

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 30/06/2011**

All'indirizzo <http://xn--leggedistabilit2013-kub.diritto.it/docs/31886-dignidade-do-empregado-frente-ao-poder-de-fiscaliza-o-do-empregador>

**Autore: Márcio Rezende**

## **Dignidade do empregado frente ao poder de fiscalização do empregador**

# DIGNIDADE DO EMPREGADO FRENTE AO PODER DE FISCALIZAÇÃO DO EMPREGADOR

Márcio Rezende<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1.Introdução; 2.O poder fiscalizatório do empregador; 2.1 Noção de poder empregatício; 2.2 Fundamento do poder empregatício; 2.3 Natureza jurídica do poder empregatício; 2.4 Manifestações do poder empregatício; 3. A busca pessoal; 4. A dignidade da pessoa humana; 5. A lei da colisão segundo Robert Alexy; 6. Conclusão; 7.Referências bibliográficas.

**RESUMO:** O poder empresarial é uma prerrogativa posta à disposição do empregador que lhe permite melhor gerir a prestação pessoal de serviços do empregado. Tal poder manifesta-se de diversas formas: poder diretivo, organizador, fiscalizatório e disciplinar. No cenário brasileiro a classe empresária, em defesa de direito de propriedade dos meios de produção, tem se valido do poder empregatício para instituir procedimentos de busca tanto no corpo do empregado quanto em seus pertences pessoais. Há norma jurídica que proíbe a prática da revista íntima (art. 373-A, VI da CLT). No entanto, o anteprojeto do Código de Leis trabalhistas revitaliza a discussão em seu art. 40, através da criação de uma regra de precedência dos direitos fundamentais ali instituídos. A questão primordial é que tal regra não infirma a necessidade do sopesamento, bem como é de âmbito restrito ao direito laboral. Além do mais, não menciona proteção à vida privada. Talvez, a solução esteja numa tentativa de fixar a precedência do princípio da dignidade da pessoa humana.

**PALAVRAS CHAVE:** poder fiscalizatório; busca pessoal; dignidade da pessoa humana.

## 1 Introdução

Tem sido freqüente, no cenário nacional, o uso de instrumentos de fiscalização pelo empregador visando defender seu direito fundamental à propriedade. Como instrumento de controle está a revista íntima, uma das formas típicas de busca pessoal de que se tem valido a classe empregadora para fiscalizar e garantir a defesa de seu patrimônio.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Analista Judiciário no Tribunal Regional do Trabalho da 2 Região, Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Membro do Conselho Editorial da Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia e da Revista Jurídica Faculdade de Direito de Patos de Minas (UNIPAM) e Mestrando em Direito Público, cuja linha de pesquisa é Direitos Fundamentais, também pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

Embora a revista íntima esteja expressamente vedada pelo art. 373-A da CLT, o anteprojeto do Código de Leis Trabalhistas retoma a discussão ao permitir a revista íntima não agressiva da intimidade e da integridade física e moral.

Se por um lado a Constituição Federal garante o direito à propriedade, bem como os meios para defendê-la, de outro não se pode descuidar dos direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais está a própria dignidade da pessoa humana.

A solução desta colisão de direitos fundamentais somente pode ser alcançada através da lei da colisão e da técnica do sopesamento.

## **2 O poder fiscalizatório do empregador**

### **2.1 Noção de poder empregatício**

A palavra poder é tratada, em geral, como uma espécie de instituição jurídica que investe seu titular em um status elevado sobre seus pares. Todavia, uma simples análise do vocábulo permite inferir que não se trata do que o censo comum entende. Quando se fala em poder o que se está a referir é um juízo de possibilidade<sup>2</sup>.

Especificamente na relação de emprego, a palavra poder liga-se à posição de chefia e objetiva submeter conduta alheia para que se desenvolva em concordância com o desejado pelo detentor do poder.<sup>3</sup> Trata-se de um feixe de atribuições conferido para melhor gerir a relação empregatícia. Nesse sentido, posiciona-se Maurício Godinho Delgado, para quem “poder empregatício é o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego.”<sup>4</sup>

Uma vez compreendida esta noção introdutória e conceitual sobre o poder no âmbito da relação empregatícia, faz-se mister investigar duas facetas sobre o poder: sua justificação ou fundamento e sua natureza jurídica.

### **2.2 Fundamento do poder empregatício**

Com relação ao fundamento do poder empregatício, Maurício Godinho Delgado aborda quatro vertentes: a) corrente privatística; b) corrente institucionalista; c) corrente do fenômeno senhorial/hierárquico; d) corrente contratual.

---

<sup>2</sup> *Dicionário informal*. Disponível em: <http://www.dicionarioinformal.com.br/buscar.php?palavra=poder>, acesso em 10 de outubro de 2010, às 22:31

<sup>3</sup> HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 62

<sup>4</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 597

Pela corrente privatística o poder empresarial estaria fundamentado na propriedade privada dos meios de produção<sup>5</sup>. Assim, o empregador deteria o poder de dirigir a prestação pessoal de serviços, regulamentar a atividade dos empregados, fiscalizar a produtividade e a integridade do patrimônio empresarial, bem como disciplinar empregados faltosos, tudo baseado no fato de ser o titular da propriedade: o dono dos meios de produção.

Há posicionamento de que todos os meios de produção pertencentes ao empregador enquadram-se na noção mais ampla do direito fundamental à propriedade, de modo que não se há de negar ao empregador, em face de seu direito de propriedade, a prerrogativa de controlar e coordenar todos os aspectos da atividade econômica perpetrada.<sup>6</sup>

No entanto, segundo Maurício Godinho Delgado “[...] se residisse na propriedade privada o título jurídico de tal poder, ele sequer existiria no largo espectro de estabelecimentos e empresas [...] em que a titularidade do empreendimento não repousa nas mesmas mãos dos titulares do direito de propriedade”.<sup>7</sup>

Também demonstra a insuficiência da tese a figura do empregado ocupante de cargo de confiança (art. 62 da CLT), o qual atua com elevados poderes de mando e em posição de chefia, para se vislumbrar uma pessoa, não proprietária dos meios de produção, e que atua com poderes de empregador.

Pela corrente institucionalista toda a atividade produtiva deve estar orientada ao bem-estar da empresa, ao seu interesse social<sup>8</sup>. Tal teoria entende o empregado como parte integrante do aglomerado empresarial, vendo-o, apenas, como uma pequena parte de toda a instituição empresarial. Nesse sentido, entende que para a sobrevivência da instituição os seres menores devem ceder espaço. Só o que importa é a instituição empresária. O poder empregatício estaria fundado, portanto, na necessidade de se garantir os interesses da instituição.

