

REVISTAS PESSOAIS: DIREITO DO EMPREGADOR OU DESRESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DO EMPREGADO?

Sandra Lia Simón*

Sumário: 1 Introdução; 2 A Constituição Federal de 1988; 3 Alcance na relação de emprego; 3.1 O contrato de trabalho; 4 Colisão de direitos; 5 Propriedade *versus* intimidade e vida privada; 5.1 Revistas pessoais; 6 A atuação do Ministério Público do Trabalho; 6.1 Inquérito civil; 6.2 Ação civil pública; 7 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o direito à intimidade e à vida privada do trabalhador, na relação laboral regulamentada pela Consolidação das Leis do Trabalho, a fim de verificar se as revistas pessoais encontram respaldo na ordem constitucional.

Como típicos direitos da personalidade, integrantes do rol dos direitos humanos fundamentais e protegidos pelo art. 5º, inciso X, da Carta Magna, o direito à intimidade e à vida privada não podem ser sacrificados. Principalmente numa relação caracterizada pela desigualdade entre as partes, como é o caso da relação de trabalho, em virtude do poder de direção do empregador fundamentado no direito de propriedade, também assegurado na Lei Maior (art. 5º, inciso XXII).

Primeiramente, analisar-se-á o direito da personalidade em questão, para depois fazer-se um contraponto entre os dois principais elementos informadores do contrato de trabalho: a subordinação jurídica do empregado e o poder de direção do empregador, identificando-se a colisão entre o direito à intimidade e à vida privada de um e o direito de propriedade de outro.

A seguir, estabelecer-se-ão as regras genéricas e abstratas para a solução do conflito de direitos, para possibilitar a análise específica das revistas pessoais.

* *Procuradora-Geral do Ministério Público do Trabalho (biênio 2003/2005). Especialista (Pós-Graduação "Iato sensu") em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre e Doutoranda em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora Licenciada da PUC/SP. Vice-Presidente da ANPT – Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (biênio 2000/2002).*

Por último, serão brevemente estudadas as formas de combate das lesões aos direitos da intimidade e da vida privada, em especial no que diz respeito às revistas pessoais, pelo Ministério Público do Trabalho.

É importante ressaltar que este estudo pretende fornecer embasamento constitucional para a abordagem da matéria, que normalmente é tratada pelos doutrinadores nos limitados contornos do Direito do Trabalho. A idéia é, portanto, privilegiar o enfoque publicístico, pois em questões que envolvem os direitos humanos fundamentais, a proteção constitucional é que deverá sempre nortear a solução de quaisquer controvérsias.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

É incontestável que a mais ampla e efetiva proteção do direito à intimidade, no Brasil, foi trazida pela Lei Fundamental de 1988, no seu art. 5º, inciso X. No mesmo dispositivo, protege-se, também, o direito à vida privada, deixando clara a intenção do constituinte em diferenciá-los.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior dimensiona com precisão o alcance desses dois bens da personalidade. Para ele, a intimidade “é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros”, enquanto a vida privada abrange “situações em que a comunicação é inevitável (em termos de relação com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros”. A principal diferença, segundo o autor, é que a intimidade não compreende qualquer forma de repercussão na sociedade, enquanto que a vida privada, muito embora comporte situações de opção pessoal, envolve, necessariamente, a comunicação com terceiros, ainda que do círculo muito próximo.¹

A mera garantia do direito à vida privada, portanto, já compreenderia a proteção da intimidade, posto que esta está contida naquela. Ocorre que o constituinte de 1988, depois de uma ditadura militar, tinha como preocupação instaurar um verdadeiro Estado Democrático de Direito e, para isso, teve uma atenção especial em relação aos direitos humanos fundamentais, tão vilipendiados no regime totalitário que se encerrava. Daí a sua “insistência” em assegurar mais de uma vez um mesmo direito e sempre de forma detalhada, para não dar espaço a interpretações restritivas. E, ainda, incluiu a proteção desses bens da personalidade no núcleo imodificável do Texto Constitucional, transformando-o em cláusula pétrea, a teor do que dispõe o art. 60, § 4º.

O legislador ordinário, no art. 21 do Novo Código Civil, estipula que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

1 Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo: RT, v. 1, p. 143, out./dez. 1992.

A proteção infraconstitucional, portanto, está em absoluta consonância com a Lei Maior, sendo irrelevante – nos termos do exposto acima – a menção única e exclusiva da tutela da vida privada, já que a intimidade está nela contida.

Pela própria natureza das revistas pessoais, o direito à intimidade é o que mais poderia sofrer ataque, razão pela qual este direito da personalidade é que será aqui estudado. Tal delimitação, no entanto, não exclui o direito à vida privada, de maneira que todas as considerações tecidas terminarão, em última instância, atingindo tanto o direito à intimidade, quanto o direito à vida privada.²

3 ALCANCE NA RELAÇÃO DE EMPREGO

Por ser direito da personalidade, intrinsecamente relacionado com o direito à liberdade e à vida e com a dignidade humana, a intimidade nunca se dissocia do indivíduo e o acompanha em todas as suas atividades.

Logo, numa relação de emprego, ainda que o poder de direção do empregador seja incontestável, encontrando fundamento em outro direito humano fundamental, qual seja, o direito de propriedade, não há como negar a sua ampla incidência no que diz respeito aos trabalhadores. Mesmo que se encontrem em patamar hierarquicamente inferior em relação aos empresários, o poder de mando encontrará limites no exercício dos direitos humanos fundamentais.

