XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS

LUCIANA ABOIM MACHADO GONÇALVES DA SILVA

RODRIGO GOLDSCHMIDT

VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS KNOERR

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

E27

Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva , Rodrigo Goldschmidt, Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN:978-85-5505-572-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos sociais. 3. Contrato. 4. Educação. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS

Apresentação

As relações sociais cotidianas, nomeadamente as de trabalho e empresa, vem desafiando novos estudos sobre a eficácia dos direitos fundamentais.

Várias pesquisas, válidas e atuais, lançam luzes sobre os limites da atuação do Estado por sobre o particular, fenômeno que se convencionou chamar de "eficácia vertical" dos direitos fundamentais.

Atualmente, com a gradativa suplantação e instrumentalização do Estado pelo poder econômico empresarial, a temática alçou novos contornos, na medida em que, de forma cada vez mais frequente, constata-se que dito poder vem exorbitando os seus limites no âmbito das relações individuais e coletivas de trabalho, afetando, com isso, a dignidade e a esfera de personalidade do trabalhador.

Os artigos científicos que compõem esta obra coletiva constituem uma possível resposta a essa problemática, procurando oferecer elementos teóricos para compreender as implicações do uso abusivo do poder econômico, bem como elementos práticos para opor limites a este poder nas relações privadas, com o mote de alcançar, na maior medida possível, um salutar equilíbrio entre a empresa e o trabalho humano, a partir de um olhar conforme a Constituição, a qual preconiza a valorização do trabalho, a livre iniciativa e a justiça social.

Nesse diapasão, preconizam a adoção de políticas públicas para promoção do trabalho decente e da máxima efetividade dos direitos humanos dos trabalhadores, inclusive com vistas ao disposto na Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho e seu seguimento, enaltecendo a imprescindibilidade de abolir o trabalho infantil, erradicar o trabalho forçado, eliminar a discriminação e valorizar a negociação coletiva ao lado da liberdade sindical.

Para tanto, os artigos em questão exploram vários marcos regulatórios internacionais, constitucionais e infraconstitucionais, assim como abarcam vários marcos teóricos, v.g., a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a função social da empresa e a função social do contrato. Porém, sem nunca descurar da necessária contextualização social, política, econômica e ambiental.

Agora todo esse material científico, elaborado com esmero e dedicação, depurado pelo debate científico no Grupo de Trabalho constituído para esse fim no âmbito do XXVI Congresso Nacional do CONPEDI realizado em São Luis/MA, de 15 a 17 de novembro de 2017, está à disposição de você.

Boa leitura, boas práticas!

Prof. Dr. Rodrigo Goldschmidt - Unesc

Profa. Dra. Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva - UFS

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ABORDAGEM DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA RELAÇÃO DE EMPREGO

HORIZONTAL EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS: APPROACH TO PERSONALITY RIGHTS IN EMPLOYMENT RELATIONS

Andrea Silvana Fernandes de Oliveira

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar a aplicabilidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais com abordagem nos direitos da personalidade nas relações de emprego, marcada pela desigualdade entre particulares, tendo de um lado o empregador, detentor do poder diretivo e do outro o empregado, hipossuficiente e vulnerável. O sistema brasileiro infraconstitucional de proteção ao trabalhador incorporou os direitos fundamentais trabalhistas de maneira superficial, tendo a Consolidação das Leis Trabalhistas, com raras exceções, se limitado ao plano patrimonial. Essa visão reducionista do legislador infraconstitucional de 1943 foi abandonada pela eficácia dos direitos fundamentais na Constituição Federal do Brasil de 1988.

Palavras-chave: Constitucionalização, Eficácia horizontal, Direitos fundamentais, Direitos da personalidade, Relação de emprego

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of this study is to analyze the applicability of the horizontal effectiveness fundamental rights with approach to the rights personality in the employment relations, marked by the inequality between individuals, having on one hand the employer, holder of the directive power and other the employee, hyposufficient and vulnerable. The Brazilian infraconstitutional system of worker protection incorporated labor fundamental rights superficial way, with the Consolidation of Labor Laws, rare exceptions, limited to the equity plan. This reductionist vision of the infraconstitutional legislator of 1943 was abandoned by the effectiveness of fundamental rights in the Federal Constitution of Brazil 1988.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionalisation, Horizontal efficacy, Fundamental rights, Personality rights, Employment relationship

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo embasar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais realizando uma abordagem acerca dos direitos da personalidade nas relações de emprego. Assim, quando se trata da incidência horizontal das normas constitucionais, pretende-se demonstrar que a vinculação de tais garantias não se dá apenas nas relações de poder que se estabelecem entre o Estado e o cidadão, o que constitui relação do tipo vertical, mas também naquelas estabelecidas entre pessoas e entidades que se encontram em posições, pelo menos em teoria, de igualdade, ou seja, entre particulares.

