Estado de direito, que se pretende democrático e social, torna-se imperioso que a *leitura* da Constituição se faça *em voz alta* e *à luz do dia*,

no âmbito de um processo verdadeiramente público e republicano, pelos diversos atores da cena institucional – agentes políticos ou não – porque, ao fim e ao cabo, todos os membros da sociedade política *fundamentam na Constituição, de forma direta e imediata, os seus direitos e deveres*. (COELHO, 2004, p. 7).

Dessa forma, verifica-se que não somente o procedimento de revista, utilizado por nossos empregadores, mas qualquer tipo de ação/omissão do empregador no exercício do poder empregatício está sujeito aos Direitos Fundamentais, ainda que sejam direitos considerados “inespecíficos”. Isso porque há inúmeros fundamentos extremamente fortes e que permitem o desenvolvimento da presente teoria. Entre eles,

a força normativa da Constituição; o reconhecimento do patamar hierárquico superior às normas constitucionais; o caráter unitário do ordenamento jurídico; o caráter objetivo (normativo) dos direitos fundamentais; a eficácia imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, 1º, da CF de 1988); o reconhecimento da dignidade humana como fundamento da ordem jurídica e a conseqüente necessidade de proteção integral da pessoa humana (art. 1º, III, da CF de 1988); a função social da propriedade, do contrato, da empresa e da livre iniciativa (arts.5º, XXIII; 170, caput, 186 e 1º, IV, da CF de 1988) e o valor social do trabalho (art. 1º, IV, da CF de 1988). (VECCHI, 2011, p. 118).

Em razão de todo o exposto, é de se estranhar que a eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais não seja tida como regra geral e de aplicação corriqueira na doutrina e jurisprudência pátrias, ainda mais quando estamos tratando de uma relação de trabalho subordinado.

Ademais, é importante salientar que, não obstante as limitações trazidas pela supracitada doutrina, o procedimento de revista íntima é uma prática constante, em todos os tipos de empresas. Portanto, é imperativo que se verifique o conceito de revista íntima e o tratamento despendido pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelo Ministério Público do Trabalho.

3. REVISTA ÍNTIMA DO EMPREGADO

No presente capítulo será analisado o único dispositivo da Consolidação das Leis do Trabalho que trata especificamente de revista íntima. Para tanto, além das considerações doutrinárias sobre o dispositivo legal, estudar-se-á o projeto de lei (interpretação histórica), sem, contudo, esquecer-se de realizar uma interpretação baseada em outros métodos, como por exemplo, o sistemático, utilizado em todo este trabalho. Igualmente, esclarecer-se-á sobre as divergências doutrinárias quanto ao próprio conceito de revista íntima, verificando, assim, o próprio alcance dessa prática do empregador. Por fim, será demonstrada a posição majoritária da jurisprudência trabalhista, com acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho.

Registra-se que a apresentação do dispositivo legal e sua correta interpretação no sistema jurídico será apresentada antes mesmo da explicação do significado e alcance da expressão, pois através da utilização desta metodologia é possível obter uma maior compreensão do tema e, principalmente, das razões que fundamentam as divergências.

3.1 O artigo 373-A, VI, da consolidação das leis do trabalho, seu processo legislativo e a interpretação constitucional à luz do princípio da igualdade

O Decreto-Lei nº 5.427, promulgado no dia 1º de maio de 1943, aprovou, conforme se verifica em sua ementa, a Consolidação das Leis do Trabalho. Tal Decreto-Lei sistematizou a esparsa legislação existente e introduziu inúmeras disposições novas, fruto das necessidades do País. (CARRION, 2008, p. 20).

Apesar de conter várias disposições protecionistas elogiáveis, o diploma legal não continha nenhum dispositivo que tratasse do procedimento de revista, quanto mais da revista íntima. É certo que algumas das disposições da Consolidação são antigas e ineficazes, por isto, este diploma legal, ainda que de forma não satisfatória “[...] vem se atualizando salpicadamente ao longo das décadas [...]” (DELGADO, 2009, p. 142).

Isso aconteceu, por exemplo, através da Lei. 9.799/99, que incluiu o artigo 373-A no texto Consolidação das Leis do Trabalho, bem como seis incisos e um parágrafo único. Essa inclusão se deu, geograficamente, dentro do Capítulo III (Da Proteção do Trabalho da Mulher), na Seção I (Da Duração e Condições de Trabalho), Seção esta, que também foi alterada, passando a ter a seguinte denominação: “Da Duração, Condições do Trabalho e da Discriminação Contra a Mulher”. Sublinhe-se que, para este trabalho, o inciso VI do artigo 373-A da Consolidação tem fundamental importância, tendo a seguinte redação:

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.

