

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

O CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA PROPRIEDADE E DA PRIVACIDADE NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

THIEME SILVESTRI NETTO

Itajaí-SC

2014

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

O CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA PROPRIEDADE E DA PRIVACIDADE NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

THIEME SILVESTRI NETTO

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientadora: Professora Doutora Luciene Dal Ri

Itajaí-SC

2014

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus familiares, em especial meus pais maiores incentivadores que sempre compreenderam e tiveram paciência;

Ao Juliano que me apoiou e entendeu a minha ausência;

Ao Bruno, minha avó, amigas, tios e primos que se fazem presente na minha vida;

À minha orientadora pela dedicação e persistência;

Aos meus queridos alunos pelas longas conversas em Direito e Processo do Trabalho; Agradeço a Faculdade Campo Real, especialmente a Coordenação e ao Colegiado do Curso de Direito, instituição que me orgulho de fazer parte desde a graduação e também a Faculdade do Centro do Paraná pelo apoio.

Muito obrigada.

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho aos meus pais que sempre me
incentivaram, Jeanne e Flávio.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 10 de Outubro de 2014.

THIEME SILVESTRI NETTO

Mestranda

PÁGINA DE APROVAÇÃO
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CC/2002	Código Civil de 2002
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
ART.	Artigo
ONU	Organização das Nações Unidas
OIT	Organização Internacional do Trabalho
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
PR	Paraná
SC	Santa Catarina
DEJT	Diário da Justiça do Trabalho
DOE	Diário Oficial Estadual
RO	Recurso Ordinário
RR	Recurso de Revista
Proc.	Processo
T.	Turma
Publ.	Publicação
§	Parágrafo
CC	Código Civil
TST	Tribunal Superior do Trabalho
Inc.	Inciso

ROL DE CATEGORIAS¹

Contrato de Trabalho: *O contrato de trabalho é o acordo expresso (escrito ou verbal), ou tácito firmado entre uma pessoa física (empregado) e outra pessoa jurídica ou entidade (empregador), por meio do qual o primeiro se compromete a executar, pessoalmente em favor do segundo um serviço de natureza não eventual, mediante salário e subordinação jurídica. Sua nota típica é a subordinação jurídica, definido no artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho.*

Dignidade da Pessoa Humana: Sendo Ingo Wolfgang Sarlet: “*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 existentes 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*”.²

Direito do Trabalho: É um dos ramos do Direito, pois possui características próprias, e é especializado na regulamentação das relações laborativas da sociedade.

Direitos fundamentais: direitos fundamentais são aqueles provenientes dos denominados enunciados normativos de direito fundamental inseridos no texto constitucional vigente.³

Direitos fundamentais sociais: Direitos Sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância

¹ Os conceitos operacionais das Categorias Básicas são apresentadas de acordo com as orientações contidas em Pasold, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica. Teoria e Prática. 11 ed. rev. Atual. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium, 2008.

² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

³ ALEXY,

obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Direito da personalidade: A personalidade é atributo que habilita a pessoa a ser titular de relações jurídicas. O direito de personalidade, os direitos, as pretensões e ações que dele se irradiam são irrenunciáveis, inalienáveis, irrestringíveis. São direitos irradiados dele os de vida, liberdade, saúde (integridade física e psíquica), honra, igualdade.

Direitos Humanos: Direitos e liberdades de todos os homens.

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

Princípios do Direito do Trabalho: Trata dos princípios inerentes ao ramo do Direito do Trabalho.

Princípio da Propriedade: No artigo 5º CF, dois incisos estabelecem regras, o XXII (*XXII – é garantido o direito de propriedade*) e o XXIII (*XXIII – a propriedade atenderá a sua função social*).

SUMÁRIO

RESUMO.....	10
ABSTRACT.....	11

INTRODUÇÃO.....	12
-----------------	----

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	18
---	-----------

1.1 NOÇÕES GERAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	18
--	----

1.1.1 Essência dos Direitos Fundamentais.....	22
---	----

1.1.2 Eficácia dos Direitos Fundamentais.....	22
---	----

1.1.3 Referencial histórico.....	27
----------------------------------	----

1.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	30
--	----

1.2.1 Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos do Trabalho.....	32
---	----

1.2.2 Princípio da Privacidade.....	35
-------------------------------------	----

1.2.3 Princípio da Intimidade e da Vida Privada.....	37
--	----

1.3 PRINCÍPIO DA PROPRIEDADE.....	38
-----------------------------------	----

1.3.1 Da livre iniciativa e valor social do trabalho.....	39
---	----

1.4 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO.....	42
--	----

2 A HARMONIZAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPRIEDADE E DA PRIVACIDADE: Hermenêutica e interpretação.....	47
--	-----------

2.1 APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA.....	47
---	----

2.2 MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO: O JUÍZ E A INTERPRETAÇÃO NOS CASOS CONCRETOS.....	51
---	----

2.3 PÓS POSITIVISMO.....	56
--------------------------	----

2.4 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.....	62
--	----

2.5 A COLISÃO ENTRE O PODER DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DO EMPREGADO.....	64
---	----

3 FUNDAMENTOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO NO DIREITO BRASILEIRO

.....	70
3.1 O CONTRATO DE TRABALHO STRICTO SENSU: Subordinação jurídica	70
3.2 PODER HIERÁRQUICO DO EMPREGADOR	72
3.2.1 Princípio da propriedade como parte do poder empregatício	74
3.3 LIMITAÇÕES AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	75
3.3.1 Revista Íntima	76
3.3.2 Restrições às redes sociais e monitoramento ao uso de e-mail	80
3.3.3 Vedação ao uso do telefone	85
3.3.4 Uso de equipamentos audiovisuais e do polígrafo	87
3.4 TRANSNACIONALIDADE	91
3.4.1 Direito do Trabalho Transnacional	95
3.4.2 Transconstitucionalidade	100
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	 105
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	109

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na linha de pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito. O objeto de estudo desta Dissertação é analisar os conflitos entre princípios constitucionais nas relações empregatícias em especial da privacidade e o da propriedade. Na relação empregatícia as partes possuem diferentes objetivos e isso resulta em conflitos que são tema de discussão na doutrina e jurisprudência. No lado do empregador, defende-se com base no direito de propriedade, função social e livre iniciativa bem como prerrogativas de direção, regulamentação, fiscalização, e disciplinamento da economia interna da empresa diversas atitudes para conseguir menor custo e alta produtividade, a propriedade e sua função social é direito constitucional fundamental (CF. art. 5º, XXIII, art. 170, caput e inciso III). Em contrapartida, certas medidas de controle violam direitos constitucionais fundamentais do empregado, como em casos de revistas íntimas, restrições a redes sociais e internet, monitoramento ao uso de e-mail, vedação ao uso de telefone que comprometem a dignidade da pessoa humana, em especial, a privacidade, intimidade e a honra (art. 5º, X, da CF/1988) sendo assim, o afã do empregador em proteger seu patrimônio não podem se sobrepor à dignidade do trabalhador e causar-lhe constrangimento ou submissão a situações vexatórias. Dessa forma, a pesquisa pretende observar o direito e a proteção da personalidade dos empregados quando conflitados com o poder diretivo do empregador e o estudo inicia-se com a consagração constitucional de direitos e dos direitos fundamentais e a sua efetividade bem como a diferença entre direitos humanos. Após, é apresentado formas de ponderação dos interesses, que pauta a dignidade da pessoa humana como epicentro da Constituição Federal e a harmonização entre princípios violados através do princípio da proporcionalidade e razoabilidade bem como proteção do trabalhador a nível transnacional.

Palavras-chave: Direito do trabalho; Dignidade da pessoa humana; Princípio da propriedade; Direitos da Personalidade.

ABSTRACT

This work is linked into the search of Constitutionalism and the Right Production. The subject of this dissertation is to analyze the conflicts between constitutional principles in the labor relations in particular privacy and the property. In the labor and employment relationship the both parts have different goals and that ends up with conflicts. The subject of this work is how to solve the conflicts studying the doctrine and jurisprudence. The employer argue on the basis of property rights, social function and the prerogatives of management, regulation, supervision, and discipline of the internal economy of the enterprise initiative to free attitudes to protect the property and that leads to lower cost and high productivity. On the labor side, personality rights such as privacy, intimacy and private life end up being violated with certain attitudes of the employers. Along that and because of a constant fear of financial loss, the technological advances helped the employers and with the excuse of the hierarchical power to developed ways to try to control the employees with close inspections and restrictions to social networks and the internet, monitoring the e-mail and phone. However, this work shows that the rights of the labors can not lead risk to physical integrity or moral, dignity, privacy and honor. Thus begins with the consecration of constitutional rights and fundamental rights and its effectiveness. After, it is presented forms of pacification and harmonization of the collision of the principles and fundamental rights and how we need to protect the workers in transnational law too.

Keywords: Labor Law; Human Dignity; Property Principle; Personality Rights.

INTRODUÇÃO

A presente Dissertação tem o objetivo de obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica – CMCJ vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ - da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e como linha de pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito.

O objetivo científico é analisar os conflitos entre princípios constitucionais nas relações empregatícias em especial da privacidade, intimidade e da vida privada com o da propriedade. Isso porque tanto aos empregadores quanto aos empregados tais princípios são inerentes. A harmonização entre os princípios constitucionais e a conduta de empregados e empregadores no local de trabalho tem sido tema de discussão na doutrina e jurisprudência.¹

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

A atual Constituição Federal assegura que “é garantido o direito de propriedade” (artigo 5º, XXII, CF) e que “a propriedade atenderá a sua função social” (artigo 5º, XXIII, CF), formando o princípio constitucional da propriedade. Sendo assim, em decorrência e com fundamento no princípio da propriedade, o empregador possui o poder empregatício e as suas prerrogativas de direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna a empresa correspondente a prestação de serviço. Em casos concretos, como pode ser pacificada a colisão entre princípio da propriedade do empregador e a violação aos princípios também constitucionais como o da privacidade, intimidade e vida privada do empregado?

Os direitos fundamentais devem ser harmonizados uma vez que estão inseridos num ordenamento jurídico e a incidência de um determinado direito pode conflitar com a incidência de outros direitos, ambos protegidos pela ordem constitucional. A pesquisa pretende observar o direito e a proteção da personalidade dos empregados que conflita com o poder diretivo do empregador, pois atualmente é constante a realização de revistas íntimas, restrições a redes sociais e internet, monitoramento ao uso de e-mail, vedação ao uso de telefone e uso contínuo de equipamentos audiovisual, entretanto deve ser analisado cada caso para saber se o

¹ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.206

princípio da propriedade vai prevalecer sobre o da privacidade.