Antonio E. Pérez Luño, ao analisar a liberdade de expressão, considera que “a mudança do Estado liberal ao Estado social de Direito acarretou, (...) a extensão da incidência dos direitos fundamentais a todos os setores do ordenamento jurídico e, portanto, também ao centro das relações entre particulares. Parece um paradoxo, por exemplo, que o reconhecimento do direito fundamental à liberdade de expressão pela regra constitucional pudesse ter reduzida sua aplicação à exigência de que o Estado permita a livre difusão de opiniões, mas consentisse as pressões sobre a liberdade de pensamento ou idéias ou a proibição de manifestá-las, exercida por um empresário em relação aos seus empregados”.³

2 Estudando o direito comparado, verifica-se que os sistemas jurídicos da Espanha e de Portugal, por exemplo, asseguram constitucionalmente apenas o direito à intimidade. Em ambos os países, tanto a doutrina, como a jurisprudência, consideram também protegido o direito à vida privada. Pode-se, inclusive, concluir que as expressões são utilizadas indistintamente.

3 No original, “*el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho haya supuesto (...), la extensión de la incidencia de los derechos fundamentales a todos los sectores del ordenamiento jurídico e, por tanto, también al seno de las relaciones entre particulares. Parece un contrasentido, por ejemplo, que el reconocimiento del derecho fundamental a la libertad de expresión por la normativa constitucional pudiera ver reducida su aplicación a la exigencia de que el Estado permita la libre difusión de opiniones, pero consentiera las presiones sobre la libertad de pensamiento e ideas o la prohibición de manifestarlas, ejercitada por un empresario en relación con sus asalariados*” (tradução livre). *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 23.

Assim, de forma análoga, pode-se afirmar, em relação ao objeto deste estudo, que de nada adiantaria o Estado respeitar o direito à intimidade dos indivíduos, se não houvesse mecanismos que impusessem esse mesmo dever aos empresários, no âmbito das relações laborais, bem como aos particulares e à sociedade como um todo.⁴

3.1 O contrato de trabalho

No mundo contemporâneo, a *subordinação* é a característica mais importante no desenvolvimento do trabalho. E só há subordinação, ou seja, o empregador só pode impor suas ordens ao empregado, que as acata, porque ele (empregador) é o detentor do poder de direção: são os dois lados da mesma moeda.

Maurício Godinho Delgado explica tal fato, com precisão, afirmando que “liberdade e vontade são traços distintivos marcantes entre o padrão contemporâneo de relação de produção e o padrão antigo e medieval. (...) Se a ausência da liberdade no interior da relação servil ou escrava conduzia à emergência da sujeição como critério de vinculação entre o titular do meio de produção e o produtor/trabalhador envolvido, não será esse o efeito constatado no sistema produtivo contemporâneo. É que a presença da liberdade/vontade no interior da relação empregatícia afasta a possibilidade do uso do critério do simples comando/obediência, do critério da sujeição como padrão de relacionamento direto empregado/empregador no mundo atual. Inviabilizado o critério fundado na coerção, por incompatibilidade com o trabalho livre, constrói-se (...) o critério da subordinação objetiva, dirigida à forma de prestação do trabalho, sem interferência na vida e liberdade pessoal do trabalhador”.⁵

A essência do sistema capitalista, instalado na maioria das sociedades do mundo contemporâneo, está exatamente na propriedade: enquanto os trabalhadores dispõem tão-somente da sua “força de trabalho”, os capitalistas são os detentores dos meios de produção. É certo que esta noção de “propriedade”, nos dias de hoje, confunde-se com a noção de “controle”, mas isso não a descaracteriza. Até porque, no direito do trabalho, não importa identificar exatamente quem é o “dono” do

4 Claude-Albert Colliard afirma que o empregado conserva a liberdade de sua vida privada e tem direito ao respeito à sua personalidade. Cita como exemplo uma decisão judicial, envolvendo uma companhia aérea, na qual a cláusula de contrato de trabalho que impunha o celibato aos comissários de bordo foi considerada nula. Na referida decisão, destacou-se que o direito ao casamento é um direito individual de ordem pública que não pode ser limitado, nem alienado *dados* da referida decisão: Cour de Paris, 30 avr.1963, D. 1963, p. 428, note A. ROUAST, et Rec. Sir., 1963, p. 179, note TOULEMON. *Libertés publiques*. 4. ed. Paris: Daloz, 1972, p. 650.

5 *O poder empregatício*. São Paulo: LTr, 1996, p. 140.

6 Nesse sentido, a criticada definição de empregador dada pelo art. 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, estaria absolutamente adequada. Segundo Evaristo de Moraes Filho, “o conceito de empresa não coincide totalmente (...) com o conceito de empregador, mas é inegável que no mundo moderno a mais importante das manifestações de emprego privado é aquela que se reveste

emprego, pois prevalece o princípio da despersonalização do empregador. Por tal motivo, a relação verdadeira e real estabelece-se entre os trabalhadores e a empresa,⁶ que, no desenvolvimento da relação laboral, faz-se representar por meio de vários “prepostos”.⁷ É irrelevante, portanto, para o âmbito das relações laborais, identificar a pessoa do “proprietário” ou a pessoa do “controlador”.

Tarso Genro chegou a afirmar que “não é possível desvincular a disciplina do trabalho, no mundo ocidental burguês, da questão do direito de propriedade. A forma com que é exercida a repressão para a obtenção da disciplina e a possibilidade de levar às últimas conseqüências a defesa da propriedade (e evidentemente de seu rendimento) fez com que Pontes de Miranda escrevesse, referindo-se ao texto constitucional: ‘Basta que uma partícula de patrimonialidade exista para que o texto seja respeitado’”.⁸

É o sistema capitalista, portanto, que dá ênfase à propriedade. Conseqüentemente, ela deve ser considerada o principal fundamento do poder diretivo do empresário. No entanto, a Constituição Federal protege apenas a propriedade que cumprir com sua função social (art. 5º, inciso XXIII).