O processo legislativo que resultou na edição da Lei 9.799/99 teve início com a proposta da Deputada Federal Rita de Cássia Paste Camata, apresentada ao plenário em 19/03/1991, que, após aprovação nesta Casa Legislativa, foi encaminhado ao Senado Federal, em 08/05/1996, sendo promulgada no dia 26/05/1999, com veto parcial (encaminhado pela Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência ao Presidente do Senado Federal pela mensagem nº 673, de 26/05/1999). Ressalte-se que os dispositivos vetados, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 66 da Constituição Federal, não tratavam, de forma direta, do procedimento de revista.

Em razão da importância, colaciona-se parte da justificativa, publicada na Seção 1 do Diário do Congresso Nacional, em abril de 1991:

O presente projeto de lei visa regular o inciso XX do Artigo 7º da Constituição Federal Que prevê “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”. Este dispositivo nasceu de uma emenda que apresentamos na Assembléia (sic) Nacional Constituinte. Em 1989, os parlamentares Adernar de Barros Filho, Anna Maria Rattes e Lídice da Mata, ofereceram à consideração desta Casa projetos com o intuito de regular o citado dispositivo. A estes projetos foi oferecido pelo Deputado Nelton Frieddch, relator na comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, um substitutivo (sic), que atualizamos e reapresentamos à superior análise dos membros da Câmara dos Deputados. Em que pese o significativo aumento da participação feminina no mercado de

trabalho, a partir dos anos 70, tendo triplicado em valores absolutos e dobrado em participação relativa entre 1970 e 1985, este ainda é um espaço predominante masculino, onde a mulher encontra uma série de discriminações e dificuldades, tanto de acesso como de permanência no emprego e ascensão profissional. (p. 3312).

Percebe-se, inicialmente, que o objetivo pretendido pela Deputada era a regulamentação do artigo 7º, XX, da Constituição Federal que tem como fim a proteção do trabalho da mulher. Em razão disso, é que o dispositivo foi inserido dentro do Capítulo III, que é relativo ao trabalho da mulher, sendo, então, uma lei que integra a eficácia do dispositivo constitucional, por ser norma constitucional de eficácia limitada de princípio programático. (SILVA, 1982, p. 89-91). Contudo, mais ao final da ementa, é possível perceber que o projeto trata de “discriminações”, de forma genérica, como se percebe nos últimos dois parágrafos da justificativa:

A presença de dispositivos constitucionais referentes à mulher trabalhadora torna implícito o reconhecimento da forma injusta pela qual se dá a inserção da mulher no mercado de trabalho. A reversão deste quando se constitui em determinação constitucional, e não pode ser tornar inócua. Urge, pois, transformar os avanços que estão no papel em conquistas práticas. Para isso, é preciso que se tenha em mente que toda a política de igualdade de oportunidades que venha a ser estabelecida deverá considerar a maternidade como uma característica do segmento feminino. Assim sendo, não basta que a legislação refira-se ao princípio genérico da discriminação, mas é preciso que especifique os pontos onde ela ocorre. Diante do exposto, entendemos que a matéria, por mais complexa que seja, merece o aprovação desta Casa, que não pode deixar a maioria da população brasileira sem regulamentação de seu mercado de trabalho. Destacamos ainda, que o presente projeto de lei contém dispositivos que veda todas as formas de discriminação à mulher no mercado de trabalho, que garantem seu acesso e permanência no emprego e ascensão profissional em igualdade de condições com os homens e que estimulam a sua participação no mercado de trabalho. (p. 3312).

Não obstante o processo legislativo ter sido instaurado para regulamentar uma determinação Constitucional que trata especificamente da mulher, das intenções da Deputada que deu início ao trâmite legislativo e da localização espacial dos dispositivos na Consolidação das Leis do Trabalho, a doutrina é quase unânime em afirmar que a citada norma, aplica-se também aos homens. Assim pensa Mauricio Godinho Delgado, que, além de entender que, no fundo, a vedação de revistas íntimas se refere a pessoas físicas, diz que a norma existia, ainda que implícita, antes mesmo da Lei 9.799/99, em razão dos preceitos

constitucionais relacionados ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana. (2009, p. 603).

O já citado doutrinador, em irrepreensível manifestação demonstra esses valores, citando, inclusive, o Preâmbulo Constitucional, dizendo que

[...] a Carta Constitucional de 1998 rejeitou condutas fiscalizatórias e de controle da prestação de serviços que agridam à liberdade e dignidade básicas da pessoa física do trabalhador. Tais condutas chocam-se, frontalmente, com o universo normativo e de princípios abraçados pela Constituição vigorante. É que a Constituição pretendeu instituir um “Estado Democrático, destinado, destinado a assegurar o exercício dos *direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade, a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social...*” (Preâmbulo da CF/88; grifos acrescidos). (DELGADO, op. cit., p. 602).