O objetivo investigatório é o de pesquisar, analisar e descrever com base na doutrina e na legislação sobre a colisão desses direitos fundamentais. O ponto específico da investigação será os meios de interpretação e ponderação dos princípios. Por se tratar de direitos fundamentais de dois lados com interesses e objetivos diferentes, em caso de colisão, qual é a forma de harmonização a ser realizado em nosso ordenamento?

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses está exposto na presente Dissertação, de forma sintetizada, como segue. Principia-se com a diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos. A partir disso, estuda-se a consagração constitucional de direitos e dos direitos fundamentais e a sua efetividade. Apresentado os conceitos, evidencia que o empregado e o empregador possuem lados diversos na relação jurídica e, portanto pode ocorrer à colisão de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos em que apenas um poderá predominar.²

Apresenta-se o referencial histórico das conquistas dos direitos fundamentais, surgimento de direitos sociais e das leis trabalhistas. Logo é possível entender a dignidade da pessoa humana como processo de luta e concretização dos direitos fundamentais e como seqüência, os princípios da privacidade, intimidade e vida privada. Ao empregador é analisado o princípio da propriedade, exploração de bens, função social, livre iniciativa e o poder hierárquico.

O capítulo dois dedica-se a diferença entre regras e princípios para o entendimento da hermenêutica jurídica e formas de solução dos conflitos entre os princípios e aplicação nos casos concretos para que sejam harmonizados segundo o pós positivismo e a interpretação do juiz para solução do caso concreto tendo como base a proporcionalidade e razoabilidade.

Encerrados os dois primeiros capítulos, o último trata de fundamentos da relação de emprego no direito brasileiro e elementos do contrato de trabalho *stricto sensu*. A partir dessa premissa se constrói a diferença entre empregados e empregadores e a subordinação jurídica entre as partes. Ao empregador o poder diretivo, fiscalizatório e controle são decorrência do princípio da propriedade, mas o empregador pode realizar qualquer ato que desejar para preservar a sua

² PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 87.

propriedade?

Daí que certas atitudes dos empregadores juntamente com avanços tecnológicos resultantes do poder hierárquico devem ser previstas na legislação e na falta de previsão resultam em controvérsia. Essa nova realidade faz com que exista um eminente controle e medo de prejuízo financeiro e assim os empregadores estão utilizando da tecnologia, como uso de câmeras, controle, restrição de internet, e-mail e telefone para proteger a propriedade, além do empregador tem desconfiar previamente do empregado e realizar revistas e o polígrafo para proteger a propriedade.

Denota-se que a proteção a propriedade não pode afrontar princípios constitucionais do empregado. A realidade é que atualmente muitos empregados não laboram em um local específico, e assim não pode mais ser protegido apenas por princípios constitucionais, sendo que muitos empregados não trabalham no país em que residem, pois os avanços tecnológicos permitiram esse tipo de contrato de trabalho.

É evidente que proteções mínimas aos trabalhadores devem ser resguardadas e impostas não apenas a nível nacional, mas com uma legislação internacional que defina critérios mínimos ao trabalhador.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são sintetizadas as contribuições sobre os conflitos entre os princípios da privacidade e da propriedade na relação empregatícia. Nesta Dissertação as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula.

As técnicas de investigação utilizadas foram pesquisar, interpretar e relatar sobre a dignidade humana como princípio fundamental que instituiu os direitos e garantias fundamentais protegendo assim todos os atributos inerentes à pessoa humana do empregado bem como o princípio da propriedade e em consequência, o poder de direção. Além disso, analisar e descrever os conflitos entre princípios constitucionais da intimidade, da vida privada e da privacidade versus da propriedade em uma relação de emprego quando afrontados em casos práticos solucionados pela hermenêutica jurídica.

Na fase de investigação e no relatório de pesquisa utilizou-se o método indutivo, enquanto que na fase de tratamento o método utilizado foi o dedutivo compreendendo as leis gerais e aplicando a casos e compondo com a pesquisa

bibliográfica³. Foram acionadas as técnicas do referente⁴, da categoria⁵, da pesquisa bibliográfica⁶ e do fichamento⁷.

Nesta Dissertação as Categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus Conceitos Operacionais são apresentados em glossário inicial, na forma de Rol de Categorias e seus Conceitos Operacionais.

³ Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 210.

⁴ "explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.* especialmente p. 54.

⁵ "palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.* especialmente p. 25.

⁶ "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.* especialmente p. 207.

⁷ "Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma aula, segundo Referente previamente estabelecido". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.* especialmente p. 201 e 202.

CAPÍTULO 1

DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

1. NOÇÕES GERAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, faz-se necessário afirmar que os direitos sociais são uma segunda dimensão dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988 que tem como base a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, conforme artigo 1º, III.

O estudo dos direitos fundamentais se faz necessário porque representa os direitos do homem e a sua incidência é essencial para tornar as relações empregatícias mais humanizadas e justas, o estudo está dividido em (i) essência dos direitos fundamentais, eficácia dos direitos fundamentais e referencial histórico; (ii) dignidade da pessoa humana e os Direitos do Trabalho e (iii) princípio da propriedade.

1.1 ESSÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste item será analisado os Direitos Fundamentais e Direitos Humanos para explicar em que consistem tais direitos fixando como centro a dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais não possuem o mesmo conceito de direitos humanos. O primeiro trata de direitos positivados em um determinado ordenamento jurídico, e os direitos humanos são atribuídos à humanidade em geral, por meio de tratados internacionais, apesar do conteúdo de ambos serem semelhantes. De certo que tanto os direitos fundamentais quanto os direitos humanos buscam a proteção

de valores que permitam a proteção de tipos de violência e afirmam a condição humana.

Para Ingo Wolfgang Sarlet:

“Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).”⁸

Assim, a consagração dos direitos fundamentais no ordenamento constitucional é a sua positivação, porém, isso não garante a efetividade dos direitos, em função de que a parte que precisa de ações do poder público para a ressalva do bem jurídico.

Os direitos fundamentais variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra.⁹ Os chamados direitos de primeira geração são os direitos individuais, de natureza civil e política, e “foram reconhecidos para a tutela das liberdades públicas, em razão de haver naquela época uma única preocupação, a de proteger as pessoas do poder opressivo do estado”.¹⁰

Os direitos humanos inseridos nas Constituições se equiparam a direitos fundamentais, os quais os Estados com tão elevada proclamação no direito interno, comprometem-se a respeitar, garantir e dar-lhes efetividade. Sem essa positivação os direitos são meras esperanças - no máximo direitos de resistência - sem

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª Ed. 2004.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 561.

¹⁰ Francischini, Nadialice. **Análise descritiva sobre as gerações dos direitos fundamentais. Revista do Direito**. <<http://revistadireito.com/analise-descritiva-sobre-as-geracoes-dos-direitos-fundamentais/#sthash.u6J6e3bX.dpuf>>. Acesso em 24 de Março de 2014, s.a, s.p.

condições de ser cobrados dos governos.¹¹ Os direitos humanos não demandam de um regime político e costumes determinados. Luis Alberto Warat argumenta:

“Partindo dessa perspectiva, percebe-se que a questão dos direitos humanos e da democracia precisa ser pensada como um projeto global de libertação do homem em todos os níveis: social, político, psíquico, econômico, ético e estético. Em uma análise, forçar o político a afirmar-se como imprescindível cenário de conflitos, das práticas de autonomia e das reviravoltas das verdades instituídas.”¹²

Nadialice Francischini, a despeito da discussão acerca da nomenclatura dos direitos humanos, afirma que foi Norberto Bobbio quem consagrou as gerações/dimensões, ao afirmar que o “*desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases*” - que são as três primeiras gerações/dimensões clássicas dos direitos humanos.¹³

Os direitos humanos são chamados de liberdades negativas que por vezes “*constituíam verdadeiro obstáculo à interferência estatal e buscam controlar e limitar os desmandos do governante, de modo que este respeite as liberdades individuais da pessoa humana*”.¹⁴

Os direitos de segunda geração são conhecidos como direitos sociais, culturais e econômicos que surgiram com a queda do Estado Liberal e o nascimento do estado do bem-estar social. Bobbio descreve como “*direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, mas sim positivamente, como autonomia*”.¹⁵

Os direitos sociais são decorrentes da solidariedade ou da titularidade coletiva, ou seja, direitos difusos. Entretanto, direitos fundamentais para Michelli Pfaffenseller são:

¹¹ SOARES, EVANNA. **A Constitucionalização dos Direitos Humanos**. <http://www.prt22.mpt.gov.br/artigos/trabevan21.pdf>. Acesso em 26 de Julho de 2013. s.a, s.p.

¹² WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito: O direito não estudado pela teoria jurídica moderna**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 92.

¹³ Francischini, Nadialice. **Análise descritiva sobre as gerações dos direitos fundamentais. Revista do Direito**. <<http://revistadireito.com/analise-descritiva-sobre-as-geracoes-dos-direitos-fundamentais/#sthash.u6J6e3bX.dpuf>> Acesso em 24 de Março de 2014, s.a, s.p.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992, p.32.

¹⁵ *Idem*, p.32.

“Direitos que reservam ao indivíduo uma esfera de liberdade em relação ao” Estado. Nesta mesma dimensão, porém no que concerne aos direitos políticos, Bobbio afirma serem direitos que concedem uma liberdade “no” Estado, pois permitiram uma participação mais ampla, generalizada e freqüente dos membros da comunidade no poder político. Podem ser citados como exemplos de Direitos Fundamentais de primeira geração os direitos à vida, à liberdade e à igualdade, previstos no caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Derivados de tais direitos, também podem ser destacados como direitos de primeira geração na Constituição brasileira as liberdades de manifestação (art. 5º, IV), de associação (art. 5º, XVII) e o direito de voto (art. 14, caput). Os direitos da segunda geração são os sociais, culturais e econômicos. Derivados do princípio da igualdade surgiram com o Estado social e são vistos como direitos da coletividade. São direitos que exigem determinadas prestações por parte do Estado, o que ocasionalmente gerou dúvidas acerca de sua aplicabilidade imediata, pois nem sempre o organismo estatal possui meios suficientes para cumpri-los. Tal questionamento, entretanto, foi sanado nas mais recentes Constituições, tal como a brasileira, que prevê no art. 5º, § 1º a auto-aplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais”.¹⁶

Com a inserção no texto da Constituição da ideia de Estado Social (art. 3º) representou as possibilidades de resgate das promessas da modernidade não cumpridas no país.¹⁷ O Estado de bem-estar social surgiu da eclosão das reivindicações e dos movimentos sociais dos trabalhadores por melhores condições de trabalho e de subsistência. Isso levou o Estado a interferir diretamente nas relações privadas para regulamentar a relação de trabalho e dar proteção social aos indivíduos aliados do mercado de trabalho.