Nessa perspectiva, a existência de forças sociais, como os conglomerados econômicos, sindicatos, grandes empresas multinacionais, associações patronais, entre outras, exige que se reconheça a aplicação dos direitos fundamentais, também, em face de pessoas e entes privados, tendo em vista o poder que concentram em suas mãos, os quais, incontáveis vezes, oprimem e abusam do cidadão, parte mais frágil, desvirtuando o interesse social na consecução de interesses particulares.

Os direitos fundamentais, compreendendo não apenas os direitos trabalhistas específicos, mas também os direitos dos trabalhadores, relacionados à sua cidadania, como os direitos de personalidade, de informação, de participação na vida da empresa, expressados constitucionalmente como princípios normativos, vivenciados no contexto da empresa, colidem muitas vezes, na sua aplicação, com o chamado "interesse da empresa", representado pelo *"jus variandi"* do empregador, expressando também os valores constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, será o método da ponderação que resolverá o conflito dos princípios normativos em cada caso concreto, quando então valer-se-á do princípio da proporcionalidade.

Os direitos da personalidade concebidos como instrumento de tutela da pessoa, impedem o ataque à esfera privada do indivíduo, não se restringindo somente a isso, mas alcançam novas projeções, regulando casos em que a pessoa relaciona-se com terceiros, como é o caso da relação entre empregado e empregador. O Direito do Trabalho passa a ter uma nova preocupação, na medida em que, além de tutelar os interesse do empregado frente ao empregador, passa a tutelar igualmente a personalidade do empregado em relação a novas práticas adotadas no mercado de trabalho.

Faz-se necessária a análise do dos direitos da personalidade nas relações de trabalho, quais sejam, o direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e à privacidade do trabalhador.

Como elementos metodológicos, foi utilizado o método de abordagem indutivo, haja vista a importância da observação de tudo que envolve o problema, de forma geral, como os mecanismos assecuratórios dos direitos fundamentais atribuídos ao trabalhador, como são instrumentalizados esses direitos, para assim, chegar a determinada conclusão mais específica a respeito desse quadro. O método de procedimento implementado foi o histórico e a técnica empregada foi a documental indireta e bibliográfica, concretizado por meio de pesquisas legais, jurisprudenciais e doutrinárias acerca da temática.

1 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, consagrados pela Constituição Federal de 1988, são direitos assegurados ao cidadão, tanto em sociedade quanto isoladamente, e que objetivam protegê-los da discricionariedade estatal ou outros atos temerários praticados por terceiros.

Verifica-se, portanto, que enquanto as garantias são instrumentos da efetivação dos direitos fundamentais e sendo assim, eminentemente assecuratórios, não estando necessariamente expressos no Texto Constitucional, os direitos fundamentais, propriamente ditos, constam expressamente da Constituição Federal, o que confere aos mesmos, caráter declaratório.

Os direitos fundamentais possuem caráter de norma constitucional, haja vista a sua positivação na Lei Maior. São direitos fundamentais na medida em que estão insertos no Texto Constitucional, tendo passado por declaração do Poder Constituinte Originário para tanto, com fundamento no Princípio da Soberania Popular. A priori, tais direitos possuem eficácia e aplicabilidade imediata, situação que pode ser mitigada conforme os critérios de razoabilidade e proporcionalidade previstos na lei ou a serem arbitrados em determinados casos concretos.

No ordenamento jurídico brasileiro anterior à Constituição Federal de 1988, a distinção entre direito público e direito privado tinha um caráter absoluto, o primeiro dispunha sobre normas de ordem pública, regulando interesses gerais, e o segundo, regulamentava as relações privadas, principalmente no que concerne as questões patrimoniais, representado pelo Direito Civil, Empresarial e Trabalho.

Posteriormente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, modificou os paradigmas estruturais do direito privado, especificamente no que diz ao direito civil e direito do trabalho que vislumbrou a necessidade de interpretá-lo em conformidade com as normas

constitucionais tendo em vista, a irradiação de vetores constitucionais aplicados a todos os ramos do direito. Assim, preceitua Dirley da Cunha Júnior:

> [...] a partir da segunda metade do Século XX, e no Brasil particularmente com o advento da Constituição de 1988, surge o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, com a sujeição de suas normas e institutos aos princípios e regras constitucionais. De fato, valores constitucionais como dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade substancial marcam decisivamente a mudança do Direito Civil contemporâneo. (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 56)

Entende-se que houve uma reformulação de valores pela sociedade, ou seja, os preceitos que antes estavam apenas no Direito Civil e Trabalhista estão agora inseridos na Constituição. É ela quem positiva os direitos concernentes à justiça, segurança, liberdade, igualdade, propriedade, herança, que antes estavam apenas no Código Civil. Um dos pontos que marcam a constitucionalização é que sendo a noção de patrimônio é excluída e substituída, sobretudo, pelo Princípio da Dignidade Humana.