Ora, apesar de o Preâmbulo não apresentar força normativa, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal (ADI nº 2.076/AC, Pleno, Relator: Ministro Carlos Velloso), ele “não é juridicamente irrelevante, uma vez que deve ser observado como *elemento de interpretação e integração dos diversos artigos que lhe seguem*”. (MORAES, 2009, p. 20).

Além disso, Mauricio Godinho Delgado fundamenta o seu posicionamento (da aplicabilidade do artigo 373-A da CLT a qualquer pessoa física) nos Princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil, assim se manifestando:

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF/88), que tem por alguns de seus objetivos fundamentais “construir uma sociedade justa e solidária”, além de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, I e IV, CF/88). (op. cit., p. 602-503).

Verifica-se, pois, que existem discriminações que ocorrem especificamente em razão do sexo da pessoa (que são vedadas pelo ordenamento jurídico), devendo, por óbvio, existir dispositivos legais que coíbam tais práticas. Entretanto, há discriminações que se apresentam para todos, independentemente do sexo, idade, ou outro fator de diferenciação. Para estes, a

interpretação do texto da lei deve ser ampliativa, no sentido de que se a lei dispuser que só se aplica à determinado sexo, o exegeta, ao verificar o verdadeiro sentido, incluirá, também, os indivíduos do outro sexo, que, por uma interpretação meramente gramatical, não seriam abrangidos. (VILELLA, 2010, p. 86). Pensar de outra forma iria contra o princípio da igualdade (já citado por Mauricio Godinho Delgado, quando da transcrição do preâmbulo). Ora, o princípio da igualdade deve ser entendido em dois planos distintos, conforme ensina Alexandre de Moraes:

De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social. (2009, p. 37)

É imperativo que se deixe claro que essa interpretação ampliativa é possibilitada pela Constituição Federal. Aliás, toda interpretação de qualquer das espécies legislativas do sistema jurídico brasileiro deve ser fundamentada na Constituição, que é suprema, ou seja, é a “[...] pedra angular, em que se assenta o edifício do moderno direito político.” (FERREIRA, 1998, p. 90). Assim, explica José Afonso da Silva, o significado da Constituição como norma suprema (princípio da Supremacia da Constituição) é que ela

[...] se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos, é nela que se acham normas fundamentais de Estado [...]. (2008, p. 45).

Ora, ante o exposto, não é possível que a interpretação parta unicamente da Consolidação das Leis do Trabalho e do seu artigo 373-A. Uma interpretação deste tipo seria totalmente ilegítima. Por isso, no caso em tela, o intérprete está mais do que autorizado a

interpretar o texto em seu sentido plural, abrangendo, pois, toda e qualquer pessoa, independentemente do seu sexo. Em sendo assim, com fundamento em todo o ordenamento jurídico, o resultado final é o seguinte: o empregador (ou seus prepostos), no exercício do poder empregatício (ou de parcela dele, no caso dos prepostos), está impedido de proceder a revistas íntimas em seus empregados¹³.

Contudo, apesar dessa vedação, a jurisprudência trabalhista é farta em admitir a revista – ainda que não considerada como íntima – como se verifica nos seguintes acórdãos, todos do Tribunal Superior do Trabalho:

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. REVISTA DE BOLSAS. Esta Eg. Corte tem entendido reiteradamente que a *inspeção de bolsas, sacolas e outros pertences de empregados, desde que realizada de maneira generalizada pelo empregador, sem que reste configurado qualquer ato que denote abuso de seu direito de zelar pelo próprio patrimônio* (coerção física, humilhação ou qualquer ato que implique degradação do trabalhador), **não é ilícita**, pois não importa ofensa à intimidade, vida privada, honra ou imagem daquele. A fiscalização da recorrente, tal como descrita no decisum regional, **não configura ato ilícito**, uma vez que não se pode presumir, no caso em debate, o dano ou -abalo moral- que teria atingido o autor, nem o conseqüente sofrimento psíquico, *pois a inspeção a que estava submetido não era discriminatória, dirigida somente a ele, nem implicava contato físico de qualquer natureza, sendo efetuada de forma discreta*-. Recurso de revista conhecido e provido. Prejudicada a análise do tema referente ao valor da indenização. (Recurso de Revista nº 647840-84.2006.5.12.0034, 2ª Turma, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT 30/3/2010). (grifos acrescidos).