Para Sarlet, a finalidade dos direitos fundamentais é proteger o indivíduo e não a coletividade, porque o reconhecimento dos direitos fundamentais como direitos subjetivos atende um maior grau de efetivação do que previsão de obrigações de caráter meramente objetivo.¹⁸

¹⁶ PFAFFENSELLER, Michelli. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_85/Artigos/PDF/MichelliPfaffenseller_Rev85.pdf>, S.a, S.p

¹⁷ STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.21.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 3ª Ed, 2009, p.159.

Por outro lado, George Marmelstein afirma que existe uma banalização dos direitos fundamentais, pois existem para todos os gostos, principalmente para os que possuem algumas características como aplicação imediata, cláusulas pétreas e hierarquia constitucional.¹⁹

1.1.2 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A evolução das relações entre sociedade e o estado e os limites da proteção constitucional da autonomia privada remetem ao debate teórico sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, assim deve-se seguir parâmetros específicos principalmente para a incidência dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas.

Os direitos fundamentais são positivados e em nosso direito constitucional positivo (material e formal) e são conceituados como posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância integrados ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal).

Os direitos fundamentais possuem eficácia vertical nas relações particular-Estado e a eficácia horizontal na aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares, assim quando uma das partes não respeita a relação com a outra parte existe a colisão de direitos fundamentais.

Para Peter Häberle:

“Processo político não é um processo liberto da Constituição: formula pontos de vista, provoca e impulsiona desenvolvimentos que, depois, se revelam importantes sob o ângulo constitucional, quando, por exemplo, o juiz constitucional reconhece que é missão do legislador, no âmbito das alternativas compatíveis com a Constituição, atuar desta ou daquela forma. O legislador cria uma parte da esfera pública e da realidade da Constituição, coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais, atuando como um elemento estimulador da

¹⁹ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas. 3ª ed, 2011, p.17.

interpretação constitucional e da “modificação da Constituição”; interpreta a Constituição, de modo a possibilitar eventual revisão, por exemplo, na concretização da vinculação social da propriedade.”²⁰

Lenio Streck estabelece que:

“A complexidade do mundo contemporâneo expõe a possibilidade e a necessidade de os indivíduos aspirarem não a um reduzido grupo de valores ou princípios, com uma homogeneidade de características e funções, mas, de outra forma, a um rol axiológico e principiológico variado que possibilite a conformação normativa da vida social e coletiva do tempo presente.”²¹

E ainda:

“Como se sabe, a Constituição determina - explícita ou implicitamente - que a proteção dos direitos fundamentais deve ser feita de duas formas: a uma, protege o cidadão frente ao Estado; a duas, através do Estado - e inclusive através do direito punitivo - uma vez que o cidadão também tem o direito de ver seus direitos fundamentais protegidos, em face da violência de outros indivíduos. Isto significa afirmar - sem temor às inexoráveis críticas dos setores ainda atrelados a uma visão liberal-iluminista clássicos acerca do papel do Estado que este (o Estado) deve deixar de ser visto na perspectiva de inimigo dos direitos fundamentais, passando-se a vê-lo como auxiliar do seu desenvolvimento (Drindl, Canotilho, Vital Moreira e Stern) ou outra expressão dessa mesma ideia, deixam de ser sempre e só direitos contra o Estado para serem também direitos através do Estado.”²²

Ingo Wolfgang Sarlet ressalta:

“Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art.5º, §1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade

²⁰ JUCÁ, Roberta Laena Costa. **A constituição brasileira de 1988 como constituição aberta - Aplicação da teoria de Peter Häberle**. Pensar: Revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza. Edição especial, 2007, s.p

²¹ STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.2.

²² STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007, p.20.

imediate e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição.”²³

Lenio Streck enfatiza que:

“Na verdade, a tarefa do Estado é defender a sociedade, a partir da agregação das três dimensões de direitos protegendo-a contra os diversos tipos de agressões. Ou seja, o agressor não é somente o Estado. O Estado não é único inimigo! Registre-se, nesse sentido, a doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou de sua eficácia perante terceiros, produto de uma constatação básica e evidente: a de que os direitos fundamentais também são violados por particulares, e não apenas pelo Estado. No caso do direito penal, é exatamente essa a relação que se tem: uma pessoa física violando direito fundamental de outra”.²⁴

Dessa forma, a eficácia de um direito fundamental é determinada pelo cumprimento do Estado que deve respeitar e assegurar a observância, com o regular cumprimento das normas. O cumprimento das normas deve ser realizado pelo Estado e entidades que possam violar a esfera de liberdade dos indivíduos.

Peter Häberle descreve que o papel do *“juiz constitucional já não é de interpretar, no processo constitucional, de forma isolada, e muitos são os participantes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente.”*

25

Para o autor:

“Na fase anterior à interpretação constitucional procedida pelos juízes, são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição. O conceito “participantes do processo constitucional” relativiza-se à medida que se amplia o círculo daqueles que, efetivamente, tomam parte na interpretação constitucional. A esfera pública pluralista desenvolve força

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. Salvador: Revista dialogo jurídico.** Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf>.

2011,s.p.

²⁴ STRECK, Luiz Lênio. **A dupla face do princ. da proporcionalidade e o cabimento do Mandado de Segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista- clássico.**

<http://www.mprs.mp.br/criminal/doutrina/id385.htm>>. Acesso em 30/09/2014, s.a, p.14.

²⁵ *Idem*, p.7.

normatizadora. Posteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a atualização pública.
»²⁶

Diante do exposto, ao juiz cabe a interpretação da constituição por assim ser parte do processo constitucional, desta forma defende a sociedade em uma violação realizada pelo ente público quanto pelo privado.

Portanto, a Constituição atual é voltada para o disciplinamento amplo do ordenamento jurídico, a fim de torná-lo mais rígido, com normas e princípios fundamentais direcionados a uma proteção efetiva dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, em todos os ramos do Direito. A Constituição deixou de ser fonte protetora apenas do Estado para ser a garantia fundamental absoluta da coletividade, uma vez que ela possui direitos fundamentais que não podem ser sufragados por ideais políticos ou por vontade do poder central.²⁷

Sobre a efetividade dos direitos fundamentais Ingo Sarlet esclarece a necessidade de reconhecimento de certos direitos subjetivos a prestações ligados aos recursos materiais mínimos para a existência de qualquer indivíduo:

“A efetividade dos direitos fundamentais - de todos os direitos - depende, acima de tudo, da firme crença em sua necessidade e seu significado para a vida humana em sociedade, além de um grau mínimo de tolerância e solidariedade nas relações sociais, razão, aliás, pela qual de há muito se sustenta a existência de uma terceira dimensão (ou "geração") de direitos fundamentais, oportunamente designada de direitos de fraternidade ou solidariedade. A preservação do meio ambiente, o respeito pela intimidade e vida privada, a proteção da criança e do adolescente, a igualdade entre homens e mulheres, a liberdade de expressão, dependem de um ambiente familiar e de relações afetivas sadias e responsáveis, enfim, de muito mais do que um sistema jurídico que formalmente assegure estes valores fundamentais, assim como de Juízes e Tribunais que zelem pelo seu cumprimento.”²⁸

O posicionamento que se adota ao tema eficácia dos direitos

²⁶ *Idem*, p.7

²⁷ MATTOS, F. **Democracia e Eco-Sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Revista CREA-RJ. 1999, p. 13.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf> 2007, p. 9.

fundamentais para Daniel Sarmento é solucionado na Constituição Federal “*que é intervencionista e social, como o seu generoso elenco dos direitos sociais e econômicos. Nossa Constituição consagra um modelo de Estado-Social voltado para a promoção de igualdade substantiva*” não bastando para excluir a aplicação dos direitos fundamentais.²⁹

Assim, a Constituição é a garantia formal da sociedade na proteção dos direitos fundamentais, razão pela qual é considerada uma norma constitucional com pelo menos eficácia mínima.

1.1.3 REFERENCIAL HISTÓRICO

O estudo da pessoa humana inicialmente adentra em aspectos históricos apontando algumas transformações ideológicas da sociedade. Os direitos fundamentais como proteção do cidadão exigem atitudes do poder público.

Em contrapartida, o nascimento dos direitos fundamentais passa pela história política da Inglaterra, Estados Unidos e França que positivaram e internacionalizaram os direitos. Na Inglaterra foram elaborados cartas e estatutos assecuratórios de direitos fundamentais, como a Magna Carta, em 1215, pelo Rei João Sem – Terra com a previsão de proteção a propriedade, preso e o executado sem julgamento.

Nos séculos XVII e XVIII, o jus naturalismo desenvolveu e ao mesmo tempo, o Direito Natural. Outro exemplo é a Declaração francesa, de 1789 que universalizou os direitos fundamentais por ela consagrados e por não terem limitação espacial específica, considerou-se para toda a humanidade.

Os primeiros direitos fundamentais do trabalho surgiram com a revolução industrial, que é a marca dos direitos trabalhistas. Foi com ela que começou a se firmar a relação de empregado e empregador, juntamente com as máquinas motrizes

²⁹ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fabio Rodrigues. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho**. Revista do TST, 2011, v.77 n.4, p. 82.

e automóveis a vapor, utilizados em grandes escalas, o que com o passar do tempo deram lugar as fábricas e linhas de produção.

As primeiras leis trabalhistas surgiram em meados de 1917, com a primeira constituição surgida no México que destacou os direitos sociais ditando, por exemplo, a jornada de trabalho diária de oito horas diurnas e sete noturnas. Seguindo este exemplo, a Alemanha edifica sua Constituição em 1919. Essas cartas acabaram influenciando outros países, inclusive o Brasil.

A primeira constituição federativa do Brasil, outorgada em 1934, previa algumas normas de melhorias nas condições do trabalho, mas o processo de internacionalização dos Direitos Fundamentais veio a se intensificar nos anos que se seguiram ao fim da Segunda Guerra Mundial, com a criação da Organização das Nações Unidas – ONU, Declaração Universal da ONU de 1941 e com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, cujo texto procurou condensar em um único documento os valores universalmente compartilhados pela humanidade, incluindo, portanto, em tal conjunto tanto as liberdades de cunho individual, quanto às garantias sociais.

O Brasil acolheu a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Tal documento representa a associação de um processo ético de reconhecimento da igualdade essencial do ser humano e possibilitar ao indivíduo a satisfação de necessidades básicas.