> Mas há dois desenvolvimentos que merecem destaque, pela dimensão das transformações que acarretam. O primeiro deles diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana na nova dogmática jurídica. Ao término da 2a. Guerra Mundial, tem início a reconstrução dos direitos humanos, que se irradiam a partir da dignidade da pessoa humana, referência que passou a constar dos documentos internacionais e das Constituições democráticas, tendo figurado na Carta brasileira de 1988 como um dos fundamentos da República (art. 1º, III). A dignidade humana impõe limites e atuações positivas ao Estado, no atendimento das necessidades vitais básicas, expressando-se em diferentes dimensões. No tema específico aqui versado, o princípio promove uma despatrimonialização e uma repersonalização do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica. (BARROSO, 2005, p. 44)

A segunda questão que marca a constitucionalização do direito civil e trabalhista é a eficácia horizontal nas relações privadas, que surge com intuito de proteger direitos dos indivíduos, uma vez que os direitos fundamentais são oponíveis não só em relação ao Estado, mas também no âmbito das relações privadas, o Supremo Tribunal Federal, demonstrou em suas decisões, dentre elas o RE 201.819/ RJ, 2ª Turma, o entendimento da proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas, estando em situação fática de igualdade, assim expõe Virgílio Afonso da Silva:

> [...] as relações privadas possuem características específicas, havendo necessidade de se ponderar os direitos fundamentais com a autonomia da vontade em jogo, a fim de alcançar um denominador comum com base no princípio da proporcionalidade. Assim, a intensidade de aplicação dos direitos fundamentais não deve ser a mesma estabelecida na relação entre o Estado e o indivíduo, uma vez que o Poder Público é o responsável por gerir o bem comum, sendo os particulares destinatários dessa gerência. (SILVA, 2005, p.87).

Consagra-se que os direitos fundamentais foram construídos originariamente, como direitos do indivíduo frente ao Estado, aonde, inicialmente, esses direitos fundamentais eram exercidos verticalmente, de forma hierarquizada e com caráter de subordinação diante da supremacia do Estado perante o particular. Com o Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais foram estendidos sua atuação nas relações jurídicas entre particulares, para que não ocorra nenhuma desestabilização jurídica.

A aplicação de direitos fundamentais nas relações privadas é conformada pela autonomia da vontade, considerada princípio vetor de todo o direito privado. Assim, os direitos fundamentais não são, para a pessoa do direito privado, comandos como o são para o Estado; são antes condições para que a autonomia da vontade se realize plenamente, garantindo o livre desenvolvimento da personalidade.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, precursor da instituição de todos os direitos fundamentais, nos quais se incluem os direitos da personalidade, mantem ligação imediata, aonde consideram direitos fundamentais gênero, do qual direitos da personalidade são espécies. Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 139), consideram que "os direitos da personalidade estão, inexoravelmente, unidos ao desenvolvimento da pessoa humana, caracterizando-se como garantia para a preservação de sua dignidade."

1.1 Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na Relação de Emprego

Tratando-se dos direitos fundamentais nas relações de emprego, em razão do poder de direção exercido pelo empregador que coloca em risco a eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores, razão pela qual há uma dimensão negativa, isto é, limitadora do poder de direção do empregador para respeitar o exercício dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Dispõe Barroso, a necessidade de aplicação horizontal dos direitos fundamentais é diretamente proporcional à desigualdade das partes envolvidas no conflito. Quanto maior a disparidade entre os sujeitos, maior deve ser a intervenção estatal em favor da parte considerada hipossuficiente.

Em um contrato de trabalho é evidente a desigualdade das partes: o trabalhador necessita vender sua força de trabalho ao empregador, que dirige a prestação pessoal dos serviços, impondo as condições em que o trabalho deverá ser desenvolvido.

Não apenas dos direitos trabalhistas específicos, seja dos direitos individuais, seja dos direitos coletivos, mas também os direitos de cidadania dos trabalhadores, como os direitos de personalidade.

Os direitos de personalidade estão relacionados à inviolabilidade da vida privada dos trabalhadores, hoje traduzida pela liberdade de expressão e opinião, da integridade física e moral, reserva da intimidade da vida privada (a questão da revista), proteção de dados pessoais, controle do uso pelo empregador dos meios de vigilância à distância, com finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador, direito à confidencialidade de mensagens e de acesso à informação, com a garantia da utilização do correio eletrônico (Internet), embora possa o empregado estabelecer regras de utilização desses meios.

A título de jurisprudências prolatados pelo STF no que se refere ao tema discute sobre à expulsão de associado de cooperativa por deliberação da Assembleia Geral, sem que fossem observadas as regras estatutárias relacionadas à ampla defesa.