No mesmo sentido, o acórdão de relatoria do Ministro Lelio Bentes Corrêa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REVISTA VISUAL EM BOLSAS. AUSÊNCIA DE CONTATO FÍSICO. Demonstrada a divergência jurisprudencial, nos moldes da alínea a do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, dá-se provimento ao agravo de instrumento a fim de determinar o processamento do Recurso de Revista. RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REVISTA VISUAL EM BOLSAS. AUSÊNCIA DE CONTATO FÍSICO. A revista em bolsas, quando realizada de forma impessoal e sem contato físico entre a pessoa que procede à

¹³ O enunciado nº 15, II da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada no Tribunal Superior do Trabalho em 23/11/2007, elaborado pela comissão de Direitos Fundamentais e as Relações de Trabalho, já era nesse sentido: “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”.

revista e o empregado, não submete o trabalhador à situação vexatória, porquanto esse ato decorre do poder diretivo e fiscalizador da Reclamada. Precedentes desta Corte superior. Recurso de revista conhecido e não provido." (Recurso de Revista nº 899740-85.2006.5.12.0014, Relator: Ministro Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 26/10/2011, 1.ª Turma, Data de Publicação: 11/11/2011.)

Ainda, em igual orientação, o acórdão de relatoria do Ministro João batista Brito Pereira, julgado no desenlace do ano de 2011:

[...] REVISTA CONSISTENTE NA VERIFICAÇÃO DO CONTEÚDO DE BOLSAS E SACOLAS. DANOS MORAIS. NÃO CARACTERIZAÇÃO. A revista consistente na verificação do conteúdo de bolsas, mochilas e sacolas dos empregados, efetuada sem contato físico **ou revista íntima**, por si só não caracteriza ofensa à honra ou à intimidade da pessoa, capaz de gerar dano moral passível de reparação. [...]. (Recurso de Revista nº 2256800-42.2008.5.09.0012, Relator: Ministro João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 9/11/2011, 5.ª Turma, Data de Publicação: 18/11/2011). (grifos acrescidos).

É o que se passa a analisar.

3.2 Significado e alcance da expressão

A doutrina e a jurisprudência são, em regra, claramente contrárias a revistas (e qualquer ato do empregador) que importem em contatos físicos, exposição visual da totalidade do corpo, de forma que se coloque o empregado em situações de constrangimento, ofendendo de forma direta sua dignidade como pessoa e trabalhador. (VILLELA, 2010, p. 86). Entretanto, em situações nas quais o constrangimento não é patente, há grande divergência, tanto doutrinária como jurisprudencial. Conforme se verifica no acórdão de relatoria do Ministro Lelio Bentes Corrêa, a 1ª turma do Tribunal Superior do Trabalho entendeu que a revista em bolsas e pertences dos empregos não expôs o trabalhador a situação vexatória, já que foi feita sem contato físico e de forma impessoal.

Já se explicou que a revista íntima é vedada pelo ordenamento jurídico. Sendo assim, uma conduta contrária ao direito geraria, no mínimo, o dever de indenizar. Contudo, o que acontece aqui é uma clara divergência quanto a correta interpretação da vedação introduzida pelo artigo 373-A. Os Tribunais Trabalhistas, e, principalmente, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho, vêm criando distinções entre conceitos (revista íntima e revista pessoal), de forma a permitir que determinadas formas de revista possam ser realizadas, já que não seriam, então, consideradas revistas íntimas. (BARROS JÚNIOR, 2012, p. 620).

Contudo, mesmo existindo essa diferenciação, se, numa revista, ainda que tida por pessoal, e, portanto, permitida, ocorrem práticas de constrangimento à figura do empregado, vai nascer o direito a uma reparação pelo ilícito. Contudo, ressalte-se que o direito ao ressarcimento pela violação do direito não decorre diretamente de o empregador ter adotado o procedimento de revista (tendo em vista que, conforme demonstrado nos acórdãos colacionados, o Tribunal tem entendido ser prática legal), mas sim da forma que o adota, violando então a intimidade, vida privada, entre outros. (VILLELA, 2010, p. 87).

Fábio Goulart Villella resume os requisitos para que uma revista (que não seria íntima), no entendimento majoritário do Tribunal Superior do Trabalho, seja considerada lícita: “forma moderada, sem imposição de constrangimentos ao empregado, [...], contatos físicos ou exposições visuais do corpo.” (op. cit., p. 87). Mauro Schiavi complementa: “o empregador deve tomar cautelas, quais sejam: não obrigar que o empregado fique totalmente nu; realizar a revista em locais reservados; revistas em locais separados para trabalhadores de sexos diferentes; realizar os atos estritamente necessários à revista.” (2009, p. 133-134).

Apesar dessas decisões do Tribunal, em 23/11/2007, na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada em Brasília, na sede do Tribunal Superior do Trabalho, foi aprovado o seguinte enunciado, elaborado pela comissão de “Direitos Fundamentais e as Relações de Trabalho”:

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. (grifos acrescidos).