Quanto aos direitos da personalidade que procuram definir a busca do homem como pessoa, cumpre asseverar que o estudo tem por base a evolução da pessoa que é considerado o valor-fonte de todos os demais valores, sendo o principal fundamento do ordenamento jurídico.³⁰

A Declaração Universal da ONU de 1941 descrevia os direitos da personalidade em que citava o respeito da vida privada da pessoa: *“nenhum cidadão pode ser submetido a interferências arbitrárias na sua vida privada, na sua família, na sua casa, na sua correspondência; nem a ataques a sua honra e reputação. Todo o homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”*

³⁰ REALE, Miguel. **Os Direitos da Personalidade**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>, s.a, s.p.

Porém, foi apenas com a Constituição de 1988 que consolidou o direito a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado além da previsão sobre a privacidade, honra e a intimidade, coibindo práticas que ofendam a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) conforme artigo 5º, inciso X”, *in verbis*: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Esses direitos são imprescindíveis na medida em que, sem eles a pessoa não existiria como tal, ou seja, são essencialmente fundamentais.

Entretanto, não há como pensar as relações empregatícias sem considerar os direitos fundamentais e a proteção a dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana é o resultado de um processo de luta e concretização do direitos sociais e isso se torna evidente através da autonomia privada, que é condição para o desenvolvimento da dignidade, e reforçada através da proteção a direitos da personalidade.

Alice Monteiro de Barros escreve que “a dignidade humana ocupa posição de destaque no exercício dos direitos e deveres que se exteriorizam nas relações de trabalho e aplica-se em várias situações, principalmente para evitar tratamento degradante do trabalhador.”³¹ Para Ingo Sarlet:

“Convém que fique registrado que - além da crise dos direitos fundamentais não se restringir aos direitos sociais - a crise dos direitos sociais, por sua vez, atua como elemento de impulso e agravamento da crise dos demais direitos. Assim, apenas para ficarmos com alguns exemplos, constata-se que a diminuição da capacidade prestacional do Estado e a omissão das forças sociais dominantes, além de colocarem em cheque a já tão discutível efetividade dos direitos sociais, comprometem inequivocamente os direitos à vida, liberdade e igualdade (ao menos, no sentido de liberdade e igualdade real), assim como os direitos à integridade física, propriedade, intimidade, apenas para citar os exemplos mais evidentes. Basta, neste contexto, observar que o aumento dos índices de exclusão social, somado à crescente marginalização, tem gerado um aumento assustador da criminalidade e violência nas relações sociais em geral, acarretando, por sua vez, um número cada vez maior de agressões ao patrimônio, vida, integridade corporal, intimidade, dentre outros bens jurídicos fundamentais”.³²

³¹ BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2013, 9ª Ed, p. 463.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 8.

Assim, deve se demonstrar a inserção da dignidade da pessoa humana como a valorização da pessoa humana à luz da discussão sobre os direitos sociais.

1.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Os Direitos Sociais tornaram-se visíveis em nosso Estado com a Constituição Federal de 1988. O artigo 6º prevê que: “*São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição*”.

Os direitos fundamentais sociais compreendem-se às prestações estatais e são a liberdade positiva do indivíduo de buscar do Estado algumas prestações.

A partir da premissa de que direitos fundamentais sociais são prestações, e de certa forma, estão a serviço da efetiva fruição dos direitos fundamentais em geral (a serviço da liberdade e igualdade material), não há como desconsiderar a evidência de que a conceituação desses direitos fundamentais sociais representam os direitos a prestações estatais:

“Ao menos do ponto de vista de nosso direito constitucional positivo é manifestamente equivocada. Com efeito, se já logramos demonstrar que os direitos a prestações, tomados em sentido amplo, não se restringem a direitos a prestações materiais, de tal sorte que nem todos os direitos a prestações são direitos sociais, também os direitos sociais não se limitam a uma dimensão prestacional. Basta, neste sentido, apontar para os diversos exemplos que podem ser encontrados apenas no âmbito dos assim denominados “direitos dos trabalhadores”, localizados nos arts. 7º a 11 da nossa Constituição”.³³

Para Clémerson Merlin Clève:

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf>, 2007, p. 18.

“A Constituição Federal em vigor, de alguma maneira, alterou significativamente o quadro dos direitos fundamentais, especialmente quando em vários dispositivos constitucionais, mas especialmente, no art. 6º, os nominou reportando-se ao direito à (proteção da) saúde, ao direito ao lazer, ao direito à educação, à alimentação (incluída pela EC n. 64/2010), à previdência, entre outros”.³⁴

Portanto segundo a Constituição Federal, o trabalho é fundamento da ordem econômica e da ordem social, o que revela sua importância como direito social. Elizabet Leal da Silva explica:

“Os direitos fundamentais possuem finalidade essencial de proteger a dignidade da pessoa humana e nessa esteira apresentam-se várias situações que devem ser preponderantes neste papel. Busca-se a garantia da liberdade, da intimidade, privacidade, imagem e honra entre outros, a fim de que o indivíduo, cidadão de direitos, possa existir e coexistir com as condições mínimas necessárias para ser considerado um ser humano digno e conseqüentemente um trabalhador digno”.³⁵

Entretanto, para Clève:

“Há teorias que sustentam que os direitos sociais não são verdadeiros direitos, constituindo, na verdade, meros programas de ação governamental. Afinal, as disposições constitucionais respectivas não apontam o responsável por sua efetivação, não definindo, ademais, e concretamente, a prestação devida. Não definem sequer, de uma maneira geral, a prestação devida. Não definem sequer, de uma maneira geral, a precisa prestação reclamada do Estado para a sua solução. Seriam disposições, portanto, dependentes de regulamentação, da atuação do Legislador, sem as quais seriam inexigíveis”.³⁶

Ingo Wolfgang Sarlet especificamente em relação aos direitos sociais:

“Nunca foram objeto de um reconhecimento consensual, além de sempre terem sido tratados, pelo menos predominantemente, de forma diferenciada, especialmente quanto à sua efetivação. Se isto já era

³⁴ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p. 17.

³⁵ SILVA, Elizabet Leal. **Emancipação do trabalho e dignidade no trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2011, p.58.

³⁶ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p. 20.

verdade antes de se falar propriamente de uma crise do Estado Social de Direito, caracterizado justamente pelo reconhecimento e garantia de direitos sociais básicos, mais ainda este fenômeno se torna angustiante nos dias de hoje”.³⁷

Existem ainda os direitos sociais coletivos ao trabalhador, expressos nos artigos 7º a 11º da CF de 1988, e que tratam do direito de greve e liberdade sindical. A carta magna assim listou uma série de direitos fundamentais trabalhistas, que vai sustentar as normas infraconstitucionais e definir parâmetros das decisões para as situações problemas.

1.2.1 Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos do Trabalho.

O princípio da dignidade da pessoa humana na relação trabalhista é de extrema importância em razão do cenário econômico e da necessidade de flexibilização das normas. Como forma de garantia mínima do trabalhador, George Marmelstein conceitua a dignidade da pessoa humana em:

“Costuma-se dizer que o homem, pelo simples fato de sua condição humana, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado. Essa idéia de dignidade da pessoa humana, que na verdade, diz pouca coisa, já que é redundante”.³⁸

Elisabet Leal da Silva assegura que não se sabe quando começou a utilizar a expressão dignidade da pessoa humana. Existem relatos de que antes de Cristo.³⁹ A palavra dignidade apresenta diversos conceitos, sendo difícil a sua definição. A dignidade da pessoa humana é o mais importante fundamento do sistema constitucional brasileiro, considerado “*o primeiro fundamento e o último arcabouço da guarida dos direitos fundamentais*”.⁴⁰

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**. Salvador: Revista dialogo jurídico. 2011. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf>, p. 7.

³⁸ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas. 3ª ed, 2011, p. 18.

³⁹ SILVA, Elisabet Leal. **Emancipação do trabalho e dignidade no trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2011, p. 15.

⁴⁰ SOUZA NETTO, José Laurindo. **Colisão de Direitos Fundamentais: O direito à privacidade com liberdade de informação**. s.a. Disponível em:

Logo, Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que a dignidade “*é qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana e pode e (deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida*”.⁴¹ Nesta perspectiva, quando se fala em dimensões da dignidade da pessoa humana, refere-se à complexidade da própria pessoa e do meio no qual desenvolve sua personalidade.

Para além desta referência, o que se pretende apontar e sustentar é que a noção de dignidade da pessoa humana pode dar conta da “*heterogeneidade e da riqueza da vida, integrando um conjunto de fundamentos e uma série de manifestações*”.⁴²

Assim, a dignidade se torna base do nosso sistema constitucional como um guia e como base dos direitos fundamentais, a qual deve estar envolvida em um contexto social e não apenas individual. Ela é, portanto, o resultado do processo de luta pela concreção dos direitos fundamentais. É a luta pelo poder fazer e poder criar, pela possibilidade de dispor de seu próprio poder espiritual e material para desenvolver uma estrutura de sentimentos que nos capacita para a transformação do real.⁴³

Miguel Reale explica que a pessoa é o valor-fonte de todos os valores. E por ser o principal fundamento do ordenamento jurídico, os direitos da personalidade correspondem, portanto, às pessoas humanas em cada sistema básico de sua situação e atividades sociais, ou seja, direitos da personalidade que corresponde a um valor fundamental; a começar pelo do próprio corpo, pois se trata de uma condição essencial do que somos, do que sentimos, percebemos, pensamos e agimos.⁴⁴

Desta forma, os direitos da personalidade são reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, porque estão previstos no ordenamento jurídico para defesa de valores inatos do homem, como a

< <http://www.tj.pr.gov.br/download/cedoc/ArtigoJuizJos%C3%A9LaurindoSouzaNetto.pdf>>. Acesso em 02 de Junho de 2013, p.3

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**. Salvador: Revista dialogo jurídico. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf. 2011, p.41.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 3ª Ed. 2013, p. 362.

⁴³ RAMOS FILHO, Wilson. **Trabalho e Regulação no Estado Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 24.

⁴⁴ REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade**. s.a. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>. Acesso em: 18 de Junho de 2014.

vida, a intimidade, a honra e tantos outros.⁴⁵

Ingo Wolfgang Sarlet mostra ainda:

“Que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar a possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, compreendida como qualidade integrante e, em princípio, irrenunciável da própria condição humana pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe — ou é reconhecida como tal — em cada ser humano como algo que lhe é inerente”.⁴⁶

Destas definições, George Marmelstein menciona:

“O constituinte brasileiro positivou uma série de direitos com o objetivo de criar uma espécie de redoma protetora em torno da pessoa dentro da qual não cabe, em regra, a intervenção de terceiros, permitindo com isso o livre desenvolvimento da individualidade física e espiritual do ser humano. São os direitos da personalidade”.⁴⁷

Assim, nem o Estado e nem a sociedade devem se intrometer indevidamente na vida pessoal dos indivíduos. E em qualquer situação, devem ser resguardados, pois as pessoas possuem direitos patrimoniais e pessoais.