A controvérsia se estabeleceu em torno do fato de que os próprios associados lançaram desafio público manifestando o desejo de serem julgados pela Assembleia Geral. Apesar de no aludido caso ter sido feita referência ao direito à ampla defesa como derivativo do devido processo legal, o fato é que o próprio estatuto da entidade já fazia referências ao direito de defesa, o que acabou por prejudicar, pelo menos no referido acórdão, a análise acerca de qual corrente tem a preferência da Suprema Corte. Segue o julgado acima referido:

> Cooperativa – Exclusão de associado – Caráter punitivo – devido processo legal. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância do devido processo legal, viabilizando o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair a adoção do processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 158. 215-4. Publicado no DJ em 7 jun 1996).

Em relação à despedida individual, a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (artigo 7º, inciso I, da CF/88) não poderia ser assegurada pelo controle prévio da despedida sob alegação de justa causa, com sindicância interna na empresa, implicando a procedimentalização do poder disciplinar do empregador, em razão do princípio constitucional da presunção da inocência, previsto pelo artigo 5º, inciso LVII, da CF/88, extensivo ao trabalhador, com direito ao contraditório e ampla defesa, sob pena de a empresa ser condenada no pagamento de indenização a ser arbitrada por abuso de direito e por dano moral.

Na despedida em massa ou coletiva, assegurando-se o direito prévio à informação e à negociação coletiva, como princípios catalogados constitucionalmente, bem como por outros

princípios não catalogados, mas assegurados pela ratificação pelo Brasil de convenções pertinentes da OIT, conforme prevê o artigo 5º, § 2º, CF/ 88. A despedida em massa sem a prévia informação e negociação implicaria ilicitude por abuso de direito e por violação da boa-fé objetiva e seus deveres anexos, previstos pelos artigos 187 e 422 do Código Civil, resultando a obrigação de pagar indenização complementar à indenização compensatória já prevista no ordenamento jurídico.

Assim decidiu o Tribunal da 15ª Região, em decisão paradigmática no caso Embraer (processo de dissídio coletivo jurídico nº 00309200900015004-DC), o que levou o TST (processo de dissídio coletivo jurídico nº. TST-ES-207660/2009-000-00- 7) a decidir que as despedidas coletivas doravante devem ser precedidas de negociação entre a empresa e os trabalhadores e seus representantes.

Outro direito fundamental, cuja eficácia é reclamada, é a participação dos trabalhadores na gestão da empresa, conforme previsão do artigo 7º, XI, da CF/88. Em que medida a teoria da empresa, consagrada pelo artigo 966 do Código Civil poderia assegurar a participação dos trabalhadores na gestão da empresa, por meio da via judicial trabalhista, quando o exercício profissional da atividade econômica organizada implica a articulação dos fatores de produção, entre eles a mão-de-obra a exigir a participação dos trabalhadores na sua gestão.

A Segunda Turma da Suprema Corte, um tempo depois, apreciou um outro caso, esta agora envolvendo a aplicação dos direitos fundamentais em relação jurídica travada entre particulares e consistia em uma reclamação trabalhista movida por empregado brasileiro de uma companhia aérea francesa e tinha por objetivo estender as prerrogativas do Estatuto Pessoal da empresa, o qual era aplicado somente aos empregados franceses. O STF, entendendo ter havido uma violação ao princípio isonômico, decidiu da seguinte forma:

> Constitucional. Trabalho. Princípio da igualdade. Trabalhador brasileiro empregado de empresa estrangeira: estatutos de pessoal desta: aplicabilidade ao trabalhador estrangeiro e ao trabalhador brasileiro. C.F., 1967. art. 153,§1º, C.F., 1998, art. 5º, caput.
> I – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita aos empregados de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade (C.F., 1967. art.153,§ 1º, C.F., 1998, art.5º, caput).
> II - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso etc., é inconstitucional. Precedentes do STF: Ag. 110.846 (Ag. Rg) – PR, Célio Borja, RTJ 119-465).
> III - Fatores que autorizam a desigualação não ocorrentes no caso. IV. R.E. conhecido e provido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 161.243 -6. Rel. Carlos Velloso. Publicado no DJ em 19 dez 1997).

Vislumbra-se, portanto, que Supremo Tribunal Federal, embora não tenha se manifestado expressamente, vem se alinhando em favor da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

2 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Pode-se dizer que, os direitos da personalidade originam-se da própria dignidade reconhecida à pessoa humana para tutelar os valores do indivíduo, seja perante outras pessoas, seja em relação ao Poder Público. O Código Civil enumera alguns direitos da personalidade como a integridade física, a honra, a imagem, a intimidade e o nome, sendo essa enumeração não exaustiva, comportando, portanto, o reconhecimento de outros direitos da personalidade nele não expressamente tipificados. Nesse sentido, o editado Enunciado 274, do CJF, aprovado na IV Jornada de Direito Civil:

> Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Os direitos da personalidade, assim como a liberdade pública (direitos fundamentais de primeira dimensão), possuem um caráter absoluto, geram um dever de abstenção (eficácia erga omnes), no sentido de não violar direitos da personalidade alheios.