A função social, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, não se limita à mera vinculação do destino produtivo do bem. Para ele, “à expressão ‘função social da propriedade’ pode-se também atribuir outro conteúdo, vinculado a objetivos de Justiça Social; vale dizer, comprometido com o projeto de uma sociedade mais igualitária ou menos desequilibrada – como é o caso do Brasil – no qual o acesso à propriedade e o uso dela sejam orientados no sentido de proporcionar ampliação de oportunidades a todos os cidadãos independentemente da utilização produtiva que por ventura já esteja tendo”.⁹ Nessa linha de raciocínio, Bandeira de Mello afirma que, para dar efetividade a essa segunda acepção da função social da propriedade, seria legítima, por exemplo, a legislação que instituisse normas “defensivas da melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, como a participação dos empregados nos frutos, ou nos lucros de qualquer empreendimento promovido por pessoa jurídica ou física com o concurso de assalariados”.¹⁰

na forma de empresa”. *Do contrato de trabalho como elemento da empresa*. Ed. fac-similada, São Paulo: LTr-Edusp, 1993 (original de 1957), p. 240. E o fato de constar do art. 2º, § 1º, da CLT, a “equiparação” a empregador de entidades sem fins lucrativos, como as instituições de beneficência e associações recreativas, dentre outras, não descaracteriza a atividade econômica, em virtude da incontestável existência de produção de serviços, para satisfação das necessidades dos homens. Délio Maranhão e Luiz Inácio B. Carvalho. *Direito do trabalho*. 17. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997, p. 86. Por isso que a assunção dos riscos não pode ser considerada elemento essencial da relação de emprego, como visto.

- 7 Exatamente nesse sentido, já lecionava, em 1957, Evaristo de Moraes Filho, ao afirmar que “a propriedade privada continua a mesma, o que se deu foi uma simples dissociação entre a propriedade do negócio e a sua gestão, solucionável diretamente dentro do instituto jurídico da representação”. Op. cit., p. 51.
- 8 *Introdução à crítica do direito do trabalho*. Porto Alegre: L&PM, 1979, p. 61.
- 9 Novos aspectos da função social da propriedade. In: *Revista de Direito Público*, São Paulo: RT, v. 84, p. 44, out./dez. 1987.
- 10 Op. cit., mesma página.

Sob a perspectiva da ordem econômica, Eros Grau afirma que é exatamente no perfil dinâmico do direito de propriedade que, em relação aos bens de produção, a função social se materializa. Para ele, “os bens de produção são postos em dinamismo, no capitalismo, em regime de empresa, como função social da empresa”.¹¹ Em razão disso, “o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte de inspiração de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade”.¹²

Ao servir como fundamento do poder de direção do empregador, a sua propriedade, genericamente garantida no art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, deve amoldar-se aos princípios da atividade econômica traçados na Carta Política de 1988, no seu art. 170. Para Eros Grau, portanto, a proteção constitucional do art. 170 condiciona o exercício do direito de propriedade à justiça social, fazendo com que esse direito devidamente exercitado sirva de “instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna”.¹³

Ao buscar a compatibilização entre o direito de propriedade e a intimidade, tenta-se proporcionar uma “trégua” ao constante embate entre o capital e o trabalho, típico das sociedades capitalistas contemporâneas. Ademais, considerando-se que o Direito do Trabalho vem perdendo espaço na regulamentação estatal em virtude dos percalços por que passa a economia mundial, os direitos humanos fundamentais podem e devem funcionar como parâmetro para aferir a delimitação do fenômeno da flexibilização e da desregulamentação.

Assim, passa-se a estudar, a seguir, as formas para a harmonização desses direitos.

4 COLISÃO DE DIREITOS

O conteúdo dos direitos que integram o rol dos direitos humanos fundamentais é bastante amplo. Muitas vezes, na efetivação de um deles, pode acontecer o confronto direto com um outro, que tem, no ordenamento jurídico (normalmente, na Constituição), o mesmo patamar hierárquico. Ocorrerá, então, a chamada colisão de direitos. Para J. J. Gomes Canotilho, esse fenômeno surge “quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”, dando ensejo a “um autêntico conflito de direitos”.¹⁴

11 *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 254.

12 *Op. cit.*, p. 255.

13 *Op. cit.*, p. 257.

14 *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1996, p. 643.

O confronto pode, segundo Canotilho, ocorrer de duas formas: (i) o exercício de um direito choca-se diretamente com o exercício de um outro direito e (ii) o exercício de um direito entra em confronto com um bem jurídico (coletivo ou do Estado) protegido pela Constituição.

No primeiro caso, a colisão envolve diretamente os titulares dos direitos. Para Edilson Pereira de Farias, esse choque se caracteriza “quando o *tatbestand* (pressuposto de fato) de um direito interceptar o pressuposto de fato de outro direito fundamental”.¹⁵ Por exemplo, no caso da elaboração e publicação de caricaturas ofensivas, o direito de expressão (art. 5º, inciso IX) poderá entrar em atrito com o direito à imagem (art. 5º, inciso X). No âmbito da relação de trabalho, quando o empregador, fundamentado no direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII) e para verificação de eventual furto de mercadoria por ele produzida ou comercializada, exigir que seus empregados submetam-se às revistas pessoais, poderá estar afrontando a intimidade deles (art. 5º, inciso X).