Para Carlos Alberto Bittar, os direitos da personalidade “*são direitos essenciais, vitalícios e intransmissíveis, em regra, necessários e oponíveis erga omnes, que tem posição singular no âmbito dos direitos privados, por protegerem valores inatos ou originários da pessoa humana e, também, da pessoa jurídica, como a vida, a honra, a identidade, o segredo, a liberdade*”.⁴⁸

A personalidade é definida no direito como a capacidade de titularizar direitos, ou seja, de ser sujeito de direitos, deveres e responsabilidades. “A

⁴⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p.1.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 3ª ed., 2013, p. 366.

⁴⁷ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas. 3ª ed, 2011, p. 139.

⁴⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 3ª ed. São Paulo: Ed. Forense Universitária, 2009.

*personalidade não é conferida exclusivamente a pessoa humana, sendo também reconhecida pelo direito a determinadas realidades, as quais o sistema jurídico confere a condição de sujeito de direitos, deveres e responsabilidade.”*⁴⁹ Os direitos da personalidade se dividem em categorias, sendo absolutos *erga omnes*, irrenunciáveis e imprescritíveis.

Marina Vitório Alves conceitua: “*direitos da personalidade são definidos como aqueles necessários ao pelo desenvolvimento da pessoa humana em todos os campos: moral, intelectual físico, individual e social. Estes direitos representam uma garantia à preservação da dignidade de cada ser humano*”.⁵⁰

Assim, a Constituição de 1988 prevê que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral, decorrente da violação.

1.2.2 Princípio da Privacidade

Para o conceito de privacidade, tem-se que é a faculdade, onde cada indivíduo tem de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, bem como de impedir o acesso a informações sobre cada um na área de manifestação e existência do ser humano.⁵¹

Rosangelo Rodrigues Miranda afirma que direitos da personalidade devem permanecer na esfera do titular e o vínculo que a ele os liga atinge o máximo de intensidade. Logo, os direitos da personalidade são absolutos, extrapatrimonial e indisponível.⁵²

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “*a privacidade é regida pelo princípio da exclusividade, cujos atributos principais envolvem a solidão (o estar só), o segredo e a autonomia. Assim temos: na intimidade protege-se, sobretudo, o estar*

⁴⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 51.

⁵⁰ ALVES, Marina Vitório. **Direito à intimidade e à vida privada: os contornos da individualidade no mundo contemporâneo**. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 221.

⁵¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários a Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, v. ii, p.63

⁵² MIRANDA, Rosangelo Rodrigues. **A proteção constitucional da vida privada**. Leme: LED, 1996.

- só; na vida privada, o segredo; em relação à imagem e à honra, a autonomia. A privacidade tem, pois, uma relação com a inviolabilidade do sigilo.”⁵³ Enfim, pode se concluir que é a opção de exclusão das outras pessoas o que diz respeito ao ser interno de cada um, é o sentimento de estar só.

Assim, a privacidade consiste no excluir dos outros conhecimentos quanto à própria pessoa. Onde existe uma instância de reserva pessoal, pode-se perseguir a tutela do próprio interesse à privacidade. Em substância, junto com outros bens inerentes à pessoa, constitui aquilo que a pessoa é.⁵⁴

Ainda para a autora Marina Vitório Alves, tal conceito não se confunde com apenas intimidade, que “*além de fazer parte dos direitos da personalidade, representa um atributo da personalidade. Isto é demonstrado pelos vários desdobramentos do direito à intimidade como: direito a imagem, a defesa do nome, a tutela da obra intelectual, a identidade e defesa da honra.*”⁵⁵

1.2.3 Princípio da Intimidade e da Vida Privada

Primeiramente, pode-se conceituar a intimidade como sendo a qualidade do que é íntimo, intransponível, reservado. É o que se passa no íntimo de cada pessoa. São sentimentos, segredos e mistérios, que somente podem ser revelados a critério da própria pessoa e para quem bem entender. O que, segundo Rosângelo Rodrigues de Miranda, constitui a intimidade num círculo concêntrico de menor raio subordinado ao conceito de privacidade.⁵⁶

⁵³ MAIA, Luciano Soares. **A privacidade e os princípios e de proteção do indivíduo perante os bancos de dados pessoais.** s.a. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciano_soares_maia.pdf>. Acesso em 20 de Maio de 2014.s.p.

⁵⁴ SOUZA NETTO, José Laurindo. **Colisão de Direitos Fundamentais: O direito à privacidade com liberdade de informação.** s.a. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/download/cedoc/ArtigoJuizJos%C3%A9LaurindoSouzaNetto.pdf>> p.3

⁵⁵ ALVES, Marina Vitório. **Direito à intimidade e à vida privada: os contornos da individualidade no mundo contemporâneo.** In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. **O direito à vida digna.** Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 221.

⁵⁶ MIRANDA, Rosângelo Rodrigues. **A proteção constitucional da vida privada.** Leme: LED, 1996, p. 82.

O direito à intimidade é muitas vezes confundido com direito à privacidade, entretanto, a Constituição Federal os distinguiu, e assim visa proteger as pessoas de dois atentados particulares, ou seja, ao segredo da vida privada (direito à intimidade) e à liberdade da vida privada (direito à vida privada).

Elisabet Leal da Silva acentua que *“o direito da intimidade não é um prolongamento de outros direitos da personalidade, mas constitui na realidade, uma categoria autônoma, podendo eventualmente um fato lesivo repercutir nos direitos a honra, imagem, ao segredo profissional, violação de domicílio e correspondência”*.⁵⁷

Em relação à vida privada poder ser conceituada como o convívio do empregado com a família, amigos ou mesmo colegas de trabalho. São os hábitos e escolhas feitas pelo empregado fora do local de trabalho. Já a vida privada e a intimidade são direitos da personalidade, e, como tais, são absolutos, intransmissíveis e irrenunciáveis.

Para a autora Elisabet Leal da Silva:

“A proteção a vida privada, representa a busca da garantia da preservação da dignidade da pessoa humana, vez que em nenhuma hipótese é permitida a invasão da privacidade do cidadão, em consequência do trabalhador. A honra também é alvo de proteção por fazer parte da personalidade do cidadão”.⁵⁸

A intimidade encontra-se, em primeiro lugar, assegurada pela proteção ao domicílio e à correspondência, com a proteção de dados. Isso confirma que a pessoa encontra-se protegida contra a publicação, sem consentimento prévio, das suas especificidades pessoais.

Para o Professor José Afonso da Silva, a intimidade integra a esfera íntima da pessoa, os seus pensamentos, desejos e convicções, enquanto a vida privada significa o direito do indivíduo de ser e viver a própria vida, relacionando-se com quem bem entender. Relata que a Carta Magna, ao proteger a vida privada,

⁵⁷ SILVA, Elizabet Leal. **Emancipação do trabalho e dignidade no trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011, p.64.

⁵⁸ SILVA, Elizabet Leal. **Emancipação do trabalho e dignidade no trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011, p. 66.

referia-se à vida interior, “*como conjunto do modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver a própria vida*”, e não à vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas.⁵⁹

Portanto, a vida privada distingue-se da intimidade daquilo que a pessoa pensa, sente e deseja. Os seus hábitos, modo de viver, de se comportar, sua opção sexual, seus amigos, seus relacionamentos profissionais e, igualmente, aquilo que o sujeito possui, têm pertinência com a sua vida privada.

1.3 PRINCÍPIO DA PROPRIEDADE

A Constituição reconhece o direito de propriedade cujo uso deverá ser condicionado ao bem-estar social. Sobre a propriedade, a Constituição da República de 1988, em dois momentos distintos, nos arts. 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III prescreveu a necessidade de se observar a sua função social.

Assim, para detentor do princípio da propriedade, este representa um instrumento da liberdade e garantia da segurança, na medida em que o indivíduo torna possível realizar o que quer.

O conceito de propriedade no direito constitucional não está restrito à relação havida entre a pessoa e os seus bens, com os seus direitos de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa, mas transcende essa relação jurídica, gerando importância social e coletiva envolvendo direitos não só patrimoniais sobre bens materiais, mas também sobre direitos subjetivos do cidadão e direitos imateriais.

Na constituição Federal Brasileira o direito de propriedade está previsto como direito fundamental e inserido no artigo 5º inciso XXII:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 8ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 205-206.

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

A expressão “função social da propriedade” é um conceito que implica o caráter coletivo e não, individual. Significa dizer que a propriedade não é um direito exercido apenas pelo dono de alguma coisa, mas sim, em relação a terceiros. Para Joana Zago Carneiro:

“A propriedade é o direito subjetivo de exploração de um bem, oponível contra todos. Neste conceito de propriedade vem integrada a sua função social, que a legitima e sem a qual ela perde seu valor. É também nesse sentido que vem prevista, no art. 170, incisos II e III da Carta Magna, como princípio geral da ordem econômica. Tal dispositivo constitucional vincula a propriedade ao valor social do trabalho e da livre iniciativa, em consonância com a dignidade da pessoa humana e a justiça social, não podendo, desta forma, ser considerada como direito puramente individual. Dessa forma, os interesses e necessidades da coletividade devem se sobrepor aos individuais no exercício do direito de propriedade, buscando o atendimento de sua função social, dando um destino útil ao bem objeto da propriedade, que atenda à justiça social”.⁶⁰

Entretanto, não se pode confundir os direitos da personalidade e o da propriedade. Nem todas as pessoas possuem propriedade, em consequência o direito de propriedade constitucionalmente garantido não é absoluto, porque não está previsto que todos tenham direito a propriedade, a não ser mediante as condições e processos previstos em lei.⁶¹

No direito do trabalho, Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira diz que “o direito de propriedade não se estende a ponto de permitir ao empregador dispor de seus empregados, expondo-os, cruelmente, a humilhações, as quais se curvem pela necessidade de conservação do emprego”.⁶²

⁶⁰ CARNEIRO, Joana Zago. **O monitoramento dos e-mails corporativos a luz dos princípios constitucionais**. Disponível em:

<http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/joana_carneiro/joana_carneiro_monitoramento.pdf>
Acesso em 20 de Agosto de 2014.

⁶¹ REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade**. Disponível em:
<<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>, 2004.

⁶² RAMOS FILHO, Wilson. **Trabalho e Regulação no Estado Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 290.