Assim sendo, dentre os direitos considerados como pertencentes à personalidade do indivíduo, destacam-se o direito à vida, à liberdade, ao nome, à imagem, à honra, às integridades física, moral e psíquica, à vida privada e à proteção da intimidade. Os direitos fundamentais e o direito à personalidade têm como principal objetivo a proteção da dignidade da pessoa humana. Ingo Wolfgang Sarlet define a dignidade da pessoa humana da seguinte forma:

> [...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2001, p. 60).

Os direitos da personalidade alcançaram status de direito fundamental antes do final do Século XX. Inicialmente, foram tratados no inciso X do art. 5º da Constituição, e, no Direito civil, o Código Civil de 2002 introduziu, nos arts. 11 a 21, uma tratativa dessa matéria. No Direito do Trabalho, não há previsão expressa acerca dos direitos da personalidade do empregado, com exceção da matéria das revistas íntimas. Assim, convém traçar o desenvolvimento dos direitos da personalidade de uma maneira geral e, depois, situá-los no campo laboral.

O Código Civil de 1916 não fazia qualquer referência acerca dos direitos da personalidade, o que acabou sendo uma das inovações trazidas pelo atual Código. Assim, pode-se dizer que o Código Civil de 2002 abandonou a antiga concepção patrimonialista e adotou a característica da socialidade. Ou seja, o homem e seus valores passam a ser o enfoque central do direito civil.

Assim conceitua os direitos da personalidade:

> Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do Código Civil como direitos absolutos desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam- -se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos. (GOMES, 1996, p. 130).

Em face de seu caráter essencial, a maior parte dos direitos da personalidade são direitos inatos, como direitos originários que nascem com a própria pessoa, sendo também imprescritíveis, onde a omissão no seu exercício não provoca a extinção do direito.

> Não há, pois, como confundir direitos da personalidade, que todo ser humano possui como razão de ser de sua própria existência, com os atribuídos genérica ou especificamente aos indivíduos, sendo possível a sua aquisição. Assim, o direito de propriedade é constitucionalmente garantido, mas não é dito que todos tenham direito a ela, a não ser mediante as condições e processos previstos em lei. Poderíamos dizer, em suma, que são direitos da personalidade os a ela inerentes, como um atributo essencial à sua constituição, como, por exemplo, o direito de ser livre, de ter livre iniciativa, na forma da lei, isto é, de conformidade com o estabelecido para todos os indivíduos que compõem a comunidade. Como já disse, cada direito da personalidade se vincula a um valor fundamental que se revela através do processo histórico, o qual não se desenvolve de maneira linear, mas de modo diversificado e plural, compondo as várias civilizações, nas quais há valores fundantes e valores acessórios, constituindo aqueles as que denomino invariantes axiológicas. Estas parecem inatas, mas assinalam os momentos temporais de maior duração, cujo conjunto compõe o horizonte de cada ciclo essencial da vida humana. Emprego aqui o termo horizonte no sentido que lhe dá Jaspers, recuando à medida que o ser humano avança, adquirindo novas idéias ou ideais, assim como novos instrumentos reclamados pelo bem dos indivíduos e das coletividades (REALE, 2004, p. 346).

Para que ocorra o exercício dos direitos da personalidade, faz-se necessário garantir ao particular a autonomia privada, a liberdade para exercer sua vontade, faculdade de autodeterminação, sob o respaldo da dignidade da pessoa humana, tem especial função para que essa dignidade seja respeitada e alcançada.

> Cada pessoa é um fim em si mesmo, e em cada homem ou mulher, pulsa toda a Humanidade! Por isso, as pessoas são titulares de direitos inalienáveis, que podem ser exercidos inclusive contra os interesses da sociedade. Num sistema constitucional antropocêntrico, fundado na dignidade da pessoa humana, não parece legítimo resolver possíveis tensões entre a liberdade existencial da pessoa e os interesses da coletividade sempre em favor dos segundos (SARMENTO, 2010, p. 65).

Segundo Alvarenga (2015), a dignidade humana é o núcleo essencial que compõe os direitos humanos, é a fonte ética que confere unidade, sustentáculo e sentido a todo o sistema constitucional brasileiro.