O entendimento do Ministério Público do Trabalho é parecido. Contudo, o *parquet* não proíbe qualquer tipo de revista, apenas dá interpretação ampliada à norma constante do artigo 373-A do Texto Consolidado. Tal orientação deriva da Coordenadoria Nacional de Promoção de Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho (Coordigualdade), que:

[...] foi criada pela Portaria 273, de 28 de outubro de 2002, com o objetivo de promover, supervisionar e coordenar ações contra as variadas formas de discriminação no trabalho, dando tratamento uniforme e coordenado ao referido tema no âmbito do Parquet trabalhista.

Assim, explica Fábio Goullart Villela, Procurador do Trabalho da 1ª Região:

Durante a III Reunião Nacional da Coordigualdade, realizada nos dias 26 e 27.04.04, foi aprovada a orientação no sentido de que não serão admitidas revistas íntimas dos empregados, assim compreendidas aquelas que importem contato físico e/ou exposição visual de partes do corpo ou objetos pessoais. Deste modo, na ótica do Ministério Público do Trabalho, a revista a bens pessoais do empregado encontra-se igualmente contida no conceito de revista íntima, ofendendo a sua prática a inviolabilidade do direito à intimidade, assegurado por força constitucional. (VILLELA, 2010, p. 87).

Fica claro que há um grande conflito de valores constitucionais, devendo, portanto, ser usada a técnica da ponderação¹⁴ (MANTOVANI, 2009, p. 827). De um lado, os Princípios da Valorização do Trabalho, da Função Social da Propriedade, da Vida Privada, da Intimidade, todos unidos pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que concede unidade a esses direitos, que são inerentes à condição humana. (VILLELA, 2010, p. 87); acrescente-se a estes, outros princípios que resultam da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais, como o do

14 “A *ponderação de bens* consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação de bens, de valores, de princípios, de fins, de interesses. Para este trabalho é importante registrar que a ponderação, sem uma estrutura e sem critérios materiais, é instrumento pouco útil para aplicação do direito. É preciso estruturar a ponderação com a inserção de critérios. Isso fica evidente quando se verifica que os estudos sobre a ponderação invariavelmente procuram estruturar a ponderação com os postulados de razoabilidade e de proporcionalidade e direcionar a ponderação mediante utilização dos princípios constitucionais fundamentais.” (ÁVILA, 2012, p. 164). (grifos do autor).

Devido Processo Legal e o da Presunção de Não-Culpabilidade (também chamado de Presunção de Inocência)¹⁵, que confere ao indivíduo o direito de não ser acusado injustamente dentro e fora da relação de emprego. (BARROS JÚNIOR, 2012, p. 618). De outro lado, o Direito de Propriedade do empregador e o negócio jurídico pelo qual se subordina o modo de prestação do trabalho, gerando as prerrogativas do poder empregatício.

Para o Ministro Mauricio Godinho Delgado, este conflito deve ser resolvido, em regra, de forma que o procedimento utilizado na revista não viole Direitos Fundamentais do empregado, como a proteção à vida privada e à honra, sem falar na presunção de não-culpabilidade. Dessa forma, conforme se vê no julgado que segue, a validade (ou não) do sistema de fiscalização depende, diretamente, da proporcionalidade dos meios empregados e da não-violação de direitos.

Recurso de Revista. Dano moral. Revista em objetos pessoais dos empregados. Segundo o inciso X do art. 5º, da CF, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Considere-se que a Reclamada, ao adotar um sistema de fiscalização diária dos objetos pessoais dos empregados, ainda que não houvesse toque corporal, extrapolou a adoção de medidas capazes de proteger seu patrimônio. Essa política de segurança interna revela uma opressão despropositada, já que **atualmente existem outros equipamentos eficientes de segurança, capazes de monitorar o ambiente de trabalho, sem ofender a dignidade, a intimidade e a privacidade do trabalhador**. Como bem pontuado pelo Tribunal Regional, a realização de revista pelo empregador nos pertences particulares dos empregados **viola a presunção de inocência garantida pelo texto constitucional** (art. 5º, LVII), sendo constrangedor a submissão do trabalhador a um **procedimento que revela dúvida sobre seu caráter. Ora, a higidez física, mental e emocional do ser humano são bens fundamentais de sua vida privada e pública, de sua intimidade, de sua auto-estima e afirmação social e, nessa medida, também de sua honra**. São bens, portanto, inquestionavelmente tutelados, regra geral, pela Constituição Federal (art. 5º, V e X). Recurso de revista conhecido por divergência jurisprudencial e, no mérito, desprovido. (Recurso de Revista n.º 719900-25.2008.5.09.0016 RR, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, Data de julgamento: 16.06.2010. 6ª Turma. Data de Publicação: 30.07.2010). (grifos acrescidos).