1.3.1 Da livre iniciativa e valor social do trabalho

Todas as pessoas que vivem do seu trabalho são consideradas sujeitos de direito. E não apenas aquelas que estão no setor mais estruturado ou formalizado da economia, nesse sentido Laís Abramo conceitua trabalho decente como:

“A noção de trabalho decente integra as dimensões quantitativa e qualitativa de emprego. Ela propõe não apenas medidas dirigidas a geração de postos de trabalho e ao enfrentamento o desemprego, mas também a superação de formas de trabalho que geram renda insuficiente para que os indivíduos e suas famílias superem a situação de pobreza ou que se baseiam em atividades insalubres, perigosas e inseguras e ou degradantes.”⁶³

A livre iniciativa está prevista na CF nos art. 1º, IV, como fundamento da República e no art. 170, *caput* e § único como fundamento da ordem econômica, permitindo a livre contratação, criação e acesso ao mercado, sem a devida interferência.

Postular a livre iniciativa, segundo José Afonso da Silva, “*quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista*”.⁶⁴

Danilo Junior Oliveira explica a livre iniciativa como:

“A livre iniciativa impõe a limitação da atuação estatal na atividade econômica. Como esta atividade é dirigida pela “liberdade” individual, o Estado somente pode interferir na economia quando e nos limites em que o Direito positivo expressamente autorizar. Em outras palavras, a regra é que não haverá intervenção estatal na ordem econômica, senão em virtude de lei. Mesmo com o amplo resguardo jurídico da livre iniciativa (e de todo o seu acervo de consequências, como a livre concorrência), em um Estado de Direito, esta liberdade deve ser limitada pelos demais valores da própria constituição, como a valorização do trabalho humano - que como já analisado tem a mesma densidade jurídica da livre iniciativa - e também os objetivos constitucionais do *caput* do art. 170 da CF “de que

⁶³ ABRAMO, Laís. **O trabalho decente como resposta à crise mundial do emprego**. In: Reis, Daniela Muradas; Mello, Roberta Dantas; Coura, Solange Barbosa de Castro. Trabalho e Justiça Social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado. São Paulo: LTr. 2013, p. 367.

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.742.

todos tenham uma existência digna conforme os ditames da justiça social” devem ser parâmetros de limite da liberdade privada na economia. Como os demais princípios constitucionais, o da livre iniciativa deve ser ponderado com outros valores e fins públicos previstos na constituição”.⁶⁵

O conceito de trabalho decente constitui melhorias das condições e relações de trabalho. Andre Luis Proner explica que “há relações de trabalho nas quais, mesmo regidas por um contrato válido, a relação de subordinação criada pelo sistema trabalhista pode levar a incidência de hipóteses de trabalho degradante”.⁶⁶

Logo, o trabalho decente é um conceito multidimensional. *“Ao definir a promoção do trabalho decente como o aspecto central e integrador de sua estratégia, a OIT reafirma o seu compromisso com o conjunto dos trabalhadores, pois o trabalho é o âmbito para o qual confluem os objetivos econômicos e sociais das pessoas, com integração social”*.⁶⁷

No Brasil, esse princípio esteve presente na Constituição Imperial de 1824, no art. 179, inciso XXIV, ao assegurar que “nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria, ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança, e saúde dos cidadãos”. Ao Estado caberia unicamente a remoção dos embaraços e entraves que pudessem se opor a marcha regular dos princípios elementares da riqueza, uma vez que não era tarefa do Poder Público, conduzir a economia por meio de leis, sob pena de rompimento do equilíbrio das forças econômicas da natureza.⁶⁸

A valorização do trabalho humano tem previsão no art. 7º da CF, garantindo os direitos sociais dos trabalhadores, pois o trabalho não pode atender à dignidade humana sem o respeito a tais garantias sociais constitucionais.

⁶⁵ OLIVEIRA, Danilo Junior. **O trabalho humano e a livre iniciativa na ordem econômica e o neoliberalismo**. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/viewFile/156/156>. s.a, s.p.

⁶⁶ PRONER, Andre Luiz. A proteção a dignidade humana e a repressão ao neoescravidão. In: RAMOS FILHO, Wilson. Trabalho e Regulação no Estado Constitucional. Curitiba: Juruá, 2010, p. 290.

⁶⁷ ABRAMO, Laís. **O trabalho decente como resposta à crise mundial do emprego**. In: Reis, Daniela Muradas; Mello, Roberta Dantas; Coura, Solange Barbosa de Castro. Trabalho e Justiça Social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado. São Paulo: LTr. 2013, p. 367.

⁶⁸ FONSECA, João Bosco. **Direito econômico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998, p. 67.

Wilson Ramos Filho destaca que é *“justamente por se tratar de direito humano fundamental, a dimensão de tratamento indigno é maior do que a simples reparação pecuniária”*.⁶⁹ Portanto, não é autorizado que o empregado seja submetido a situações humilhantes, vexatórias ou constrangedoras, pois são contrárias à dignidade humana que mantém proteção e está destacada em nossa carta magna.

Por outro lado, Ana Carolina Gonçalves Vieira relata que *“o empregado atual vive para e não do trabalho. E assim, são deixadas em segundo plano as questões relativas à sua própria vida e a de seus semelhantes. Neste particular, parece que a predominância dos valores econômicos, sobre a vida e a dignidade das pessoas, é uma das mais perversas características atuais das relações empregatícias.”*⁷⁰ Enfim, o empregador possui direito a propriedade, mas não pode obrigar os seus empregados a passarem por todo tipo de situação em razão aos direitos da personalidade.

1.4 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Ao longo do tempo, tem-se consolidado o constitucionalismo com precedentes ao neoconstitucionalismo, o que deu origem a uma nova forma de organização política, a de Estado Democrático de Direito.

“O Estado democrático de Direito, caracterizador do Estado Constitucional, significa que o Estado se reger por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais”.⁷¹

⁶⁹ RAMOS FILHO, Wilson. **Trabalho e Regulação no Estado Constitucional**. Curitiba: Juruá. 2010, p. 290

⁷⁰ VIEIRA, Ana Carolina Gonçalves. **Assédio Moral no ambiente de trabalho: uma violação silenciosa a dignidade humana no âmbito das relações de emprego**. In: Reis, Daniela Muradas; Mello, Roberta Dantas; Coura, Solange Barbosa de Castro. *Trabalho e Justiça Social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado*. São Paulo: LTr, 2013, p. 290.

⁷¹ MOARES, Alexandre. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 30 ed. 2014, p.6.

O neoconstitucionalismo foi um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, ante a formação do Estado Constitucional de Direito, e pós-positivismo, o que acabou por aproximar o Direito e Ética com novos métodos de interpretação.⁷²

Para Lassale:

“Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas poder; a verdadeira constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as constituições escritas não tem valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social”.⁷³

Lenio Streck explica que:

“Assim, é evidente que a perspectiva liberal-clássica, própria do Estado em formação no longínquo século XIX, fundava-se na contraposição Estado-Sociedade, sendo a função da lei meramente ordenadora (o que não é proibido é permitido), a partir da tarefa-função de defender o débil cidadão contra a “maldade” do Leviatã. Afinal, a revolução francesa – berço do Estado Liberal – representava o triunfo do privado. A burguesia destronara o velho regime exatamente para recuperar o poder político do qual abrisse mão para o fortalecimento do seu poder econômico, no nascedouro do Estado Moderno-Absolutista”.⁷⁴

Assim, com a promulgação de constituições de caráter social e democrático, marcadas pela positivação de princípios jurídicos e pela previsão de amplos catálogos de direitos fundamentais; como também, pela contemplação de normas programáticas.

Segundo Peter Häberle:

“Todavia, a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente “competente”, a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, desenvolve-se também por meio de formas refinadas de mediação do

⁷² BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2009, s.p.

⁷³ LASSALE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Disponível em <[HTTP://www.ebooksbrasil.org.br/elibris/constituicao1.html](http://www.ebooksbrasil.org.br/elibris/constituicao1.html)> Acesso em 01 de Junho 2013, 1933, s.p.

⁷⁴ STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.16.

processo público. E pluralista da política e da prática cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais, tema muitas vezes referido sob a epígrafe do “aspecto democrático” dos Direitos Fundamentais.”⁷⁵

Segundo Clémerson Merlin Clève:

“As Constituições no sentido jurídico já foram compreendidas como mero instrumento de limitação do Estado. Assim, suas disposições voltavam-se para os Poderes, especialmente o Legislativo e o Executivo. Não vinculavam o Judiciário, nem o cidadão que não podia em princípio fundamentar uma pretensão perante o juiz valendo-se desde ou daquele preceito constitucional.”⁷⁶

Assim, o papel do direito é regular a sociedade e o da lei regulamentar, ao direito.⁷⁷

Conforme Clève, “a Constituição era do Estado. A sociedade seria regida por outra sorte, domínio normativo, especialmente o direito privado erigido a partir da noção de autonomia da vontade.”⁷⁸

Para isso, Barroso elenca os seguintes pontos:

“(i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito”.⁷⁹

⁷⁵ HÄBERLE, Peter. **A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição – Considerações do Ponto de Vista Nacional-Estatal Constitucional e Regional Europeu, Bem Como sobre o Desenvolvimento do Direito Internacional**. 2009. DIREITO PÚBLICO Nº 18 – Out-Nov-Dez/2007, p. 66.

⁷⁶ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p.22.

⁷⁷ MARTINS B. JUNIOR, Luis A. **Direito do Trabalho – um paradigma atual**. In HASSON, Roland. **Direito dos Trabalhadores e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 241.

⁷⁸ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p.22.

⁷⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2009: p. 15.

Com a Constituição de 1988 no Brasil houve a reconstitucionalização do Estado Democrático de Direito, e ao mesmo tempo a constitucionalização do Direito, que modificou os valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis.

A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça, por parte da sociedade brasileira, e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram no Brasil uma intensa judicialização das relações políticas e sociais.⁸⁰

A doutrina e a jurisprudência desenvolveram um elenco próprio de princípios para interpretação constitucional, como o da supremacia da constituição, presunção de constitucionalidade das normas, razoabilidade e efetividade.⁸¹

Entretanto, Clèmerson Merlin Clève:

“As constituições, hoje, são documentos normativos do Estado e da sociedade, A Constituição representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. A Constituição não apenas regula o exercício do poder, transformando a potestas em auctoritas, mas também impõe coordenadas específicas para o estado, apontando o vetor de sua ação”.⁸²

Enfim, a constitucionalização do direito diz respeito à expansão de normas constitucionais em que valores dos princípios e regras passam a ter validade e eficácia.⁸³ Para Paulo Marcio Cruz:

“O objetivo é o que justifica a existência do Direito Constitucional é o de tornar possível o máximo de liberdade com manutenção de uma ordem jurídica que permita a convivência social. Por isto a liberdade manifesta nos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente reconhecidos deve ser compatível com os requisitos de sociedade juridicamente ordenada e integrada por inúmeros indivíduos. A liberdade, desta não

⁸⁰ *Idem*, p.52.