No direito do trabalho, a proteção ao hipossuficiente liga-se com a dignidade humana. Acreditamos que o conteúdo básico do direito do trabalho seja a proteção e a preservação da dignidade do ser humano. Visto que a justiça especializada trabalhista regula o direito social do trabalho, base de qualquer sociedade.

2.1 Direitos da Personalidade na Relação de Emprego

No plano laboral, esta matéria justifica uma reflexão a três níveis: em primeiro lugar, deve ser realçada a importância dos direitos de personalidade do trabalhador no domínio do contrato de trabalho; em segundo lugar, importa atentar nas ideias-força do regime do Código do Trabalho nesta matéria, conjugando-o ainda com as normas do Código Civil em matéria de tutela dos direitos de personalidade e com o regime da Constituição em matéria de direitos fundamentais.

Com efeito, ao lado da dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho também constitui pilar fundamental do Estado Democrático de Direito, conforme disposto no art. 1º, IV, da CF/ 88. O trabalho é direito social, conforme o art. 6º da CF, que deve ser assegurado pelo Estado e dotado de maior eficácia possível. O art. 170 da Carta Magna estabelece que a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho humano e, por fim, o art. 193 prevê que a ordem social tem como base o primado pelo trabalho e pela justiça social. Portanto, como o direito deve nortear-se pelas normas constitucionais, o trabalho humano e o valor social do trabalho devem ser observados na ordem jurídica vigente.

Quanto a classificação dos direitos da personalidade, a doutrina brasileira segue determinada divisão, segundo BARROS (2010, p. 25):

> Filiamo-nos à **doutrina nacional que classifica "os direitos da personalidade" como direito à integridade física** (direito à vida, a higidez corpórea, às partes do corpo, ao cadáver, etc); direito à **integridade intelectual** (direito à liberdade de pensamento, autoria artística e científica e invenção) e **direito à integridade moral**, incluído neste último o direito à **intimidade**, à imagem, à privacidade, à **honra**, à boa fama, à liberdade civil, política e religiosa.

Em relação à vida e à integridade física do trabalhador, há uma obrigação do empregador em manter serviços especializados em segurança e higiene do obreiro. A Constituição Federal, no art. 7º, inciso XXVIII, dispõe que o trabalhador tem direito a um seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, além de uma indenização quando incorrer em dolo ou culpa.

Quanto ao direito ao direito a honra, no direito do trabalho, sempre que o empregador age de forma a atentar contra a reputação, credibilidade ou valor do empregado, o bom nome de que o trabalhador desfruta no meio social, atinge sua honra. Em face da inexistência de norma específica na legislação trabalhista que tutele os direitos de personalidade do empregado, faz-se necessária a aplicação subsidiária do direito comum, autorizada pela norma contida no parágrafo único do art. 8º da CLT.

> Ementa: PROIBIÇÃO AO USO DE BARBA NO TRABALHO. INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL COLETIVO. Não se pode negar ao empregador, em razão do seu poder diretivo, o direito de impor determinados padrões, de exigir dos seus empregados certa forma de se conduzir e de se apresentar no ambiente de trabalho, inclusive no que diz respeito à proibição do uso de barba, bigode, cavanhaque ou costeleta, quando em serviço, o que não se revela como exigência abusiva ou desarrazoada. (BAHIA. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário n. 0073200-78.2008.5.05.0007, da 4ª Turma. Relatora: Desembargadora Graça Boness. Salvador, 07 de julho de 2011. Acesso em: 19 jul. 2017).

De acordo com o art. 20 do Código Civil, a imagem de uma pessoa somente pode ser utilizada se houver consentimento da pessoa interessada ou dos legitimados para o ato e se a exibição for necessária para a administração da justiça ou a manutenção da ordem pública.

No texto constitucional, a proteção da imagem está estampada no art. 5º, inciso V. O STJ entende que somente em situações muito claras deve ser aceito como válido o consentimento tácito em relação à cessão do direito de imagem, devendo ser feita uma interpretação restritiva ao art. 111 do Código Civil. No campo laboral, essa restrição faz-se ainda mais necessária, na medida da irrenunciabilidade dos direitos dos trabalhadores, da assimetria da relação jurídica trabalhista, da hipossuficiência do empregado e, por fim, do

caráter de adesão dos contratos de trabalho. Portanto, há a necessidade do consentimento expresso do trabalhador para uso da imagem, sob pena de configurar violado esse direito com a consequente necessidade de reparação.

No direito do trabalho, tem-se como violada a imagem-retrato quando o empregador divulga à sua empresa nos meios de comunicação, utilizando a imagem do empregado sem prévia autorização, pouco importando se a campanha publicitária enalteça o produto da empresa, a higiene do ambiente de trabalho ou a excelência dos serviços prestados pelos empregados, sendo, portanto, a mera propagação da imagem do empregado suficiente para gerar a reparação por danos morais ao empregado. O Enunciado 14 da Jornada de direito material e processual da Justiça do Trabalho de 2007, regulamentou que:

> O empregador não pode, sem autorização judicial, conservar gravação, exibir e divulgar, para seu uso privado, imagens dos trabalhadores antes, no curso ou logo após a sua jornada de trabalho, por violação ao direito de imagem e à preservação das expressões da personalidade, garantidos pelo art. 5º, V, da Constituição.