Entretanto, Segundo Maurício Godinho Delgado, essa vertente “nega o caráter dialético do poder nessa relação, reduzindo-o a um instrumento de direção e manipulação uniformes”.<sup>9</sup> Por outro lado, se o poder empregatício estivesse fundado em torno da instituição empresarial, como se justificaria o exercício do mesmo poder nas relações de trabalho doméstico em que os empregados são contratados para trabalhar em âmbito familiar e em benefício da família? Como justificar o exercício do poder com relação a eles, já que

---

<sup>5</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 607

<sup>6</sup> HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 69

<sup>7</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 607

<sup>8</sup> *Ibid*, p. 607

<sup>9</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 608

ausente a noção de empresa? Mais ainda, como justificá-lo, também, nos casos de empregados de associações e fundações, cujo objeto, por expressa vedação legal dos arts. 53 e 62 do CCB não pode ser empresarial?

Outra teoria que buscou dar fundamento ao poder empregatício foi a da delegação de poder público. Segundo esta tese “[...] o poder disciplinar teria título e fundamentação jurídicos em uma delegação do poder público”.<sup>10</sup> Todavia, a concepção falha pelo unilateralismo. É que continua, como suas antecessoras, não dando espaço “[...] à emergência e afirmação da vontade obreira no interior da relação de poder empregatícia”.<sup>11</sup>

Ademais, se é uma delegação de poder estatal que fundamenta o poder empregatício, por quanto tempo teria sido conferida? Indefinidamente? Seria possível alguma transferência, indefinida, de exercício de poder público a particular?

Aquele que intenta se tornar empregador deveria, então, protocolizar requerimento junto ao Estado, objetivando dita delegação? A tese, além de pecar pela unilateralidade não justifica o poder do empregador.

A teoria que prevalece é a do contrato. Para ela o fundamento do poder do empregador é a relação contratual de emprego. É que “[...] o pacto de vontades que dá origem à relação de emprego, importa em um conjunto complexo de direitos e deveres integrantes de ambas as partes, em que se integra o poder empresarial interno”.<sup>12</sup>

Esse pacto de vontades (contrato de trabalho) apresenta traço singular que o distingue dos contratos de direito civil, eis que é comum, na relação de emprego, a presença marcante, dentre outros mecanismos, da negociação coletiva, trazendo, com isso, participação da vontade coletiva obreira, o que torna democrático o exercício do poder em tal relação de trabalho.<sup>13</sup>

### **2.3 Natureza jurídica do poder empregatício**

Maurício Godinho Delgado aborda 5 correntes acerca da natureza jurídica do poder empregatício: a) direito potestativo; b) direito subjetivo; c) status jurídico; d) direito-função; e) teoria da relação jurídica contratual complexa.

---

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 608

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 608

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 610

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 610

“Direito potestativo define-se como a prerrogativa assegurada pela ordem jurídica a seu titular de alcançar efeitos jurídicos de seu interesse mediante o exclusivo exercício de sua própria vontade.”<sup>14</sup> Trata-se, pois, de direito que deriva do livre arbítrio de seu titular. É o que ocorre com a despedida sem justa causa, que depende, exclusivamente, do puro arbítrio do empregador.

O poder empregatício, entretanto, não pode ser explicado sob essa visão restritiva do fenômeno, já que, ao colocar tal prerrogativa como direito dependente do puro arbítrio de seu titular, estará afastando a “emergência da participação democrática obreira no estabelecimento e na empresa.”<sup>15</sup>

Para a corrente do direito subjetivo o poder empregatício trata de prerrogativa do titular do direito em agir para defesa de interesse próprio previsto em norma jurídica. Nesse sentido, fala-se em direito subjetivo como contraposto de dever subjetivo ou obrigação.<sup>16</sup>

Tal concepção, também, é criticável, uma vez que “[...] não ultrapassa a percepção unilateral, rígida e assimétrica do fenômeno do poder empregatício[...]”.<sup>17</sup>

Já a concepção do status jurídico, buscou manter a fórmula do exercício unilateral do poder empregatício através da teoria institucionalista. Para esta vertente, o poder empregatício seria consequência prática da estrutura hierárquica à qual se submete a empresa. Por essa razão, deveria recair sobre aquele que ocupa o posto mais alto em detrimento de todos os demais.

A concepção do direito-função buscou avançar ao dispor que o “Direito-função constitui o poder atribuído ao titular para agir em tutela de interesse alheio, e não de interesse próprio.”<sup>18</sup>

Para Octavio Bueno Magano o poder empregatício seria, em um primeiro momento, um direito potestativo, pelo fato de ser exercido no exclusivo interesse do empregador.<sup>19</sup> Todavia, situações como as de garantias de emprego (acidente de trabalho, empregado membro da CIPA, gestante, etc), as quais, em geral, impedem que o empregador, no uso de um direito potestativo, lance mão da dispensa sem justa causa, demonstram que o poder empregatício, em verdade, é um direito-função, já que apregoam a supremacia de interesses coletivos sobre o interesse privado do empregador.<sup>20</sup>

---

<sup>14</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 615

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 615

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 616

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 616

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 618

<sup>19</sup> MAGANO, Octavio Bueno. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 26

<sup>20</sup> MAGANO, Octavio Bueno. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 26

Claramente, o intuito desta vertente é estabelecer limitação ao exercício do poder empregatício, de modo a retirar das mãos do empregador essa noção de poder ilimitado a ser manejado em seu interesse egoístico. Todavia, como suas antecessoras, manteve a tese unilateralista.

Por essa razão, Maurício Godinho Delgado, cuidou da concepção que enxerga o poder empregatício como relação jurídica contratual complexa. Para ele, o poder empregatício não seria de uma das partes da relação jurídica, mas um poder contratual a ser exercido de forma dialética.<sup>21</sup>

Nesse sentir, seria possível, inclusive, perquirir pela aplicação dos estudos atualmente desenvolvidos sobre legitimidade democrática via processualidade. É que, segundo Rosemiro Pereira Leal<sup>22</sup>, toda decisão jurídica deve ser construída com base em um processo que assegure a efetividade dos princípios constitucionais processuais, dentre eles, os princípios do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal.

Assim, como o exercício do poder empregatício leva, com bastante frequência, à tomada de decisões pelo empregador, sobretudo quando se trata da vertente disciplinar do poder empregatício, a construção da decisão do empregador, via exercício do poder empregatício, necessariamente, deverá passar pelo crivo da processualidade democrática (participação do empregado no exercício do poder) como instrumento de sua legitimação.<sup>23</sup>

Esse parece, inclusive, ser o entendimento esboçado por Maurício Godinho Delgado, para quem o poder empregatício seria “[...] um poder específico à relação e contrato empregatícios e não a um único de seus sujeitos.”<sup>24</sup> Nesse sentido, o poder empregatício assumiria “[...] intensidade e sincronia distintas quanto à participação dos sujeitos envolvidos e conteúdo distinto quanto aos direitos e obrigações resultantes da respectiva relação jurídica contratual de poder.”<sup>25</sup>

Isto posto, entende-se, o poder empregatício é poder da relação jurídica contratual e não de uma de suas partes. Trata-se de poder que se fundamenta no contrato e é, inclusive, parte do mesmo, devendo ser exercido nos limites e interesses contratuais estabelecidos.