⁸¹ *Idem*, p. 60.

⁸² CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p. 38.

⁸³ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 66.

pode ser ilimitada. Este fato traz à discussão a questão dos limites aos direitos fundamentais”.⁸⁴

Barroso explica que:

“No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito”.⁸⁵

Com a expansão das normas constitucionais, permite-se a manutenção da ordem jurídica. A Constituição é a nossa Lei Magna e não pode ser desrespeitada, nem mesmo por outra legislação. Isso porque entende-se como outra legislação algo infraconstitucional, por estar abaixo, e por estar na hierarquia do nosso Direito, para o qual não existe Lei, norma ou código que possa violar os princípios defendidos e explicitados pelo texto magno.⁸⁶

O processo de constitucionalização serve justamente para garantir que, quando apresentada uma norma, a qual contrarie, ou ainda, não esteja em total conformidade com a constituição, esta possa ser reinterpretada, de modo que se observem os princípios garantidos na constituição, ou até mesmo, a declaração de inconstitucionalidade da norma, motivo este que contribui para tal norma.⁸⁷

Dallari explica que a constituição é um instrumento necessário e atua para que se preserve e promova valores fundamentais da pessoa humana. A nossa

⁸⁴ CRUZ, Paulo Márcio. **Acesso à justiça e as dimensões materiais da efetividade da jurisdição ambiental.** Disponível em: <[⁸⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Disponível em:](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&ved=0CEEQFjAC&url=http%3A%2F%2Fproxy.furb.br%2Ffojs%2Findex.php%2Fjuridica%2Farticle%2Fdownload%2F3061%2F2016&ei=Ehy2UYiONofT0gHG24HICQ&usg=AFQjCNHVspcV3SAO1kRkz0WuprYltHB5pQ&sig2=Ru8FxCcIJ8tN39jbTjSAaA.> Acesso em 01 de Junho de 2013, p.177.</p>
</div>
<div data-bbox=)

<http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>. Acesso em 26 de Julho de 2013. p.4.

⁸⁶ SOARES, EVANNA. **A Constitucionalização dos Direitos Humanos.** <http://www.prt22.mpt.gov.br/artigos/trabevan21.pdf>. Acesso em 26 de Julho de 2013. s.a, s.p.

⁸⁷ *Idem*, s.p.

constituição atua sobre a vida em sociedade, fixando uma organização social e uma convivência humana, o que de outra forma soluciona os conflitos jurídicos.⁸⁸ Portanto, é imprescindível que certos direitos sociais como o do trabalho estejam previstos na Carta Magna.

⁸⁸ MARTINS B. JUNIOR, Luis A. **Direito do Trabalho – um paradigma atual**. In HASSON, Roland. *Direito dos Trabalhadores e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 239.

CAPÍTULO 2

A HARMONIZAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPRIEDADE E DA PRIVACIDADE: Hermenêutica e interpretação

A harmonização entre os princípios constitucionais e a conduta de empregados e empregadores no local de trabalho tem sido tema de discussão na doutrina e jurisprudência. De um lado, o princípio da propriedade do empregador e de outro, os princípios constitucionais como o da privacidade, intimidade e vida privada do empregado.

Será analisado os meios de interpretação e ponderação dos princípios em nosso ordenamento subdividido em a (i) diferença entre regras e princípios para o entendimento da hermenêutica jurídica, (ii) métodos de interpretação e o pós positivismo, (iii) estudo sobre proporcionalidade e razoabilidade.

2.1. APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

Inicialmente deve-se conceituar a hermenêutica jurídica como um estudo acerca da interpretação, dentro de uma abordagem tradicional, na qual consiste a explicação do sentido de algo, ou, o remontar de um significado por meio de símbolos. Portanto, ela é a ciência do espírito.⁸⁹

Assim, dentro da concepção da teoria de interpretar, primeiramente deve ser delimitado o seu objeto, que nesse caso, são os direitos fundamentais. Para Alexy, torna-se essencial a diferenciação entre regras e princípios, pois, para ele, esta distinção *“é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos*

⁸⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 17.

direitos fundamentais”⁹⁰

Há diversos critérios para se distinguir regras e princípios, sendo o mais utilizado o da generalidade, mediante o qual, princípios são normas com grau de generalidade alto, ao passo que nas regras o grau de generalidade é baixo. Contudo Alexy elucida que *“princípios e regras são diferenciados também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, ou, ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento.”*⁹¹

Aos princípios deve ser atribuída a função de vincular todos os envolvidos na ordem jurídica, uma vez que apresentam o caráter de comando de *dever ser*, assim como, uma disposição da legislação ordinária. (...) *“os princípios ou se apresentam como comandos de ‘dever ser’ dirigidos à conduta humana, ou, como pautas axiológicas, diretivas da construção de um modelo de Estado e sociedade”*⁹²

José Afonso da Silva explica:

*“As funções do princípio podem ser interpretativa e integrativa. Do ponto de vista da interpretação o princípio permitirá avaliar axiologicamente o ato de escolha do jurista no momento de decidir, pois nas situações de conflito entre normas a serem aplicadas ou mesmo entre princípios, ele será o balizador da decisão, servirá ainda como limitador do ato interpretativo do jurista, oportunizando uma especificidade tal aos mecanismos de aplicação do direito”.*⁹³

Canotilho, por sua vez, diferenciou normas e princípios:

“O primeiro diz respeito ao grau de abstração, mediante o qual princípios possuem grau de abstração elevado, enquanto as regras se apresentam com grau de abstração reduzido. O segundo critério refere-se ao grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, uma vez que os princípios, por serem vagos, necessitariam de uma mediação do legislador ou juiz, ao passo que as regras são passíveis de aplicação direta. O terceiro critério baseia-se no caráter de fundamentabilidade

⁹⁰ ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**. São Paulo: Revista de direito administrativo, 1999, p. 85.

⁹¹ *Idem*, p. 89.

⁹² JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana – princípio constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 7.

⁹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 8ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 14.

dentro das fontes do direito: os princípios são normas estruturantes com posição fundamental e hierárquica dentro do ordenamento jurídico. O quarto critério refere-se à proximidade da ideia de direito em que princípios são standards juridicamente vinculantes radicados na ideia de justiça, e as regras, por sua vez, são normas vinculantes com conteúdo meramente formal. Por derradeiro, o quinto e último critério trata da natureza normogenética, mediante a qual os princípios são fundamentos de regras, constituindo a base do ordenamento jurídico”.⁹⁴

Por se tratar de um campo subjetivo, as colisões de direitos fundamentais ocorrem quando o exercício de um direito fundamental, por parte de um titular, evita ou dificulta o exercício de outro direito essencial, por parte de outro titular.⁹⁵

Em nosso país, não há dúvida de que, sob a ótica do Estado Democrático do Direito – em que o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social – ocorre uma desfuncionalidade do Direito e das Instituições, encarregadas de aplicar a lei.⁹⁶

Canotilho considera existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental, por parte de seu titular, colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular.⁹⁷

A Constituição de 1988, no artigo 220, revela algumas possibilidades de colisão dos direitos fundamentais, não obstante estabelece a proibição de restrição do direito de manifestação do pensamento, criação, expressão e informação, ressalvando a proibição do anonimato; no artigo 5º protege o direito de resposta e indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem e os direitos de intimidade, vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

A formação discursiva consiste na procura de demonstrar a radicalidade do constituinte de 1988, tendo em vista que o tecido constitucional passou a ser costurado a partir de uma hermenêutica prospectiva, a qual não procura apenas

⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. 2003, p. 1159.

⁹⁵ *Idem*, p. 85.

⁹⁶ STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 33.

⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed, 2003.

conhecer o direito como ele é operado, mas que, *“conhecendo suas estranhas e processos concretizadores, ao mesmo tempo fomenta uma mudança teórica, capaz de contribuir para a mudança da condição que acomete a formação social brasileira”*.⁹⁸

Para Lênio Streck é justamente *“a noção de Estado Democrático de Direito que está, pois, indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de plus normativo em que a lei passa ser, a forma de instrumentalizar a ação do Estado apontado pelo texto constitucional”*.⁹⁹ Celso Ribeiro Bastos estabelece que a hermenêutica é o ramo da ciência dedicada ao estudo e determinação das regras, as quais presidem no processo de interpretação e na busca do significado da lei.¹⁰⁰

Não se pode confundir hermenêutica com teoria da argumentação. Lenio Streck diferencia apresentando:

“Enquanto esta compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, portanto, entendendo-os como abertura interpretativa, o que chama à colação à subjetividade do intérprete, àquela parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, “fechando” a interpretação, isto é, diminuindo – ao invés de aumentar – o espaço da discricionariedade do intérprete. Claro que, para tanto, a hermenêutica salta na frente para dizer que, primeiro, são incindíveis os atos de interpretação e aplicação (com o que se supera o método) e, segundo, não há diferença estrutural entre hard cases e easy cases”.¹⁰¹

⁹⁸ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p. 16

⁹⁹ STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise : uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 41

¹⁰⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 20.

¹⁰¹ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo e o problema da discricionariedade dos juízes**. Disponível em: http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf. Acesso em: 28 de Agosto de 2014, p.21

2.2 MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO: O JUIZ E A INTERPRETAÇÃO NOS CASOS CONCRETOS

Diante da hermenêutica jurídica, delimitam-se os métodos da interpretação dos conflitos de princípios ao caso concreto. Ensina Miguel Reale que *“a interpretação consiste num processo intersubjetivo, no qual a ação interpretativa do juiz busca trazer para si o ato de outrem (legislador), a fim de se apropriar de um significado objetivamente válido. É importante ressaltar, que cada novo processo de interpretação da norma, faz com que esta se atualize no ato de interpretação, onde novos valores são apresentados e direcionados ao caso em estudo.”*¹⁰²

No entanto, Celso Ribeiro Bastos assegura que a própria interpretação gera hesitações, pois, *“quando se lê um dispositivo, acredita-se que se aplique a inúmeras situações”*. Para o autor, *“a interpretação obriga o intérprete na escolha de uma opção, que se inicia com a seleção da norma aplicável, e em seguida uma hipótese, da qual se cogita uma razão de que, após determinada as normas que irão compor o caso, aplica-se enunciados hermenêuticos”*. Entretanto, quando se tem dúvidas na aplicação de princípios, a forma deverá ser outra.¹⁰³

Para Marcelo Antonio Theodoro, *“a interpretação constitucional reivindica processos de interpretação parecidos com das leis ordinárias, desenvolvidas por Savigny”*, desta forma, explica que o método gramatical como uma interpretação textual fundada em linguística; sistemático por meio de análise da norma constitucional, dentro do contexto normativo e histórico, e pela busca dos antecedentes históricos da norma e teleológica, a qual visa e identifica a finalidade na norma.¹⁰⁴

Já Lenio Streck sobre o problema metodológico:

“Trata-se, pois, de entender que, se o primeiro problema metodológico – como se interpreta – tem uma resposta que está fundamentada na

¹⁰² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 8ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.29.