Neste caso, existiu o que parte da doutrina chama de revista pessoal, considerando que era realizado nos bens pessoais dos empregados. Como se vê, o Eminentíssimo Ministro entendeu não ser possível esse tipo de revista. Contudo, não se baseou – ao menos diretamente – na

15 José Otávio de Almeida Barros Junior (2012, p. 618) entende que a revista viola a presunção de inocência, direito básico do cidadão.

problemática “revista íntima x revista pessoal”. Utilizou, é bem verdade, argumentos fortes, que conduzem à razoabilidade de suas proposições. Verifica-se, aqui, a adoção, pelo magistrado da teoria da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais, quando diz que viola a presunção de inocência, garantida no Texto Maior. Além do mais, fundamenta, acertadamente, que existem meios, derivados das novas tecnologias, que possibilitam um controle de segurança que seja eficiente e não ofenda direitos garantidos aos trabalhadores pelo sistema jurídico.

Amauri Mascaro Nascimento, apesar de entender ser possível a realização de revistas, comunga do entendimento do supracitado ministro sobre as novas tecnologias, *in verbis*:

Com o avanço tecnológico, surgiram novos mecanismos de controle adotados por empresas, como a instalação de circuito interno de televisão nos locais de trabalho, o uso de sensores nas revistas, os cartões magnéticos e fotos automáticas de documentos de identidade e de pessoas para entrar nos prédios onde estão estabelecidas. Em muitos casos, essas técnicas são utilizadas para atender a imperativos de segurança. Os princípios trabalhistas aplicáveis são os mesmo, não havendo motivo para ser alterada a regra, que é o respeito à dignidade e à privacidade da pessoa, e as exceções, que são as exigências de segurança e da organização. (2011, p. 697).

Entretanto, há outros casos em que não é nem preciso se fazer uma verdadeira ponderação de bens constitucionais, em razão de sua clara contrariedade ao ordenamento jurídico. José Otávio de Almeida Barros Junior cita o exemplo de uma Convenção Coletiva de Trabalho (Sindicato da Indústria do Vestuário Masculino do Estado de São Paulo x Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias do Vestuário de Bauru e Região) onde são inclusas cláusulas permitindo a revista íntima, desde que se faça respeitando alguns limites previamente acordados. (2012, p. 621). Ora, é certo que existem outros meios menos agressivos e que possibilitam a tutela da segurança patronal em níveis parecidos.

Sendo assim, essas cláusulas são ilegais, pois contrariam a lei e também a Constituição Federal (inconstitucionais, ainda que de for oblíqua), pois flexibilizam direitos trabalhistas onde ela não permitiu. Felipe Cittolin Abal explica que os Direitos Fundamentais não podem ser “renunciados pelo empregado, flexibilizados mediante acordo ou convenção coletiva, por meio de contrato ou pela própria lei, **excetuando-se os casos previstos na própria Constituição**”. (2012, p. 3). (grifou-se).

Parece que a melhor solução a esta divergência doutrinária e jurisprudencial é aquela adotada pelo Ministério Público do Trabalho, entendendo que o conceito de revista íntima abrange objetos pessoais, estejam esses em bolsos, bolsas ou mochilas. Assim, em princípio a revista íntima, compreendida aquela feita com contato físico e/ou exposição do corpo do empregado, ou sobre seus bens, seria proibida. Contudo, não existe uma fórmula fechada, pronta e absoluta que deve ser aplicada para resolver esses conflitos de segurança. Deve-se, isso sim, fazer uma análise caso a caso, de forma que todos os Direitos Fundamentais sejam devidamente sopesados antes da aplicação concreta. Neste sentido é a posição de Ipojucan Demétrius Vecchi, defendendo a necessidade de uma

análise complexa dos interesses em jogo, ponderando os interesses dignos de tutela segundo um juízo de proporcionalidade e preservando o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Só então passa a decidir sobre o grau de eficácia dos direitos fundamentais e de suas restrições no caso concreto, o que é acertado, pois somente diante do caso concreto e de todas as suas circunstâncias é que se pode aferir a correção da resposta dada. (2011, p. 125).

Não obstante a necessidade de análise específica de cada caso concreto, deve-se ter em mente que, regra geral, a ponderação sempre vai ser no sentido de privilegiar a Dignidade Humana do trabalhador, sendo exceção, devidamente ponderada e fundamentada, os casos em que a revista íntima é permitida, sempre observando a ideia de proporcionalidade e do núcleo básico dos Direitos Fundamentais (ABRANTES apud VECCHI, op. cit., p. 125).