## 2.4 Manifestações do poder empregatício

---

<sup>21</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 620

<sup>22</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. Belo Horizonte: Landy, 2002, *passim*.

<sup>23</sup> *Ibid, passim*.

<sup>24</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 623

<sup>25</sup> *Ibid*, p. 623

A Consolidação das Leis do Trabalho não prescreve tratamento jurídico da figura do poder na relação de emprego, se limitando a mencionar, no seu art. 2º, o empregador como sendo aquele que “dirige” a prestação pessoal de serviços.<sup>26</sup>

Muito embora a Consolidação das Leis do Trabalho não estabeleça dispositivo sobre o poder empregatício ou suas manifestações, a doutrina brasileira é repleta de tratamentos neste sentido.

Para Amauri Mascaro Nascimento, o poder empregatício, comumente, se manifesta pelo poderes de: organização, entendido como a faculdade do empregador de organizar e expedir regulamentação no âmbito interno; controle, entendido como a faculdade do empregador em fiscalizar o cumprimento das ordens; e disciplinar, compreendido, neste patamar, a faculdade de impor sanção disciplinar aos empregados.<sup>27</sup>

Já Simone Cruxên Gonçalves divide em poder diretivo (poder de dirigir a prestação pessoal de serviços do empregado), poder disciplinar (poder de aplicar punições), e poder regulamentar (poder de expedir normatização no âmbito interno da empresa).<sup>28</sup>

Orlando Gomes e Élon Gottschalk entendem que o poder empregatício desdobra-se em poder “geral de direção”, poder regulamentar e poder disciplinar.<sup>29</sup>

Das citadas posições doutrinárias é possível extrair quatro manifestações do poder empregatício: a) poder diretivo, enquanto poder de dirigir a prestação pessoal de serviços do empregado; b) poder organizativo, entendido como poder de expedir regulamentação no âmbito da relação de emprego; c) poder de controle ou fiscalizatório, compreendido como a faculdade do empregador em fiscalizar o cumprimento das ordens; e d) poder disciplinar, conhecido como a possibilidade que o empregador tem de apurar infrações obreiras e aplicar penalidades.

Para o presente ensaio, importa ter em vista, apenas, o poder fiscalizatório, vez que tem sido com base nele que se busca justificar condutas empresariais de controle no ambiente de trabalho, entre as quais se pode destacar a revista íntima. É com base em tal poder que os empregadores invocam a possibilidade de realizar buscas pessoais nos seus empregados e pertences, com base na noção de que o empregador possui um poder fiscalizatório, que lhe garante a faculdade de vistoriar o empregado, que a classe empresária se confere o direito de expor o empregado a tal procedimento de busca pessoal.

---

<sup>26</sup> HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. *Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 63

<sup>27</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 621-622

<sup>28</sup> GONÇALVES, Simone Cruxên. *Limites do jus variandi do empregador*. São Paulo: LTr, p. 17

<sup>29</sup> GOMES, Orlando; GOTTSCCHALK, Élon. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 13

### 3 A busca pessoal

A busca, equivalente do termo procura, tem sido manejada como instrumento cuja finalidade é encontrar algo ou alguém, ao cabo de um procedimento. A busca é, pois, mecanismo do qual alguém se vale para encontrar um dado determinado.

Para Washington dos Santos busca e apreensão é “Medida preventiva que consiste no ato de investigar e procurar, seguido da apreensão da coisa ou pessoa que é o objeto da diligência policial ou judicial.”<sup>30</sup>

Todavia, embora sua finalidade seja a apreensão de pessoa ou coisa, a apreensão é momento secundário, distinto e separado do procedimento de busca. Há de se ter em mente que a apreensão, nada mais é do que a consequência desejada por aquele que pratica a busca, sendo perfeitamente plausível haver busca sem apreensão, bem como apreensão sem busca.

Nesse sentido:

Pela tradição a busca pessoal vem sendo associada à apreensão, como se esta fosse sempre a sua consequência. Há apreensão sem busca, por exemplo, no caso de objeto voluntariamente entregue ou ocasionalmente encontrado e, com maior frequência, há busca sem apreensão.<sup>31</sup> (destacou-se)

Também o procedimento de busca pessoal é, em si, um procedimento de busca que visa à apreensão. Por mais que se possa falar em tutela preventiva, para as hipóteses em que um procedimento de busca institua uma ideologia de que não se deve furtar, sob pena de ser pego, ainda assim, a finalidade primordial de um ato de busca é encontrar algo ou alguém. No caso da busca pessoal realizada no âmbito Laboral, sua finalidade precípua será encontrar objeto da propriedade do empregador em posse clandestina do empregado.

A busca pessoal, nesse sentido, é tida, então, como um procedimento de procura nos pertences pessoais do empregado, tais como sacolas, bolsas e pertences, bem como em seu corpo<sup>32</sup>. Tal procedimento tem sido muito freqüente em empresas do ramo de vestuário, transportes, guarda de valores e joalherias, sendo que, muitas dessas, sob aparente e legítimo nome de vistoria, tem adotado a busca pessoal na entrada e saída do trabalho através de contatos físicos em empregados semi-nus<sup>33</sup>.

Adilson Franco Nassaro estabelece minuciosa classificação acerca da busca pessoal, dentre as quais, as mais importantes serão, aqui, ressaltadas. Segundo ele<sup>34</sup> a busca pessoal,

<sup>30</sup> SANTOS, Washington dos. *Dicionário Jurídico Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 46

<sup>31</sup> NASSARO, Adilson Luis Franco. *A busca pessoal e suas classificações*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/9608/a-busca-pessoal-e-suas-classificacoes>, acesso em 13 de dezembro de 2010

<sup>32</sup> LEMOS, Alessandro Medeiros. *Revista de pertences de empregados*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/12559/revista-de-pertences-de-empregados/3>, acesso em 13 de dezembro de 2010

<sup>33</sup> *Ibid*

<sup>34</sup> NASSARO, Adilson Luis Franco. *A busca pessoal e suas classificações*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/9608/a-busca-pessoal-e-suas-classificacoes>, acesso em 13 de dezembro de 2010

cuja natureza jurídica é, primeiramente, preventiva, pode ser: a) preliminar e minuciosa; b) direta e indireta c) não invasiva, invasiva e menos invasiva.