Portanto, o empregador que expor o trabalhador indevidamente na mídia viola a honra, a intimidade e a privacidade. Em ocorrendo agressões a esses bens de caráter personalíssimo do indivíduo, nascerá a obrigação de indenizar o trabalhador pelos danos morais sofridos.

No inciso X do art. 5ª da Constituição, o texto resguardou de forma expressa tanto a intimidade quanto a privacidade das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. O art. 21 do Código Civil garante a inviolabilidade da vida privada da pessoa natural, afirmando que o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário ao preceito.

A Corte Europeia de Direitos Humanos instituiu, no art. 8º da sua Convenção, o que a doutrina denominou de "vida privada social", ou seja, que o conceito de vida privada abrange o ambiente de trabalho. O Código de Trabalho de Portugal prevê expressamente a proteção da intimidade e da vida privada do trabalhador no art. 16. Senão, veja-se:

> Art. 16 - Reserva da intimidade da vida privada. Empregador e trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada.
> 2 – direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afetiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas.

No campo laboral, no que se refere à privacidade do trabalhador no ambiente de trabalho, tem-se, no direito brasileiro, a questão das revistas íntimas e da revista pessoal de empregados.

O art. 373-A da CLT autoriza a realização da revista pessoal, resguardada a intimidade do empregado. Embora esse preceito esteja previsto no capítulo da mulher, aplica-se a todos os empregados em geral. Portanto, é viável a revista pessoal dos empregados, porém é necessário atender certos requisitos, tais como o resguardo dos atributos da dignidade da pessoa, a divulgação prévia e adequada e a adoção de meios razoáveis durante a realização do procedimento. Nesse sentido, é o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho:

> Sob o fundamento de que a revista pessoal, por si só, não enseja condenação por danos morais, a Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho rejeitou pedido de indenização formulado em reclamação trabalhista por um empregado que alegava constrangimento em face da revista a que era submetido na empresa Itabuna Têxtil S.A. A Turma, ao decidir, considerou as razões expressas no acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (BA) que, de igual modo, não reconheceu a existência de dano moral no procedimento da empresa, pois a revista, embora diária, era realizada de forma aleatória (por sorteio eletrônico), em local reservado, por funcionário do mesmo sexo.
> Na Segunda Turma, o ministro-relator, José Roberto Freire Pimenta, salientou que o Regional não mencionou nenhuma conduta da empresa que tenha extrapolado os limites do seu poder diretivo e fiscalizatório. Desta forma, o procedimento do empregador não configura prática de ilícito que enseje dano passível de reparação. (DISTRITO FEDERAL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 96400- 38.2007.5.05.0464, 2ª Turma. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta. Brasília, 23 de março de 2012. Acesso em: 2 de jul 2017).

Ainda, na esteira da reserva da intimidade e da vida privada no ambiente de trabalho, surge, no campo laboral, uma outra questão que consiste no controle sobre o conteúdo do correio eletrônico recebido e enviado pelo empregado, bem como o monitoramento dos sites da internet visitados pelos empregados.

Assim, conclui-se que por meio do critério de ponderação de valores e da utilização do princípio instrumental da proporcionalidade, no caso concreto, é possível solucionar conflitos oriundos do direito à intimidade do empregado e do poder diretivo do empregador, avaliando-se a possibilidade de monitoramento do correio eletrônico frente à expectativa de resguardo da intimidade do trabalhador.

2.1.1 Entrevistas vexatórias

As entrevistas responsáveis pela contratação do trabalhador são realizadas ainda na fase pré-contratual. Não é certo que, nessas entrevistas, haja a intromissão na esfera íntima e

privada do candidato ao emprego, pois certos questionamentos podem ferir os direitos humanos fundamentais de personalidade do trabalhador.

Desse modo, as entrevistas devem se ater somente aos fatos profissionais decorrentes das exigências técnicas para o preenchimento do cargo, sendo proibida qualquer diferenciação e discriminação quanto à raça, sexo, cor, crença religiosa e idade. É vedado expor o candidato ao ridículo, protegendo a sua intimidade, dignidade e moral.

2.1.2 Revistas pessoais

No que se refere à revista dos funcionários na entrada e na saída do local de trabalho, vale esclarecer que essa revista representa um procedimento empresarial decorrente do poder diretivo do empregador, tendo por objetivo salvaguardar o patrimônio da empresa e a segurança dos empregados.