Ressalte-se, por fim, a extrema dificuldade, dependendo do caso, em ponderar corretamente os interesses em jogo. Aconselha-se, que a ponderação seja feita pela função judiciária do poder, pois este procedimento deve ser realizado por um órgão imparcial, e com o necessário conhecimento jurídico e sensibilidade social.

CONCLUSÃO

A partir do momento em que a República Federativa do Brasil constituiu-se em Estado Democrático de Direito atrai para si um verdadeiro ônus de garantir os Direitos Fundamentais que foram albergados pela Carta de Outubro de 1988. Assim, deve concretizar os fundamentos da cidadania, igualdade e, principalmente, Dignidade da Pessoa Humana.

Ressalte-se que, pela teoria da eficácia horizontal, os Direitos Fundamentais devem ser aplicados, também, às relações entre particulares. Não há razão para se pensar de forma contrária, aliás, essa deveria ser a regra adotada por todas as nossas funções orgânicas do poder, sendo exceção a sua não aplicação. Isso decorre, dentre outros fatores, do Princípio da Supremacia da Constituição, do Princípio da Força Normativa da Constituição, defendido por Konrad Hesse, dá já citada alteração topográfica, ocorrida em 1998, no Título dos Direitos e Garantias Individuais, da eficácia imediata dos Direitos Fundamentais e do reconhecimento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como valor basilar da ordem jurídica brasileira.

Em sendo assim, o poder empregatício é limitado, pois deve ser contraposto a outros direitos. Direitos que são inerentes à pessoa humana, sendo que existem, inclusive dentro da relação de emprego, devendo ser obrigatoriamente respeitados. Caso a observação voluntária não aconteça, há mecanismos que possibilitam àqueles que têm seus direitos violados reclamar e fazer com que cesse tal violação. Entre os mecanismos, temos o Ministério do Trabalho e Emprego, o Ministério Público do Trabalho e a função judiciária do poder, em razão do Princípio da Inafastabilidade de Acesso ao Poder Judiciário.

A Lei 9.799/99 acrescentou o artigo 373-A no Texto da Consolidação das Leis do Trabalho, vedando qualquer tipo de revista íntima à mulher. Não obstante essa vedação ser específica, a princípio, para as mulheres, consoante doutrina e jurisprudência majoritárias, deve ser, por força do Princípio da Igualdade, do preâmbulo Constitucional, do Princípio do Valor Social do Trabalho e também pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, estendida aos homens. Contudo, a doutrina e jurisprudência pátrias interpretaram a norma acrescentada em 1999 de formas diferentes, chegando a criar, inclusive, a denominação de revista pessoal, que seria lícita, quando contraposta à revista íntima, esta sim proibida. Ora, a interpretação a ser dada é no sentido de ser vedada qualquer tipo de revista que atinja o corpo do empregado, bem como os seus bens. Isso porque, o ordenamento jurídico deve ser compreendido de forma sistemática e, em havendo conflitos entre Direitos Fundamentais,

deve haver uma ponderação desses interesses, sendo necessária que ela seja feita, sempre, de forma fundamentada e observando um núcleo básico existencial. Além do mais, atualmente existem outros meios, derivados das novas tecnologias, que são capazes de monitorar o ambiente de trabalho, de forma a defender satisfatoriamente os bens patronais juridicamente protegidos.

Em sendo assim, parece que o melhor posicionamento é aquele adotado pelo Ministério Público do Trabalho, entendendo que os bens do trabalhador também são considerados bens íntimos, estejam eles em bolsos, bolsas ou mochilas. Ora, tais compartimentos, são, sem dúvida, extensões da própria intimidade do empregador, devendo ser resguardados.

Sendo assim, a revista íntima, entendida como aquela que é exercida sobre o corpo ou os bens do empregado, mesmo que estejam em compartimentos como bolsas ou mochilas, são, em princípio, vedadas. Assim o é por força de lei e por existir uma presunção favorável à Dignidade Humana do Trabalho. Contudo, ressalte-se que o trabalho de ponderação é feito caso a caso, sendo impossível determinar uma regra absoluta, pois o grau de eficácia dos Direitos Fundamentais varia de acordo com as circunstâncias da situação concreta.

Por fim, salienta-se que o trabalho de decisão sobre a eficácia de cada Direito Fundamental dentro da situação conflitual é complexo e demanda elevado saber jurídico, com isso, defende-se que, caso o empregador entenda ser necessário a utilização de revista à bens do empregado, deve, primeiramente, recorrer ao Poder Judiciário, que, após fazer uma ponderação dos interesses constitucionalmente protegidos pelo ordenamento jurídico, permitirá ou não o procedimento pretendido.