É preliminar, na visão do autor<sup>35</sup>, a busca pessoal feita de forma superficial. Geralmente consistente em olhada superficial sobre os pertences do empregado, observação meramente visual da pessoa ou, até mesmo, leve toque das mãos do agente por cima das roupas do revistado.

Já a busca minuciosa<sup>36</sup> é marcada por verificação detalhada em pertences e no corpo do revistado. Geralmente consiste num “revirar” mais detalhado dos pertences do empregado. E, quando incidente sobre o corpo do revistado, acarreta a retirada de suas roupas observando-se, minuciosamente, o corpo da pessoa.

Nesta modalidade:

É observado o interior da boca, nariz e ouvido, a região coberta pelos cabelos, barba e bigode, se houver, entre os dedos, embaixo dos braços e ainda nas partes púbicas (do revistado ou da revistada), ou seja, entre as pernas e as nádegas e, no caso de mulher submetida à busca, também embaixo dos seios e entre eles, sendo todo o procedimento realizado preferencialmente com auxílio do próprio revistado, concitado a colaborar. A busca pessoal minuciosa é realizada em local isolado do público, sempre que possível na presença de testemunha.<sup>37</sup> (destacou-se)

Segundo argumenta o mesmo autor, a busca preliminar vale-se mais do tato do que da visão, já que o “buscador”, em movimentos rápidos, tateia, levemente, em busca superficial, ao passo que na busca minuciosa o auxílio da visão é mais evidente do que o tato, já que o “buscador”, em geral, contará com o auxílio do próprio revistado, que é concitado a “abrir a boca, passar o próprio dedo dentro da sua boca, levantar os braços, agachar-se, abrir as pernas, abrir os dedos dos pés, dentre outras.”<sup>38</sup>

A busca pessoal será considerada direta na modalidade em que o tato é o instrumento utilizado pelo buscador para tentar encontrar algum objeto clandestinamente ocultado, ao passo que a indireta será aquela cujo método de análise e busca baseia-se no uso de instrumentos, geralmente tecnológicos, não se fazendo, portanto, uso do tato.<sup>39</sup>

Com respeito à tecnologia empregada na busca pessoal há notícias da criação, via tecnologia, de uma cadeira capaz de escanear o revistado e informar, se o mesmo oculta algum bem em seu corpo. Todavia, a “cadeira scanner”, inicialmente usada apenas em

<sup>35</sup> NASSARO, Adilson Luis Franco. *A busca pessoal e suas classificações*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/9608/a-busca-pessoal-e-suas-classificacoes>, acesso em 13 de dezembro de 2010

<sup>36</sup> *Ibid*

<sup>37</sup> *Ibid*

<sup>38</sup> *Ibid*

<sup>39</sup> *Ibid*

presídios, seria capaz, apenas, de buscar por materiais metálicos escondidos no corpo do revistado.<sup>40</sup>

A busca classificada como não-invasiva, seria aquela que é superficial, preliminar, geralmente feita através do mero tatear e invasiva a que lança mão da introdução de instrumentos no corpo do revistado, buscando encontrar algo, ali, escondido. E, por fim, será menos invasiva quando feita com o uso de instrumentos tecnológicos, já que não será por simples tatear, nem por introdução de mecanismos externos no corpo a pessoa.<sup>41</sup>

É considerada revista íntima, a busca pessoal minuciosa, direta e invasiva, procedida nos pertences do revistado, bem como em seu corpo. A revista menos invasiva, a depender do grau de instrumentação tecnológica e do grau de exposição do empregado, poderá, casuísticamente, ser ou não, considerada modalidade de revista íntima.

De outro norte, há a busca pessoal que, aqui, será chamada de revista preliminar, sendo aquela superficial, indireta e não-invasiva. De toda sorte, o que deve restar claro neste passo do estudo é que a busca pessoal constitui gênero, dos quais são espécies a revista preliminar e a revista íntima.

A distinção é de suma relevância, já que a normatividade juslaboral veda revistas íntimas. Nesse sentido dispõe o art. 373-A, VI da CLT:

Art. 373-A Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é **vedado**:

[...]

VI - **proceder** o empregador ou preposto a **revistas íntimas** nas empregadas ou funcionárias. (destacou-se)

A normatividade é fruto de alteração legislativa procedida à CLT em razão do advento da Lei 9.799/99. Inserta em capítulo que trata da proteção do trabalho da mulher, não contemplou, ao menos inicialmente, a classe empregatícia masculina.

Apontando para a extensão da vedação também para os trabalhadores do sexo masculino, na 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho, realizada na sede do Tribunal Superior do Trabalho em novembro/2007, ficou estabelecido via enunciado 15, segunda parte:

ENUNCIADO 15: II - "REVISTA ÍNTIMA - VEDAÇÃO A AMBOS OS SEXOS. A norma do art. 373-A, inc. VI, da CLT, que veda revistas íntimas nas empregadas, também se aplica aos homens em face da igualdade entre os sexos inscrita no art. 5º, inc. I, da Constituição da República.

<sup>40</sup> <http://aspram.blogspot.com/2010/08/cadeira-scanner-podera-substituir.html>

<sup>41</sup> NASSARO, Adilson Luis Franco. *A busca pessoal e suas classificações*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/9608/a-busca-pessoal-e-suas-classificacoes>, acesso em 13 de dezembro de 2010

Mais abrangente, ainda, o entendimento que figura na primeira parte do enunciado 15, vedando toda e qualquer forma de busca pessoal, assim grafado: “Toda e qualquer revista, íntima ou não, promovida pelo empregador ou seus prepostos em seus empregados e/ou em seus pertences, é ilegal, por ofensa aos direitos fundamentais da dignidade e intimidade do trabalhador.”

De tal sorte, a aplicação do art. 373-A CLT conjugada às interpretações constantes do enunciado 15 estabelecem vedação ao procedimento da revista íntima.

Mas a solução pode estar com seus dias contados, já que o anteprojeto do Código de Leis trabalhistas, cuja comissão é presidida por Amauri Mascaro Nascimento, prescreve em seu art. 40 a permissibilidade de revista desde que não violadora da intimidade e da integridade física e moral. Prescreve o verbete: “É vedada a revista de pertences do trabalhador no ambiente de trabalho, desde que abusiva e de modo a afetar a sua intimidade e integridade física e moral”.

A nova legislação veda a revista de pertences do empregado, mas abre a possibilidade de sua realização se respeitadas a intimidade e integridade. Não há menção à vida privada.

O parágrafo único do art. 40 da nova codificação prescreve que: “A empresa desenvolverá esforços no sentido de, dentro da sua capacidade econômica, substituir revista pessoal por eletrônica.”