No segundo caso, a colisão envolve o titular do direito (indivíduo) e a coletividade e/ou o Estado, que salvaguarda um determinado bem jurídico, cuja preservação é fundamental para a comunidade. Segundo Canotilho, “não se trata de qualquer ‘valor’, ‘interesse’, ‘exigência’, ‘imperativo’ da comunidade, mas sim de um bem jurídico. Exige-se, pois, um objecto (material ou imaterial) valioso (bem) considerado como digno de protecção, jurídica e constitucionalmente garantido”.¹⁶ Por exemplo, o bem “meio ambiente” (art. 225) pode colidir com o direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII), assim como o bem “saúde pública” (arts. 6º e 196) pode chocar-se com o direito de livre locomoção (art. 5º, inciso XV).

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

Em alguns casos, a própria Constituição dá a solução para o conflito. Por exemplo, o direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII) convive com a possibilidade de desapropriação, condicionada esta última à necessidade ou utilidade pública, ou ao interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro (art. 5º, inciso XXIV). O Texto Constitucional compatibiliza a inviolabilidade da correspondência (art. 5º, inciso XII) com o bem “defesa nacional”, autorizando a restrição daquele direito em épocas de conturbação social, como no estado de sítio (art. 139, inciso III). O mesmo ocorre com a liberdade de associação (art. 5º, inciso XVII), que se harmoniza com o bem “segurança pública”, posto que o próprio constituinte proíbe associação com caráter paramilitar.

Em outros casos, o constituinte remete à lei ordinária a possibilidade de solucionar a colisão, por vezes autorizando a restrição do direito. Por óbvio, a lei

15 *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de informação e expressão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 93.

16 Op. cit., p. 644.

infraconstitucional sempre deverá observar a essência do direito, sob pena de padecer do vício de inconstitucionalidade. A inviolabilidade das comunicações telefônicas, por exemplo, pode ser quebrada, por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, na forma que a lei estabelecer (art. 5º, inciso XII e Lei nº 9.296/96). A liberdade de profissão deve observar a regulamentação constante de lei ordinária, no que diz respeito à qualificação profissional necessária (art. 5º, inciso XIII).

As colisões apontadas acima, a título exemplificativo, têm um ponto em comum: em todas há uma fórmula genérica para a solução do conflito, seja ditada pela própria Constituição Federal, seja ditada pela legislação ordinária, conforme autorização expressa do constituinte.

Contudo existem outras colisões, que se originam do exercício efetivo do direito mas que não encontram solução em fórmulas predeterminadas. Nesses casos, apenas mediante a análise do caso concreto é que se poderá verificar qual dos direitos deve sofrer restrição.

Nesse sentido, Vidal Serrano Nunes Jr. afirma que “a questão a merecer maior atenção é exatamente aquela em que os direitos colidentes permanecem ao desabrigo de anterior previsão constitucional, isto é, quando o conflito normativo, no qual se encartam diferentes direitos constitucionais, não advém da abstração regulamentar da norma, mas surge no exercício convergente de dois direitos que, em certa medida, passam a se antagonizar”.¹⁷

Ainda que esse tipo de colisão surja apenas quando do exercício efetivo do direito, para a sua solução, é imprescindível traçar algumas regras básicas, ou seja, alguns critérios de compatibilização entre os direitos envolvidos.¹⁸

Em primeiro lugar, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira excluem, do âmbito das colisões, as formas de exercício dos direitos que não têm respaldo constitucional. Não haveria confronto entre a liberdade de expressão e o direito à honra, por exemplo, nos casos de calúnia, injúria ou difamação, pois a proteção da liberdade de expressão não abrange o “direito à calúnia, injúria ou difamação”.¹⁹ Seguindo essa linha de raciocínio, a liberdade religiosa não compreende o direito de efetuar sacrifícios

17 *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1998, p. 21.

18 Edilson Pereira de Farias faz uma diferenciação entre conflito de regras e colisão de princípios. Tal diferenciação, no entanto, não tem relevância para o presente estudo, pois o próprio autor admite que o conflito de regras não se presta a solucionar conflitos entre as liberdades públicas. Para ele, estabelecido o atrito entre duas regras para verificação de qual delas deverá prevalecer, é necessário lançar mão de três critérios: o cronológico (prevalecerá a regra mais recente), o hierárquico (prevalecerá a regra hierarquicamente superior) e o da especialidade (prevalecerá a regra especial, em detrimento da geral). Ocorre que, para as liberdades públicas, as regras normalmente encontram-se na Constituição, sendo ambas da mesma época, possuindo a mesma hierarquia. Ademais, uma de suas características é exatamente o grau de generalidade. Op. cit., p. 95-96.

19 *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991, p. 136.

humanos, o direito de propriedade não exime o titular do pagamento de impostos, o direito de greve não justifica a destruição do maquinário da empresa, o direito à educação não autoriza o ensinamento de doutrinas racistas, etc. Estes casos estão mais próximos das limitações de ordem interna, inerentes ao direito propriamente dito e que envolvem o *abuso* do seu exercício, do que das limitações de ordem externa, ou seja, das colisões de direitos.

Apenas depois de identificada a existência de verdadeira colisão, é que deverá ser feito o que Canotilho chama de juízo de ponderação ou valoração de prevalência. Para ele, é patente a “necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro (...). Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que outro (...), ou seja, um direito (...) prefere (...) outro (...) em face das circunstâncias do fato”.²⁰

Para concretizar esse juízo de ponderação, Canotilho, juntamente com Vital Moreira, afirma que a primeira e principal regra é a da *máxima observância* e da *mínima restrição*, de maneira que se estabeleça, durante o exercício concreto dos direitos colidentes, uma relação de conciliação. Por não ser possível restringir um direito de forma abstrata, é que o juízo de ponderação deverá ser efetivado num caso específico,²¹ pois a restrição de um direito só encontrará justificativa na necessidade ou na importância da prevalência do outro direito.