REFERÊNCIAS

ABAL, Felipe Cittolin. O contrato de trabalho do atleta profissional frente aos direitos fundamentais trabalhistas. *Revista Espaço Jurídico*, v. 13, n. 2, jul./dez. 2012. p. 325-336. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1455>>. Acesso em: 3 nov. 2012.

ALKIMIN, Maria Aparecida. *Violência na relação de trabalho e a proteção à personalidade do trabalhador*. Curitiba: Juruá, 2008.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

AWAD, Fahd Medeiros. *Crise dos direitos fundamentais sociais em decorrência do neoliberalismo*. Passo Fundo: UPF, 2005.

BARROS JÚNIOR, José Otávio Almeida. A revista pessoal e a violação ao direito à intimidade do trabalhador. *Revista Legislação do Trabalho*, São Paulo: LTr, ano 75, n. 05, maio 2012. p. 615-625.

BRASIL, *Casa Civil da Presidência da República: subchefia para assuntos jurídicos*. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>>. Acesso em: 10 set. 2012.

_____. *Constituição Federal (1967)*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 Jul. 2012.

_____. *Constituição Federal (1988)*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 Jul. 2012.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em <www.planalto.gov.br> Acesso em: 19 Jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.076-AC*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Informativo STF n. 277, Brasília, DF, 15 de ago. de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo277.htm>>. Acesso em 4 de out. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 647840-84.2006.5.12.0034*. Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, Brasília, DF, 3 de mar. de 2010. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em 27 de mai. de 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 899740-85.2006.5.12.0014*. Relator: Ministro Lelio Bentes Corrêa, Brasília, DF, 23 de out. de 2011. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em 27 de maio de 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 256800-42.2008.5.09.0012*. Relator: Ministro João Batista Brito Pereira, Brasília, DF, 9 de nov. de 2011. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em 27 de maio de 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 719900-25.2008.5.09.0016*, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, Brasília, DF, 16 de jun. 2011. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em 27 de maio de 2011.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 1999.

CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 33. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. *Direito do Trabalho*. Aracaju: Evocati, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 137 jan./mar. 1998. p. 158. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/14309/as-clausulas-gerais-concretizam-a-sociedade-aberta-de-peter-haberle#ixzz29qm8e4bh>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

CONGRESSO NACIONAL. *Diário do Congresso Nacional*. 9 de abr. De 1991, Brasília, DF. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD09ABR1991.pdf#page=139>>. Acesso em 4 de out. 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO, 1, 2007, Brasília. **Anais...**

LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia do trabalho científico*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007

LEITE, Carlos Henrique. *Constituição e direitos sociais dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 1997.

_____. *Curso de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

MANTOVANI, Laert Jr; SILVA, Leda Maria Messias da. O direito à intimidade do empregado e à possibilidade do monitoramento de e-mails por parte do empregador. *Revista Legislação do Trabalho*. São Paulo: LTr, ano 73, n. 07, jul. de 2009. p. 818-828.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Relatório de atividades: Coordenadoria Nacional de Promoção de Igualdades, de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho* COORDIGUALDADE. 2009. Disponível em: <<http://mpt.gov.br/portalthransparencia/download.php?tabela=PDF&IDDOCUMENTO=781>>. Acesso em: 15 ago. 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

PAULO, Vicente. *Manual de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: Método, 2010.

PORTUGAL. Constituição, 1976. Constituição da República Portuguesa de 2 de abril de 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 7 jul. 2012.

ROUSEAU, Jean-Jaques. *O contrato social*. Tradução Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2008.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

SAENZ, Fabiana. O limite etário de responsabilização penal como cláusula pétrea na constituição federal de 1988. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, out. 2009. p. 53-66. Disponível em: <<http://www.reid.org.br/?CONT=00000121>>. Acesso em 20 maio 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. *Normas técnicas para confecção de trabalhos científicos*. Passo Fundo, 2008. Disponível em: <http://www.upf.br/direito/images/stories/NORMAS_TECNICAS_TRABALHOS_CIENTIFICOS.pdf>. Acesso em 3 jan. 2012.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.

_____. *Ações de reparação por danos morais nas relações de trabalho*. 3. ed, São Paulo: LTr, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

TONIAL, Maira Angélica Dal Conte. *A Concretização dos direitos fundamentais pela sentença normativa no Estado Democrático de Direito*. 2006. 228 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Vale do Rio dos Sinos, 2006.

VILELLA, Fábio Goulart. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana no direito do trabalho. *Revista Legislação do Trabalho*. São Paulo: LTr, ano 74, n. 01, jan. 2010. p. 81-88.

VECCHI, Ipojuca Demetrius. *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. Passo Fundo: UPF, 2004.

_____. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 77, n. 3, jul./set. 2011. p. 111-135. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/26998>>. Acesso em 8 nov. 2012.