Nota-se que a disposição teve o cunho de buscar equilibrar a livre iniciativa do empregador com a valorização do trabalho, ambos constantes do caput do art. 170 da CF/88. Entretanto, ao se preocupar com a capacidade econômica do empregador, dito dispositivo deixa claro que não irá obrigar o empregador a adotar mecanismos mais isentos de busca se isso importar em gastos que sejam considerados além de sua capacidade econômica.

Ao estabelecer que a empresa deve instituir instrumentos tecnológicos de busca, desde que esteja dentro de suas capacidades econômicas, culminou por transferir o risco da atividade ao empregado, o qual deverá, no mais das vezes, suportar procedimentos de busca pessoal, muitas vezes minuciosa, já que, com grande chance de acerto, não haverá interesse empresarial em investir grandes quantias na contratação de serviços eletrônicos apenas para dispensar o empregado do vexame da revista.

Em que pese o louvável esforço legislativo no sentido da adoção da técnica da ponderação, melhor seria se a norma dissesse que é vedada qualquer busca pessoal violadora da dignidade da pessoa humana.

#### **4 A dignidade da pessoa humana**

As primeiras noções que se tem acerca da dignidade humana antecedem ao reconhecimento positivo estatal e nascem de forma antropocêntrica<sup>42</sup>, já que se preocupam, exclusivamente, em conferir ao ser humano um caráter diferenciado na natureza. Tais concepções apresentam a característica de trazer à tona uma noção de dignidade enquanto valor intrínseco do ser humano<sup>43</sup>, daí a estranheza de um possível pleito judicial cuja finalidade fosse o reconhecimento de um direito à dignidade. Tais vertentes iniciais, acerca da dignidade, são abordadas sob dois fundamentos distintos: o bíblico e o jusnaturalista.

A concepção bíblica acerca da dignidade humana, em que um dos grandes expoentes é São Tomás de Aquino, parte de diversas passagens bíblicas indicativas sobre a criação do ser humano à imagem e semelhança de Deus<sup>44</sup>. É que, dada a origem divina do ser humano, pelo menos no que toca à sua imagem, não se pode permitir que seja transformado em “mero objeto ou instrumento”<sup>45</sup>.

Avançando um pouco mais, sobre a noção bíblica, São Tomás de Aquino entendia que a noção de dignidade justificava-se, no homem, pela sua necessidade de vida digna, o que somente seria atingido pelo exercício livre de sua vontade<sup>46</sup>. Ter dignidade, então, significava ter liberdade, principalmente, no manejo da própria vontade.

A concepção jusnaturalista não destoa da concepção bíblica. Embora não se faça referência de imagem e semelhança à divindade, adota uma concepção do ser humano enquanto ser racional, mantendo a noção da dignidade enquanto um exercício igualitário da própria vontade, tal qual propalada por São Tomás de Aquino<sup>47</sup>.

É perante a concepção jusnaturalista que, Immanuel Kant, partindo do ideal racionalista, afirma a dignidade enquanto autonomia da vontade, de modo a ressaltar ser o homem um fim em si mesmo, e não um meio para o atingimento de vontades alheias<sup>48</sup>.

Entrementes, esta noção de autonomia da vontade, enquanto elemento consagrador da dignidade humana, não se apresenta *in concreto*, mas *in abstracto*, de modo a abranger toda sorte de pessoas incapazes<sup>49</sup>. Nada obstante, em que pese a noção de dignidade enquanto aliada à idéia de autonomia da vontade, tal qual a concepção kantiana citada, atente-se para o fato de que a autonomia da vontade não se confunde com a dignidade, embora desta constitua

---

<sup>42</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 34

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 29

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 29

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 30

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 31

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 32

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 34

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 45

exigência, já que dificilmente se poderá dizer que alguém vive dignamente estando desprovido da livre manifestação da própria vontade<sup>50</sup>.

O que se percebe, do exposto, é que a noção inicial da dignidade da pessoa humana, mostra-se a partir de um inatismo ao ser humano. Nesse condão, fala-se em dignidade enquanto atada à idéia de livre expressão de vontade, mas também, como valor intrínseco ao ser humano.

A corrente inatista, todavia, esbarra em uma específica consideração, de ordem lógico-estrutural, que se constitui, ao menos aparentemente, em obstáculo difícil de ser suplantado. Conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet<sup>51</sup>, até que ponto a cultura de um povo justifica e permite as agressões que são praticadas contra a dignidade da pessoa humana, colocando-se acima dela?

O que se quer com isso é discutir qual o alcance da dignidade enquanto valor inato do homem. Até que ponto, este valor intrínseco, de origem bíblica, se propõe universal e, ao mesmo tempo, convive com culturas locais que, o tempo todo, o infringem de forma tão desarrazoada?

Simple exemplo ilustra o questionamento. Como justificar que em momentos históricos específicos a escravidão tenha sido amplamente admitida e praticada em completo desrespeito à dignidade do ser humano feito de escravo?

Mantendo a tese inatista, leciona Sarlet<sup>52</sup> que a dignidade é a mesma para todo o espaço-tempo. O que muda são os padrões sociais que cada povo tem a respeito do que signifique este valor, atualmente constitucionalizado. Assim, mesmo nessas sociedades, cujo filtro identificador dos contornos mínimos da dignidade da pessoa apresenta-se mais restrito do que se entende por desejável, quando em contraposição uma civilização mais evoluída em civilidade, há uma noção básica de dignidade.

O exemplo disto é dado pela necessidade de morte digna, mesmo nos países em que se admite a pena de morte. O curioso é que, se por um lado violam a dignidade humana por permitirem ao Estado retirar uma vida humana, por outro exigem que a morte seja rápida e indolor. É o caso de uma decisão da suprema corte americana dos idos de 1994 “[...] que reconheceu que a morte por enforcamento constitui prática atentatória à dignidade da pessoa humana, notadamente pelo fato de infligir [...] sofrimento desnecessário ao sentenciado [...]”<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> *Ibid*, p. 46

<sup>51</sup> *Ibid*, p. 55

<sup>52</sup> *Ibid*, p. 56

<sup>53</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 56

Outrossim, o fato de um determinado povo ignorar a presença de um dado valor não pressupõe, necessariamente, pela sua não existência. Neste sentido, se em um determinado povoado há ouro, e se, somente depois de muitos anos, é que esse povo descobre o ouro, isso, por si só, não depõe contra a existência de tal precioso metal naquelas redondezas.

Neste mister, ainda que se brade pela inexistência da dignidade enquanto valor intrínseco, dado que em vários momentos e em várias culturas, atrocidades foram praticadas, tal ilação não possui o condão de infirmar a tese inatista, já que a violação de um direito não é suposto de sua não existência.