Ainda objetivando o mínimo sacrifício dos direitos envolvidos numa colisão, Edilson Pereira de Farias afirma que a ponderação deve ser embasada em três princípios doutrinários:²²

a) *princípio da unidade da constituição*, pois os diversos preceitos que compõem o texto constitucional devem ser interpretados como um todo, e não isoladamente;

b) *princípio da concordância prática*, pois a interpretação dos preceitos constitucionais, objetivando efetiva harmonização, deve alcançar a concretização máxima dos direitos envolvidos e

c) *princípio da proporcionalidade*, a prevalência de um direito em detrimento de outro deve ser absolutamente necessária para a solução da colisão existente.

A consideração concomitante desses critérios amplos e genéricos servirá como vetor para solucionar o atrito que, por ventura, possa vir a existir entre direitos constitucionalmente assegurados, integrantes do rol das liberdades públicas.

20 Op. cit., p. 646-647.

21 Op. cit., p. 134.

22 Op. cit., p. 98.

As revistas pessoais demonstram a existência desse conflito, no desenvolvimento da relação de emprego, conforme analisar-se-á, a seguir.

5 PROPRIEDADE *VERSUS* INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

A legislação trabalhista brasileira não tem uma tutela específica para a salvaguarda dos direitos da personalidade do trabalhador no contrato de trabalho.²³ Por tal motivo, em todas as hipóteses nas quais esses direitos podem ser atacados, prevalece, ainda que genérica, a proteção constitucional, insculpida no art. 5º, inciso X.

Essa generalidade é a principal virtude do ordenamento jurídico brasileiro, pois possibilita que todas as situações que envolvam esses bens da personalidade se adaptem à previsão normativa constitucional, sem sofrer eventual engessamento provocado pelo legislador ordinário.

É, portanto, o grau de generalidade da proteção constitucional que permite solucionar, com maior acerto, a colisão entre os direitos do empregador e do empregado. Isso porque, como visto quando do estudo das regras básicas para a solução da colisão de direitos, é imprescindível a análise do caso concreto. Assim, com o regramento constitucional genérico, mais a doutrina, a jurisprudência, o direito comparado e a analogia, é possível tutelar, nos dias de hoje, o direito à intimidade do empregado, no Brasil, sem a necessidade de um diploma legal específico.

Aliás, não há polêmica, na doutrina, sobre a incidência e eficácia dos direitos da personalidade²⁴ na relação laboral. Márcio Túlio Viana, como já visto, coloca os direitos integrantes do rol das liberdades públicas como limites ao poder diretivo do empregador. Para Gloria P. Rojas Rivero, “embora os direitos fundamentais devam (...) ser considerados à luz do contrato de trabalho, desconhecê-los suporia atentar contra a própria Constituição”.²⁵

23 O art. 483, da CLT, autoriza a rescisão indireta em algumas hipóteses que poderiam estar ligadas com tais direitos. Como, por exemplo, a constante da alínea *e*, que cuida do direito à honra. Indiretamente, as disposições constantes das alíneas *a*, *b* e *c* também dizem respeito a tal matéria, pois envolvem a higidez psíquica e moral do trabalhador. Já a disposição da alínea *f* cuida tão-somente da sua integridade física. A legislação infraconstitucional, além de ser excessivamente específica, restringindo sobremaneira as hipóteses de tutela dos direitos da personalidade, no âmbito da relação de emprego, limita-se a autorizar a rescisão do contrato de trabalho, por justa causa do empregador.

24 Manuel Carlos Palomeque López e Manuel Álvarez de la Rosa consideram que os direitos da personalidade do trabalhador são direitos constitucionais laborais “inespecíficos”, por serem atribuídos, em geral, a todos os cidadãos, independentemente de estarem numa relação laboral, ou seja, independentemente de serem empregados. Para eles, trata-se de direitos do “cidadão-trabalhador”, que são exercidos como “trabalhador-cidadão”. *Derecho del trabajo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1995, p. 142-143.

25 No original, “*aunque los derechos fundamentales deben (...) ponderarse a la luz del contrato de trabajo, desconocerlos supondría atentar contra la Constitución misma*” (tradução livre). *Libertad de expresión del trabajador*. Madrid: Trotta, 1991, p. 39.

É inegável que existem algumas peculiaridades na relação de trabalho, pois é patente a posição de subordinação do trabalhador em relação ao patrão. Mas a simples condição de empregado, segundo Antonio Martín Valverde, Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez e Joaquín García Murcia, “não é incompatível com o *status* de cidadão, dentro ou fora do marco delimitado por sua prestação de serviços. Essa afirmação é extensível a todos e a cada um dos direitos fundamentais”.²⁶

Os juslaboralistas espanhóis afirmam que o reconhecimento dessa cidadania acarreta, para o empregador, uma dupla situação: primeiro, restringe o exercício do seu poder de direção, que sempre deverá limitar-se a esses direitos, intrinsecamente relacionados à dignidade da pessoa humana; segundo, impõe-lhe obrigações no sentido de facilitar a tutela e a promoção desses direitos.²⁷

O grande balizamento, portanto, da compatibilização entre o direito de propriedade do empregador e o direito à intimidade do empregado está no princípio da *dignidade da pessoa humana*.

5.1 Revistas pessoais

No Brasil, a regulamentação legal e específica sobre as revistas pessoais encontra-se no art. 373-A, inciso VI, da CLT, que estipula o seguinte: “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: (...) proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias”.