No entanto, vale frisar que esse poder não é absoluto, pois a revista deve ser efetivada de forma adequada, razoável e harmônica, em consonância com a preservação à intimidade do empregado. Se a revista não for realizada de forma adequada, ocorrerá abuso de direito e constrangimento irregular por parte do empregador, mais precisamente excesso do poder diretivo.

Nesse quadro, a revista íntima é simplesmente proibida. É o que determina o artigo 5°, inciso X, da Constituição Federal de 1988: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. É assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Também é o que deriva de todos os demais preceitos da Constituição que resguardam a dignidade da pessoa humana, já bastante citados.

Ainda, a própria CLT regulamenta essa questão em norma inserida pela Lei 9.799/99 (artigo 373-A, VI), que proíbe que o empregador execute a revista íntima nas empregadas ou funcionárias. Em face do critério isonômico do artigo 5°, inciso I, da Constituição, não há porque recusar-se a incidência da regra também em benefício dos homens.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A eficácia horizontal, voltada às relações particulares, inibe os detentores de poder social e econômico de mutilarem o garantias e direitos fundamentais mínimos ofertados pela Constituição Federal de 1988. As diferenças gritantes que vem se delineando nas relações entre particulares reclamam uma solução jurídica compatível com a necessidade de tutela da

dignidade da pessoa humana, e para tal, necessário se faz a aplicação direta dos direitos fundamentais existentes em nossa Constituição Federal.

Algumas determinadas organizações privadas, dada a grande diversidade econômica existente, ostentam um poder de mando e sujeição que reclamam as necessárias restrições, que não só podem como devem se consubstanciar na aplicabilidade direta dos direitos fundamentais como opção hermenêutica de proteção à pessoa.

Nesse cenário, há de ser considerada ainda a realidade da sociedade, em especial a brasileira, na qual as diferenças sociais entre os indivíduos são imensas, de modo que a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações privadas pode se qualificar como valioso instrumento de proteção jurídica.

Quantos aos direitos da personalidade a proteção destes não está prevista, de forma expressa, na legislação trabalhista, com exceção da matéria de revistas íntimas, o que diminui o nível de proteção dos direitos da personalidade do trabalhador. Assim, o Código Civil cumpre papel de norma subsidiária. No campo laboral, com o advento das novas tecnologias, inseriu-se, no ambiente de trabalho, novas ferramentas para a prestação dos serviços. O uso do e-mail na atividade empresarial propiciou grandes vantagens, sendo necessária à sua utilização. Porém, evidencia-se um conflito de direitos fundamentais, em razão do poder diretivo do empregador e do direito à intimidade do empregado, no que tange à possibilidade de controle do correio eletrônico utilizado pelo trabalhador. Quanto este aspecto, a jurisprudência admite a possibilidade de monitoramento do correio eletrônico corporativo, ao passo que, quanto ao e-mail pessoal, deve ser resguardada a intimidade do empregado.

Por fim, os direitos da personalidade nas relações laborais têm sido aplicados de maneira incólume, tendo em vista a proteção obreira que orienta as interpretações nas relações de emprego, ao passo que, também há uma orientação jurisprudencial no sentido de mitigar a interpretação da aplicação dos direitos da personalidade nas relações de trabalho, face à subordinação característica da relação laboral.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **A tutela dos direitos de personalidade no Direito do Trabalho brasileiro**. Revista Trabalhista: direito e processo, São Paulo, Ltr, 2008, Ano 7, N. 26, p. 107-126.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado.** 2 ed. São Paulo: LTr, 2009.

BARROSO, Luís Roberto**. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun. 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativo do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro.** Legislação Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/CCivil.htm

_____. Consolidação das leis do trabalho. Decreto-lei nº 5.452, 1 de maio de 1943. **Aprova a consolidação das leis do trabalho.** 104 ed. São Paulo: Atals, 2000. Coletânea de legislação.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 96400-38.2007.5.05.0464, 2ª Turma. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta. Brasília, 23 de março de 2012. Disponível em: http://www.tst.jus.br/web/guest/consulta-unificada. Acesso em: 2 de jul 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 13ed., rev., ampl. e atual. v. 1. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 130.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. **Direito constitucional do trabalho: aspectos controversos da automatização.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Renúncia a direitos fundamentais.** In: Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976. vol I. MIRANDA, Jorge. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade.** Disponível em: http://www.miguelreale.com.br/artigos/. 17 jan 2004. Acesso em: 07 mai 2017

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada**. In: Boletim Científico. Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília , n. 14, p. 167-217, jan/mar, 2005.

_____. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 35. ed. São Paulo: Malheiros. 2016.

SILVA, Virgílio Afonso (org.). **Interpretação Constitucional.** Coleção Teoria & Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.