Ademais, até mesmo nos dias atuais, em que se entende pela existência e consagração constitucional de um princípio da dignidade da pessoa humana, não faltam exemplos de violações à dignidade da pessoa.

Na mesma senda inatista, Reinaldo Pereira e Silva defende a universalidade tanto dos direitos fundamentais quanto da dignidade da pessoa humana, ao lecionar que constitui equívoco, típico do positivismo e seus acólitos, considerar como direito apenas aquilo que está legalizado em um dado momento histórico.<sup>54</sup>

Deve restar claro que o fato de um valor estar mais ou menos representado normativamente não deita qualquer influência sobre seu nascimento ou perecimento, já que o direito é mutante e não cria valores, apenas reconhece, em maior ou menor grau, os existentes para além de seu caótico sistema normativo, sempre atrasado. Deve-se compreender a dignidade enquanto valor existente desde sempre, vez que inato aos seres humanos.<sup>55</sup>

O ponto de partida, então, para uma definição acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, inicia, conforme noticia Sarlet<sup>56</sup>, pela fórmula kantiana da autonomia da vontade intrínseca ao homem, de modo a considerá-lo fim em si mesmo, opondo-se sua utilização como mero instrumento. Opta-se, destarte, por uma definição mínima de dignidade e que se dá por exclusão. Entende-se que viola a dignidade toda conduta, cuja finalidade seja a “coisificação” do ser humano.

É preciso, lado outro, deixar claro que há nítida distinção entre o valor dignidade, individualmente considerado e transindividualmente considerado. O alerta é importante, já que o legislador constitucional elencou no art. 1º da CRFB de 1988 que entre os fundamentos da república vigora a dignidade da pessoa humana. A intenção do legislador constitucional foi consagrar a dignidade da pessoa em nível individual, primeiramente, de modo que não se

---

<sup>54</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. A dignidade da pessoa humana como condição de possibilidade de sentido. Revista de Direito Privado 24, ano 6, outubro-dezembro de 2005, p. 244.

<sup>55</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 245.

<sup>56</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 58

possa falar em supressão da dignidade individual em prol da humanidade. A justificativa estaria na disposição dos termos “dignidade da pessoa humana”.<sup>57</sup>

Há distinção entre dignidade da pessoa, enquanto proteção da pessoa individual, e dignidade humana, na condição de proteção da dignidade da humanidade como um todo<sup>58</sup>. Nesse sentido, a posição dos vocábulos no artigo constitucional mencionado, colocando-se o termo “pessoa” antes do termo “humana”, revelaria a intenção do legislador em dar prevalência à dignidade da pessoa quando em confronto com a dignidade humana.

Não se quer, com isso, dizer que não haja espaço, no princípio da dignidade da pessoa humana, para a proteção da dignidade em nível transindividual. O que se quer pontuar é que a proteção é preferencial no que toca à dimensão individual em prol da dimensão transindividual.

A dignidade da pessoa humana, no sistema constitucional brasileiro, é norma jurídica fundamental que coloca a pessoa no centro do ordenamento, visando a promoção do ser humano e estimando a existência de todas as instituições estatais em segundo plano<sup>59</sup>. Injeta no art. 1º, inciso III da CF/88, entre os fundamentos da República Federativa Brasileira, foi guindada à condição de norma princípio, informadora de todas as disposições normativas atinentes a direitos fundamentais.

O princípio da dignidade da pessoa humana é responsável por conferir, às normas de direitos fundamentais, “concordância prática”, bem como “unidade de sentido e valor”, muito embora, se deva dizer que tal pilastra fundamental não se espalha de forma igualitária sobre os diversos direitos fundamentais insculpidos no texto magno.

Nesse sentido, se é certo que se deve reconhecer a dignidade da pessoa humana, enquanto “elemento fundante e informador dos direitos e garantias fundamentais [...] também é certo que haverá de se reconhecer um espectro amplo e diversificado no que diz com a intensidade desta vinculação”<sup>60</sup>

Trata-se de norma responsável por conferir fundamentalidade aos direitos, assim, chamados de fundamentais, justamente pelo fato de que tais direitos devem, necessariamente, concretizar, ao menos em grau mínimo, o valor dignidade da pessoa humana.

---

<sup>57</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 52

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 52

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 65

<sup>60</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 79

Em razão disso é que se advoga serem os direitos fundamentais instrumentos de defesa das prerrogativas da pessoa humana em detrimento de interesses estatais, bem como mecanismos a propiciar o pleno desenvolvimento da personalidade humana.<sup>61</sup>

É importante que se deixe claro que a relação travada entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais não é de ordem subsidiária, mas de ordem instrumental, de modo que, sempre que se fale em violação a direitos fundamentais, refira-se, por tabela, a violação do princípio da dignidade da pessoa humana naquele núcleo basilar<sup>62</sup>.

Nesse diapasão, são direitos fundamentais, por concretização de um mínimo de dignidade, os direitos e garantias do art. 5º da CRFB/88, os direitos sociais, os direitos políticos, de cidadania e de nacionalidade, os direitos esparsos no texto constitucional, os que venham a ser reconhecidos por tratados internacionais, bem como os direitos fundamentais implícitos, reconhecidos pela atuação firme da jurisprudência.<sup>63</sup>

Por outro lado, se é certo que a dignidade é suposto fundamental dos direitos fundamentais, é certo que também desempenha fator de proteção de tais direitos. Nesse sentido, o termo “proteção pela dignidade”, em verdade, indica que o princípio da dignidade da pessoa humana deve estabelecer limitação aos direitos fundamentais criando, ao mesmo tempo, também através daquele núcleo basilar mínimo de dignidade em cada direito fundamental, limitação à própria atividade de imposição de limites aos direitos fundamentais.<sup>64</sup>

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana atua como instrumento de limitação dos direitos fundamentais, de molde que apenas são fundamentais aqueles que possuam um mínimo em dignidade, bem como atua como instrumento de limitação aos próprios limites impostos aos direitos fundamentais.<sup>65</sup> É que não se pode conceber limitação que seja atentatória do núcleo basilar mínimo em dignidade, presente em todo direito que se intitula como direito fundamental.

Aliás, tal função dúplice do princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto limitação dos direitos fundamentais e limitação dos próprios limites impostos aos direitos fundamentais, suscita tormentosa questão acerca do valor do princípio da dignidade da pessoa humana. Seria, a dignidade, bem jurídico absoluto ou relativo? Caberia, nesse sentido, estabelecer limitações ao princípio da dignidade da pessoa humana?

---

<sup>61</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. A dignidade da pessoa humana como condição de possibilidade de sentido. Revista de Direito Privado 24, ano 6, outubro-dezembro de 2005, p. 237.