A proteção legal é extremamente limitada. Primeiro, porque restringe a tutela à mulher, ferindo o princípio da isonomia, já que qualquer pessoa pode ser vítima de revista que cause lesão à sua intimidade. Segundo, porque a expressão “íntima” faz supor um ataque mais direto e brutal à intimidade (revistas no corpo do empregado), quando a revista pessoal ainda que não acintosa pode, sim, ferir a intimidade (revistas em objetos de uso pessoal). Por tal motivo, mesmo que a regra da CLT tenha sido inovadora (referido dispositivo foi incluído pela Lei nº 9.799/99), não é suficiente para garantir uma verdadeira e efetiva proteção, prevalecendo, portanto, a proteção constitucional.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento, “a revista dos empregados vem sendo considerada pelos Tribunais como um direito de fiscalização do empregador. No entanto, se se torna abusiva da dignidade do trabalhador, não encontrará acolhida

26 No original, “no es incompatible con el status de ciudadano, dentro o fuera del marco acotado por su prestación de servicios. Esa afirmación es extensible a todos y cada uno de los derechos fundamentales” (tradução livre). *Derecho del trabajo*. 6. ed. Madri: Tecnos, 1997, p. 622.

27 Op. cit., mesma página.

28 *Iniciación*, 14. ed. São Paulo: LTr, 1989, p. 148.

nas decisões judiciais. Terá que ser moderada, respeitosa, suficiente para que seus objetivos sejam atingidos”.²⁸

Assim, percebe-se que tanto a jurisprudência como a doutrina brasileiras consideram a revista pessoal (aquela realizada tanto diretamente no corpo do empregado, como aquela feita em objetos que ele carrega consigo, como bolsas e sacolas), nos termos do posicionamento de Nascimento, acima transcrito, uma forma de concretização do poder de controle do empregador, no sentido de fiscalizar as atividades desempenhadas pelos empregados.

Nesse sentido, Márcio Túlio Viana²⁹ e Alice Monteiro de Barros³⁰ consideram ideal o modelo italiano, posto que salvaguarda, na medida do possível, o direito à intimidade dos trabalhadores. Para eles:

a) a indispensabilidade para a tutela do patrimônio é o requisito que limita a própria realização da revista, pois em havendo outro tipo de controle (entrada e saída de estoque, filmagens através de circuito interno, colocação de etiquetas magnéticas, vigilância feita por serviço especializado, etc) não há justificativa para a efetivação da mesma;

b) deverão existir fatos concretos, como, por exemplo, a existência de “bens suscetíveis de subtração e ocultação, com valor material, ou que tenham relevância para o funcionamento da atividade empresarial”;³¹

c) sendo imprescindível a realização da revista, esta deverá atender aos seguintes requisitos: só pode ser realizada na saída dos locais de trabalho, mediante um sistema de seleção automática e decorrente de acordo entre o empregador e a representação dos trabalhadores. No caso de ser realizada diretamente no corpo do empregado, “poderá traduzir atentado contra o pudor natural da pessoa, mas dependerá da intensidade do exame. Portanto, considera-se atentatória à intimidade a inspeção a qual exige que o indivíduo se desnude completamente, ainda que perante pessoas do mesmo sexo, e submeta-se a exame minucioso, detalhado, prolongado ou em presença de outros”.³²

A opção da doutrina e da jurisprudência brasileiras em tolerar a realização de revistas pessoais, como expressão do poder de direção do empregador, ainda que com observância de alguns requisitos, não foi feita com base no juízo de ponderação que deve nortear a solução das colisões de direitos.

Interpretando-se a Constituição como um todo e não um dispositivo isolado (princípio da unidade da Constituição), busca-se a harmonização entre os seus preceitos, objetivando a máxima concretização dos direitos (princípio da concordância prática). Dessa forma, ao fazer prevalecer um direito sobre o outro, a

29 *Direito de resistência*. São Paulo: LTr, 1996, p. 233.

30 *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997, p. 73-79.

31 *Op. cit.*, p. 74.

32 *Op. cit.*, p. 75-76.

restrição deve ser proporcional ao valor dos bens envolvidos (princípio da proporcionalidade). Só assim haverá justificativa para a prevalência do outro direito.

Fazer prevalecer o direito de propriedade (art. 5º, XXII, CF), permitindo-se as revistas pessoais, causa lesão aos seguintes valores constitucionais:

a) direito à intimidade (art. 5º, X): há intromissão em área exclusiva, reservada para si pelo trabalhador;

b) direito à honra (art. 5º, X): prejudica-se tanto o sentimento de auto-estima, como o conceito social do trabalhador;

c) princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII): assegura-se o contraditório e a ampla defesa aos acusados (art. 5º, LV), mas não aos simples “suspeitos”;

d) princípio da igualdade (art. 5º, *caput*): privilegia-se o empregador, autorizando-lhe a tomar medida para defesa de seu patrimônio que nenhuma outra pessoa pode adotar e prejudica-se o empregado, pelo simples fato de encontrar-se numa relação de subordinação;

e) princípio da exclusividade do Estado no exercício da função policial (art. 144): o “poder de revistar” é típica função da polícia e, se é exercido pelo empregador, assume característica de “polícia privada”.

Ademais, é incontroverso que as revistas pessoais, pela sua própria natureza, são atentatórias à dignidade da pessoa humana, considerada pelo constituinte fundamento da República Federativa do Brasil, consoante dispõe o art. 1º, inciso III, da Carta Política de 1988.

A prevalecer o entendimento adotado pela doutrina e jurisprudência, estar-se-á negando a premissa idealizada por Canotilho e Moreira, segundo a qual, no confronto entre direitos, deve-se encontrar formas para se buscar a máxima observância e a mínima restrição, pois privilegia-se um único direito fundamental (direito de propriedade) em detrimento de muitos (direito à intimidade, à honra, princípio da presunção da inocência, da igualdade da atividade policial exclusiva estatal, da dignidade da pessoa humana). Ademais, nem a propriedade é assim um direito tão absoluto, pois o próprio constituinte só protege aquela que cumpre a sua função social.