<sup>62</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 103

<sup>63</sup> *Ibid, passim*

<sup>64</sup> *Ibid*, p. 118

<sup>65</sup> *Ibid*, p. 124

A questão é preocupante, pois admitir-se com uma relativização do princípio da dignidade da pessoa humana poderia levar à indagação sobre a relativização do próprio núcleo básico, presente nos direitos fundamentais. Admitindo-se tal relativização não se estaria a retirar, dos direitos fundamentais, o traço distintivo de sua própria fundamentalidade? A questão é, realmente, extremamente tormentosa, dado o argumento recorrente sobre a não existência de direitos absolutos na Constituição Federal.

Segundo Reinaldo Ferreira e Silva existem princípios meta jurídicos cuja finalidade é servir de suposto lógico de pré-compreensão de princípios e normas, ou seja, sua função é auxiliar na compreensão de normas-princípio e normas-regras, sobretudo, veiculadoras de direitos fundamentais.<sup>66</sup>

Entre tais princípios meta jurídicos, inclusive que não admitem exceção, está o princípio da unidade axiológica<sup>67</sup> o qual informa a pré-compreensão do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, no que toca à sua função de estabelecer unidade de sentido e valor, ainda que de forma desigual, aos direitos fundamentais, conforme já estudado alhures.

Nesse sentido, ao menos no que toca àquele limite de dignidade presente em cada direito fundamental, não se pode admitir sua relativização. Ao se afirmar que o princípio meta jurídico da unidade axiológica constitui suposto de compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana já se esta a estabelecer, de certa forma, a necessidade de uma pré-compreensão da dignidade enquanto valor absoluto.

Caminhando num sentido oposto, em defesa da relativização, leciona Sarlet<sup>68</sup> que o princípio da dignidade da pessoa humana enfrenta, em sua própria concretização, uma relativização de origem conceitual. É que, dada a sua generalidade semântica o entendimento do que seja dignidade sempre dependerá da noção que o aplicador do direito extraia mediante análise do caso prático.

Outrossim, em virtude de sua natureza principiológica, a dignidade estaria, necessariamente sujeita a uma necessária relativização, de modo que, ainda que esteja colocada como bem jurídico responsável pela unidade axiológica do ordenamento jurídico brasileiro, não se deve cogitar de sua “intangibilidade”.<sup>69</sup>

## 5 A lei da colisão segundo Robert Alexy

<sup>66</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. A dignidade da pessoa humana como condição de possibilidade de sentido. Revista de Direito Privado 24, ano 6, outubro-dezembro de 2005, p. 247.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 247.

<sup>68</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 129

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 130

A estrutura das normas de direitos fundamentais é composta de dois tipos básicos de norma: as regras e os princípios. Neste sentido, a distinção mais tradicional feita entre regras e princípios é baseada no critério da generalidade, segundo o qual, comumente, se diz que princípios são normas de alto grau de generalidade, ao passo que as regras são normas de baixo grau de generalidade.<sup>70</sup>

Todavia, uma distinção qualitativa pode ser feita entre princípios e regras.<sup>71</sup> É que os princípios são chamados de mandados de otimização, já que com base neles pressupõe-se que algo deve ser realizado na maior medida possível, admitindo-se, pois, variabilidade nesta medida de realização, concorrendo para esta variabilidade de realização, tanto possibilidades jurídicas (colisão de princípios e regras) quanto possibilidades fáticas (condições do caso prático).<sup>72</sup>

Por outro lado, as regras não admitem tal variabilidade de graus de realização, devendo, pois, ou serem realizadas na forma exata que se apresentam, ou não.<sup>73</sup>

Baseando-se nesta distinção qualitativa vislumbram-se diferentes soluções para o conflito de regras e para a colisão de princípios. O conflito de regras encontra duas vias para solução: ou por meio de uma cláusula de exceção a eliminar o conflito, ou através de um procedimento de declaração de invalidade de uma das normas do conflito.<sup>74</sup>

No sistema positivo brasileiro é muito comum o uso da expressão “salvo disposição em contrário”, que funciona como cláusula de exceção bastante a elidir o pretense conflito normativo havido entre as regras, de modo que a regra colidente se justifica com base na possibilidade da disposição divergente.

Outrossim, a solução deste conflito via declaração de invalidade normativa vale-se de dois critérios de invalidação: o critério cronológico, segundo o qual a norma posterior revoga a norma anterior, e o critério hierárquico, segundo o qual norma superior posterior revoga norma anterior inferior.

Há ainda, no sistema brasileiro, um critério de ajustamento do conflito normativo que não leva, propriamente, à declaração de invalidade da norma. Trata-se do critério da especialidade ou especialização, segundo o qual entre norma geral e especial não ocorre revogação, mas complementaridade.

Lado outro, a solução para a colisão entre princípios baseia-se na lei da colisão. Neste sentido, a colisão entre princípios solve-se através da necessidade de estabelecimento de uma

<sup>70</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 90

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 90

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 91

<sup>74</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92

precedência de um princípio sobre o outro sem a possibilidade, pois, de que um deles seja declarado inválido ou, mesmo, submetido a cláusulas de exceção.<sup>75</sup>

Há dois tipos de relação de precedência: a relação de precedência incondicionada que, por não estar condicionada a nenhuma ordem de fatores levaria a uma precedência absoluta de um princípio em face de outro, trabalhando, pois, em nível de pura abstração; e a relação de precedência condicionada, a qual opera em nível concreto, vez que a precedência somente se estabelece mediante determinadas condições que influem no grau de realização dos princípios em conflito, podendo, esta precedência, inverter-se de acordo com as condições influenciadoras presentes.<sup>76</sup>

A teoria de Alexy embasa-se num sistema de precedência condicionada. Neste sentido, a lei da colisão constrói um mecanismo fluido para verificação da precedência do princípio. Tal fluidez é assegurada pelas peculiaridades do caso concreto e depende do sopesamento dos princípios colidentes.

É nisso, precisamente, que consiste a lei de colisão, na necessidade de afastamento de uma prevalência absoluta, bem como na prática do sopesamento, a fim de que se estabeleça, condicionadamente, a regra do caso, para se chegar à precedência em nível concreto.<sup>77</sup>

Necessário lembrar, ainda, consoante precisa lição de Alexy, que o entrechoque de direitos fundamentais há de ser entendido como colisão de princípios e, desta forma, solvido, vez que, embora seja possível que tanto princípios quanto regras estabeleçam direitos fundamentais, a regra veiculadora de direito fundamental sempre poderá ser retomada a partir de um princípio, levando a discussão normativa para o plano principiológico.<sup>78</sup>

## 6 Conclusão

O poder empresarial é uma prerrogativa posta à disposição do empregador, a qual importa em um feixe de atribuições que lhe permite melhor gerir a prestação pessoal de serviços do empregado. Tal poder encontra-se justificado e fundamentado pelo contrato de trabalho.