Conseqüentemente, é possível afirmar que, na efetivação de um juízo de ponderação teórico, as revistas pessoais não devem ser admitidas pela ordem jurídica brasileira.

6 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Por tratar-se de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da Constituição Federal), o Ministério Público é a instituição que, por excelência, tem o poder-dever de salvaguardar e proteger os direitos humanos fundamentais.

Primeiro, porque esses direitos, uma vez “constitucionalizados”, indubitavelmente integram o conceito de *ordem jurídica*. Segundo, porque funcionam como um dos pilares de sustentação do *regime democrático*. E terceiro, porque, numa sociedade tecnológica e de massas como a atual, têm forte *interesse social*.

Ademais, em se tratando do direito à intimidade, especificamente, é incontestável tratar-se de típico *direito individual indisponível*, diretamente relacionado com o direito de liberdade, com o direito à vida e, em especial, com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, como já destacado.

Por consequência, o Ministério Público do Trabalho, ramo do Ministério Público que atua em situações e controvérsias decorrentes das relações laborais (art. 128, I, *b*, da Constituição Federal), poderá lançar mão de todos os instrumentos que a Constituição e a legislação infraconstitucional colocam à sua disposição, para desincumbir-se da importante tarefa que o constituinte lhe reservou, qual seja a de zelar pela ordem jurídica, pelo regime democrático e pelos interesses sociais e individuais indisponíveis, no âmbito da relação de emprego.

A atuação do Ministério Público justifica-se, portanto, pela própria natureza da relação de emprego, já que a desigualdade entre as partes é patente. Em se tratando da salvaguarda do direito à intimidade dos trabalhadores na relação de emprego, o *Parquet*, como defensor da sociedade, terá a prerrogativa de verificar se há justificativa para a realização de revistas pessoais e se os métodos utilizados não atentam contra a intimidade dos trabalhadores.

Essa atuação não representa “intromissão” ou “interferência” no direito de propriedade do empregador, até porque, como direito integrante do rol dos direitos humanos fundamentais, também deverá ser protegido pelo Ministério Público do Trabalho. Exatamente por tal motivo, o empregador deverá colocar à disposição do *Parquet* todos os métodos de controle que utiliza, para verificar se são atentatórios aos direitos da personalidade do trabalhador. Afinal, e repita-se, a propriedade, nos termos dos arts. 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III, deverá observar a função social.

A própria Constituição Federal reserva ao Ministério Público o instrumental necessário para a tutela dos direitos humanos fundamentais: o inquérito civil e a ação civil pública (art. 129, inciso III).

6.1 Inquérito civil

Por meio do inquérito, o *Parquet* Trabalhista apura a existência de lesão. Segundo Hugo Nigro Mazzilli, trata-se de “investigação administrativa prévia, presidida pelo Ministério Público, que se destina basicamente a colher elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial possa identificar se ocorre circunstância que enseje eventual propositura de ação civil pública”.³³

33 *O inquérito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 54.

O inquérito civil tem outra importante função: se restar demonstrada a lesão, o Ministério Público tem a possibilidade de tomar da empresa investigada Termo de Ajustamento de Conduta, objetivando sua adequação à lei, nos termos do art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85. Desta forma, evita-se o acesso ao Poder Judiciário e a questão pode ser resolvida no próprio Ministério Público.

Os Termos de Ajustamento de Conduta, no caso das revistas pessoais, podem conter cláusula por meio da qual a empresa se abstenha de adotar este tipo de prática discriminatória e atentatória à dignidade da pessoa humana. É possível, também, dar prazo para que a empresa adote outro sistema de controle de material e produtos. Como o referido termo tem força de título executivo extrajudicial, o não-cumprimento implicará pagamento de multa, reversível ao FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador, consoante o disposto no art. 13, da Lei nº 7.347/85. A execução do termo não cumprido dar-se-á perante a Justiça do Trabalho, nos termos do art. 876, da CLT.

6.2 Ação civil pública

Instituída pela Lei nº 7.347/85 e guindada ao *status* constitucional, em 1988, a ação civil pública presta-se a proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos.

Por serem os direitos da personalidade direitos individuais, pode parecer, num primeiro momento, que não seria possível, para sua proteção, utilizar-se da ação civil pública. No entanto, com a evolução dos direitos humanos fundamentais, atingiram novas dimensões e podem se materializar, e com frequência cada vez maior se materializam, em direitos de segunda e de terceira geração (coletivos e difusos, respectivamente).

Por consequência, a ação civil pública é o instrumento que, por excelência, será utilizado pelo Ministério Público do Trabalho para a tutela jurisdicional do direito à intimidade dos empregados.

A atuação do Ministério Público, por meio da ação civil pública ou de qualquer outro instrumento processual, não identifica o trabalhador atingido ou prestes a ser atingido por lesão, evitando que sofra consequências persecutórias típicas, tais como a demissão e as “péssimas referências” (fornecimento de informações a esse respeito para possíveis futuros empregadores). Por tal motivo, faz-se necessária uma tutela coletiva dos direitos da personalidade dos trabalhadores, para que eles tenham esses direitos assegurados, permanecendo nos empregos, sem sofrer pressões.

Ademais, a importância da atuação do Ministério Público do Trabalho é incontestável, porque a tutela que primordialmente objetiva é a efetivação do direito e não a simples reparação pelo dano material ou moral, medida paliativa para “compensar” a lesão já consumada.³⁴ O Ministério Público, no uso de suas atribuições,

34 Neste breve estudo não há espaço para analisar os pedidos de indenização por dano material ou moral, razão pela qual ficará restrito a possibilidade de propositura de ação civil pública para cessação da lesão ao direito à intimidade do empregado.

objetiva evitar a lesão, fazendo prevalecer o direito na sua plena configuração. Por isso que, regra geral, lança mão primeiro do Inquérito Civil, objetivando o ajustamento da conduta. Não logrando este ajustamento, provocará o Poder Judiciário Trabalhista.

É pacífico, na jurisprudência, que as ações civis públicas se prestam a defender direitos da personalidade dos trabalhadores, conforme se depreende das decisões a seguir transcritas:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – REVISTA ÍNTIMA DE TRABALHADORES (PRT 2ª REGIÃO) – Vara do Trabalho de Barueri/SP, Autor: MPT, Réu: Postal Service Mala Direta e Promoções Ltda., Juíza Maria Elizabeth Mostardo Nunes (...). Os motivos trazidos aos autos pelo Ministério Público (autor) demonstram-se relevantes para justificar a antecipação de tutela que ora se concede, nos termos do art. 461, § 3º, do CPC, que é o dispositivo legal que regulamenta a antecipação de tutela que visa à obrigação de não fazer, como a pretendida.

Concede-se a antecipação diante da dificuldade de reparação do dano, caso se confirmem, e repitam, os fatos aduzidos na inicial.

Pelo exposto, os efeitos antecipados são concedidos nos seguintes termos:

a) impõe-se à empresa ré a obrigação de não proceder a qualquer espécie de revista pessoal íntima, com ou sem contato físico, desde já consideradas violadoras da intimidade, honra e da dignidade humanas, em seus empregados atuais ou que venham a pertencer aos seus quadros; (...).” (*Revista do Ministério Público do Trabalho*, São Paulo: Editora LTr, v. 21, ano XI, p. 277, mar. 2001)

“MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO – VIOLAÇÃO À INTIMIDADE – REVISTA ÍNTIMA (TRT 1ª REGIÃO) – RECURSO ORDINÁRIO – TRT/RO – 20.492/01 – Acórdão 7ª Turma. Revista íntima. Ação Civil Pública. A dignidade humana não pode ser suprimida sob pretexto de mera desconfiança generalizada de ameaça ao patrimônio do empregador. Sendo a vida o principal bem do ser humano, a honra lhe segue imediatamente em importância, situando-se acima do patrimônio na escala dos valores. Daí, não poder o empresário, sob o pretexto hipotético de ter seu patrimônio sob ameaça, agredir a honra e a intimidade de seus empregados. A lesão genérica à coletividade de trabalhadores impõe reparo e a ação civil pública é o instrumento adequando à sua proteção.” (*Revista do Ministério Público do Trabalho*, São Paulo: Editora LTr, v. 25, ano XIII, p. 393/395, mar. 2003)

7 CONCLUSÃO

Dentre os direitos da personalidade, a intimidade e a vida privada, protegidos no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, relacionam-se com o “direito ao resguardo”: a primeira identifica-se com a esfera que o indivíduo exclui do

conhecimento de quaisquer outras pessoas; a segunda engloba situações próprias dos indivíduos na relação com outros indivíduos, mas excluídas do domínio público. A diferença fundamental reside na absoluta falta de repercussão dos assuntos respeitantes à intimidade, enquanto por mínima que seja há comunicação dos assuntos condizentes com a vida privada.

Os direitos integrantes do rol dos direitos humanos fundamentais incidem nas relações entre particulares, em especial naquelas em que uma das partes tenha posição de “superioridade” em relação à outra, como na relação de emprego. Nesse caso, esses direitos podem, inclusive, funcionar como medida para limitar a influência da economia, que provocou o afastamento da atuação estatal, de forma que prevaleçam os direitos do cidadão-trabalhador.

A típica relação de “sujeição” no pacto laboral caracteriza-se pela subordinação jurídica do trabalhador e pelo poder de direção do empregador. O poder de direção do empregador encontra seu fundamento no direito de propriedade, conforme o art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, que também lhe impõe como limitação expressa o atendimento da função social (arts. 5º, inciso XXII, e 173, III). Por consequência, o direito implica também encargo, já que, por ser princípio da ordem econômica, a propriedade insere-se no contexto de uma sociedade, envolvendo diversos outros interesses além daqueles exclusivos do proprietário. Esse poder sofre, ainda, limitações quanto ao exercício do direito, tais como o respeito aos direitos da personalidade dos trabalhadores.

Estabelecido o confronto entre o direito de propriedade do empregador e o direito à intimidade e à vida privada do empregado, é necessário buscar regras de compatibilização que visem à máxima observância e à mínima restrição desses direitos. Nesses casos, o juízo de ponderação deve ser efetuado levando-se em consideração os princípios da unidade e da concordância prática da constituição, bem como o da proporcionalidade.

No Brasil, apenas considerando-se a proteção constitucional e as regras para efetivação do juízo de ponderação, todos os conflitos que envolvam o direito à intimidade e à vida privada do empregado e o direito de propriedade do empregador podem ser solucionados. Desnecessária, portanto, a edição de legislação infraconstitucional.

As revistas pessoais não encontram fundamento no poder de direção do empregador, por privilegiarem um único direito, o de propriedade, em detrimento de diversos valores constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana do trabalhador, seus direitos da personalidade, o princípio da presunção de inocência, as garantias dos acusados, o monopólio estatal da segurança.

A atuação do Ministério Público do Trabalho, seja extrajudicial – por meio de inquérito civil – ou judicial – por meio da ação civil pública – é a ideal para evitar a consumação e a perpetuação da lesão e não expõe um trabalhador isoladamente, alcançando todos aqueles que se encontram em situação de ter ferido o direito à intimidade e à vida privada.