Sua natureza jurídica é a de uma relação jurídica contratual complexa, isto é, trata-se de um poder a ser exercido de forma dialética, no interesse das partes contratuais e não de modo egoístico pelo seu titular.

---

<sup>75</sup> *Ibid*, p. 93

<sup>76</sup> *Ibid*, p. 97

<sup>77</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 99

<sup>78</sup> *Ibid*, *passim*

Muito embora, tal poder se manifeste de diversas formas (poder diretivo, organizador, fiscalizatório e disciplinar) chama atenção sua faceta fiscalizatória, eis que, cunhada originalmente para propiciar o controle das ordens empresariais, tem sido manejado para justificar e, até permitir, fiscalização de patrimônio do empregador, via busca pessoal no corpo do empregado e, até, em seus pertences pessoais.

Viu-se que a revista íntima pode ser conceituada como busca pessoal minuciosa, direta e invasiva procedida nos pertences pessoais do empregado ou em seu corpo. Tal modalidade de revista está expressamente vedada pela normatividade laboral (art. 373-A, VI da CLT) no que toca ao trabalho da mulher, bem como para o trabalho de ambos, via regra hermenêutica de extensão (enunciado 15 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho, realizada em novembro/2007).

Em que pese a solução normativa atual, o anteprojeto do Código de Leis trabalhistas, cuja comissão é presidida por Amauri Mascaro Nascimento, ressuscita a polêmica em seu art. 40, conforme já analisado.

A disposição normativa citada coloca em conflito os direitos fundamentais à propriedade, à intimidade, à integridade física e à integridade moral da seguinte forma: a) direito de propriedade x direito à intimidade; b) direito de propriedade x direito à integridade física; e c) direito à propriedade x direito à integridade moral.

Apesar do poder empregatício não se fundamentar ou se justificar na propriedade privada dos meios de produção, isto por si só, não invalida o fato de que o poder fiscalizatório tem sido manejado em defesa da propriedade dos meios de produção, gerando, pois, o conflito de direitos fundamentais, acima mencionado.

Vê-se que a norma da nova codificação cria regra de precedência ao estatuir o cabimento do procedimento de busca que não agrida a intimidade e a integridade física e moral. Trata-se de precedência atinente, especificamente ao ramo juslaboral, já que as revistas são praticadas em outros locais como aeroportos, casa de festas, entradas de bancos, etc, sem que se esteja a questionar seu procedimento. Nestas situações a precedência foi concedida ao direito fundamental à segurança.

Não se vislumbra em tal regra de precedência qualquer agressão à lei da colisão. É que, embora a precedência de direitos fundamentais tenha ocorrido de forma abstrata, tal regra é específica do ramo juslaboral, como se viu, de modo que não estipula uma precedência incondicionada de um dado direito fundamental. Ademais, a necessidade do sopesamento é evidente, até para que se possa dizer quando os direitos à intimidade e integridade tenham

sido violados. Evidentemente, tais violações dependerão da valoração do julgador no caso prático.

Por outro lado, a regra de precedência não cuidou de proteger a vida privada, que é direito fundamental diverso da intimidade conforme a dicção do art. 5º, inc. X da CF/88 que tutela, separadamente, estes dois direitos.

Outra leitura que se pode propor quanto aos procedimentos de busca é no sentido de entender-se por vedada qualquer forma de busca pessoal (preliminar ou íntima) violadora da dignidade da pessoa humana. Trata-se de um entendimento mais amplo e que englobaria os dispositivos legais abordados.

A dignidade da pessoa humana é norma fundamental que desloca o ser humano para o centro do ordenamento e pode ser entendida como valor intrínseco e inato do ser humano, que será tido como violado sempre que se adote conduta que leve à coisificação do ser humano (conceito mínimo de dignidade da pessoa humana baseado em Kant).

Trata-se do valor máximo do ordenamento jurídico brasileiro que, além de conferir unidade axiológica aos direitos fundamentais, é o valor responsável por conferir fundamentalidade a tais direitos, ao mesmo tempo em que serve de limitação a eles, na medida em que não permite ponderação para além do mínimo que cada direito fundamental tem de dignidade.

Compreende-se que, não obstante a previsão do art. 40 da nova codificação, bem como a do art. 373-A da CLT, não se deve admitir o uso do poder empregatício que, em defesa de um direito de propriedade, venha a violar a dignidade do trabalhador.

No entanto, sabendo-se que o conflito é, novamente, de direitos fundamentais (propriedade x dignidade da pessoa humana), a solução aqui apontada necessitará de construção jurisprudencial, pois como se viu a precedência de um direito fundamental sobre outro é condicionada e depende de um sopesamento para que fique clara a violação da dignidade. Tal sopesamento somente poderá ser feito diante do caso concreto, dependendo, do entendimento do julgador do caso prático.

## **7 Referências bibliográficas**

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008

BARBOSA, Gustavo Henrique Cisneiros. *A encíclica rerum novarum e o direito do trabalho*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3188/a-enciclica-rerum-novarum-e-o-direito-do-trabalho>. acesso em: 14.12.2010

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9 ed. São Paulo: LTr, 2010,

*Dicionário informal.* Disponível em: <http://www.dicionarioinformal.com.br/buscar.php?palavra=poder>, acesso em 10 de outubro de 2010, às 22:31

Encíclica Rerum Novarum. Disponível em: [http://www.vatican.va/holy\\_father/leo\\_xiii/encyclicals/documents/hf\\_lxiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_lxiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html). acesso em 13.12.2010

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2005

GONÇALVES, Simone Cruxên. *Limites do jus variandi do empregador*. São Paulo: LTr

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

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. Belo Horizonte: Landy, 2002

LEMOES, Alessandro Medeiros. *Revista de pertences de empregados*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/12559/revista-de-pertences-de-empregados/3>, acesso em 13 de dezembro de 2010

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

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2004

NASSARO, Adilson Luis Franco. *A busca pessoal e suas classificações*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/9608/a-busca-pessoal-e-suas-classificacoes>, acesso em 13 de dezembro de 2010

SANTOS, Washington dos. *Dicionário Jurídico Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

VASCONCELLOS, Marcela Montanari Ramos de. *Busca e Apreensão*. Disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=-1110065839>. Acesso em 25.10.2010

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006

SILVA, Reinaldo Pereira e. *A dignidade da pessoa humana como condição de possibilidade de sentido*. Revista de Direito Privado 24, ano 6, outubro-dezembro de 2005