¹⁰³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 32.

¹⁰⁴ THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos fundamentais e sua concretização**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 50.

superação do paradigma representacional, em que não mais cindimos interpretação de aplicação, o segundo – como se aplica – parece bem mais difícil de resolver, isto é, aqui se trata de dar uma resposta talvez ao maior desafio do direito nestes tempos de pós-positivismo: como evitar decisionismos, ativismos, etc, e alcançar uma resposta correta (adequada constitucionalmente) em cada caso. Ou seja, como transformar a Constituição – e a sua interpretação – em um direito fundamental do cidadão, no sentido de que o resultado dessa interpretação não seja fruto de um sujeito solipsista ou dependente de métodos igualmente elaborados a partir do (velho) paradigma representacional. Este é o cerne da discussão hermenêutica.”¹⁰⁵

De acordo com Paulo Bonavides, é “*comum a colisão e conflitos; é que duas normas cada qual aplicada de per si, conduzem a resultados entre si incompatíveis*”. O autor conclui que em conflitos de regras se resolve na dimensão da validade e em conflitos de princípios com valor.¹⁰⁶

Alexy explica que “*um conflito entre regras somente pode ser resolvido como uma cláusula de exceção que remova o conflito for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula.*” Assim, a colisão de direitos fundamentais ocorre quando o exercício de um titular colide com o exercício de outro titular, ou seja, colisão de bens constitucionalmente protegidos.

Em caso de conflito de regras, este será resolvido no plano da validade, ou seja, uma irá predominar, na colisão de princípios deve ser decidida na extensão do valor, ou seja, são preservados por meio de ponderação no caso concreto. Peter Häberle afirma:

“Considera-se que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema “Constituição e realidade constitucional” – aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados ao atendimento do interesse público e do bem-estar geral –, então há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da “realidade constitucional”.

¹⁰⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo e o problema da discricionariedade dos juízes.** Disponível em: < http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf >. Acesso em: 28 de Agosto de 2014, p. 8

¹⁰⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2013, p. 251.

Segundo Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira “os princípios e garantias constitucionais atuam na contemporaneidade, na defesa do trabalhador, enquanto e em contrapartida, estabelecem freios para a conduta patronal.”¹⁰⁷

“Do mesmo modo, tem-se a inadequada compreensão acerca da tensão entre regra e princípio, que acaba sucumbindo em mais um dualismo metafísico. A regra não explica; ela esconde (a regra não desvela; ela vela). O princípio desnuda a capa de sentido imposta pela regra (pelo enunciado, que pretende impor um universo significativo auto-suficiente). No fundo, o positivismo jurídico não conseguiu ainda nem sequer superar a metafísica clássica, circunstância facilmente perceptível em setores importantes da doutrina jusfilosófica que a sustentam, acreditando que a palavra da lei (regra) designa não a coisa individual, mas a comum a várias coisas individuais, ou seja, a essência captável pelo intérprete.”¹⁰⁸

Na área trabalhista, o art. 8º da CLT rege sobre formas a ausência de norma para solução de casos e estabelece “as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

Para Ingo Sarlet:

“Neste contexto, cumpre retomar a temática inicial da crise do Estado Social de Direito e da crise dos direitos fundamentais. Especialmente no âmbito dos direitos sociais, onde a referida crise se manifesta com particular agudeza, tal como já demonstrado, verifica-se que o impacto negativo sobre a capacidade prestacional do Estado se encontra diretamente vinculado ao grau de importância do limite fático da reserva do possível e do princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, os quais, por sua vez, atuam diretamente sobre a

¹⁰⁷ PEREIRA, Alberto Luiz Bresciani de Fontan. **Revistas Pessoais em empregados: a dignidade da pessoa humana e os limites ao poder diretivo do empregador.** In: Reis, Daniela Muradas; Mello, Roberta Dantas; Coura, Solange Barbosa de Castro. Trabalho e Justiça Social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2013, p. 288.

¹⁰⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo e o problema da discricionariedade dos juízes.** Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>. Acesso em: 28 de Agosto de 2014, p. 18

problemática da eficácia e efetividade dos direitos sociais. Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação democrática a respeito de sua destinação, especialmente de forma a que sejam atendidas satisfatoriamente todas as rubricas do orçamento público, notadamente aquelas que dizem com a realização dos direitos fundamentais e da própria justiça social. Na mesma proporção, deverá crescer o índice de sensibilidade por parte daqueles aos quais foi delegada a difícil missão de zelar pelo cumprimento da Constituição, de tal sorte que - em se tratando do reconhecimento de um direito subjetivo a determinada prestação social”.¹⁰⁹

Assim, cabe ao caso concreto a interpretação do juiz para harmonização dos princípios. Logo, a interpretação de direitos fundamentais, e então de princípios constitucionais, vincula-se necessariamente a uma “indeclinável concepção do Estado”, e de tal concepção brota a contextura.

Ninguém discorda que a atuação do juiz é complexa sendo que os direitos sociais se realiza por meio de prestações do poder público.

Por outro lado, Gabriela Neves Delgado ensina que *“se o trabalho é um direito fundamental, deve pautar-se na dignidade da pessoa humana. Por isso, quando a Constituição Federal de 1988 refere-se ao direito ao trabalho, implicitamente já está compreendido que o trabalho valorizado pelo texto constitucional é o trabalho digno”*¹¹⁰

A situação muda em relação aos direitos prestacionais, os quais são exigentes de uma maior atuação positiva do poder público, em particular porque o âmbito material definitivo desses direitos depende de uma manifestação legislativa (e material) do Estado.¹¹¹

Desse modo, Lenio Streck:

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª Ed. 2004, p. 38.

¹¹⁰ DELGADO, Gabriela Neves. **O Estado democrático de direito e direito fundamental ao trabalho digno**. In: Reis, Daniela Muradas; Mello, Roberta Dantas; Coura, Solange Barbosa de Castro. Trabalho e Justiça Social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2013, p. 254

¹¹¹ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p. 19.

“Numa palavra, a superação do positivismo implica a incompatibilidade da hermenêutica com a tese das múltiplas ou variadas respostas. Afinal, a possibilidade da existência de mais de uma resposta coloca essa “escolha” no âmbito da discricionariedade judicial, o que é antitético ao Estado Democrático de Direito. Ou seja, a partir da hermenêutica filosófica e de uma crítica hermenêutica do direito, é perfeitamente possível alcançar uma resposta hermeneuticamente adequada à Constituição ou, se quiser, uma resposta constitucionalmente adequada – espécie de resposta hermeneuticamente correta – a partir do exame de cada caso”.¹¹²

Na mesma medida:

“Daí a necessidade de deixar claro que a crise dos modelos interpretativos não autoriza que as teorias da argumentação ou outras teorias procedurais venham a se constituir em uma espécie de reserva hermenêutica, que somente seria chamada à colação na “insuficiência” da regra, isto é, quando se estiver em face de “casos difíceis” (hard cases). Casos fáceis (easy cases) e casos difíceis (hard cases) partem de um mesmo ponto e possuem em comum algo que lhes é condição de possibilidade: a pré-compreensão (Vorverständnis). Esse equívoco de separar easy cases de hard cases é cometido tanto pelo positivismo de Hart como pelas teorias discursivo-argumentativos, valendo citar, por todos, Alexy e Atienza. O que têm em comum é o fato de que, nos hard cases, consideram que os princípios (critérios) para solvê-los não se encontram no plano da aplicação, mas, sim, devem ser retirados de uma “história jurídica” que somente é possível no plano de discursos a priori (no fundo, discursos de fundamentação prévios). Também Dworkin faz indevidamente essa distinção entre casos fáceis e casos difíceis. Mas o faz por razões distintas. A diferença é que Dworkin não “desonera” os discursos de aplicação dos discursos de fundamentação, que se dão *prima facie*. Na verdade, a exemplo de Gadamer, ele não distingue discursos de aplicação de discursos de fundamentação, assim como não separa interpretação e aplicação. A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Tal circunstância é uma decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos. Porque assim é, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Cabe anotar, neste passo, para adiante voltar-se ao tema, que os critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos são o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei

¹¹² STRECK, Lênio Luiz. **Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?** Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/2308/1623>. Acesso em: 29 de Agosto de 2014. 2010, p. 165

posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral)".¹¹³

Enfim, a norma é um dever ser, que abrange princípios e regras. As regras são específicas e geram o direito subjetivo. Enquanto que, os princípios são atos não específicos e contém uma enunciação ampla. No conflito de regras a solução da perda de validade de uma delas, em favor da outra, caso ocorra com princípios, um será privilegiado e o outro não será necessariamente violado.¹¹⁴

2.3 PÓS POSITIVISMO

A Constituição regula o processo de produção de normas jurídicas e delimita o seu conteúdo, o novo constitucionalismo reconhece o poder discricionário do juiz, que atrelado à norma, terá uma margem de apreciação na busca da melhor maneira de se resolver dado caso tanto os princípios quanto as regras são categorias que integram o direito positivo.¹¹⁵

Para Barroso, a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação:

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.¹¹⁶

¹¹³ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>>. Acessado em 26 de Julho de 2013, p. 10.

¹¹⁴ BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª Ed. São Paulo: LTR, 2013, p. 139.

¹¹⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em:

<<http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>>. Acessado em 26 de Julho de 2013, p. 30

¹¹⁶ Idem, p. 9

Dessa forma, a Constituição passou a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras em que idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. Para a teoria pós-positivista a regra não pode ser considerada como sem questionamento e suprema aos valores que a inspirou, pois as regras devem ser interpretadas à luz do alicerce do ordenamento, no caso os princípios.

Para Robert Alexy, as regras e princípios são subespécies de normas. Ambos são normas porque dizem o que deve ser (estão num plano deontológico e podem ter a função de ordem, permissão ou proibição). Assim, a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas.¹¹⁷

As normas constitucionais conquistaram o status pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. A Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais.¹¹⁸ Os princípios e regras passam a habitar um mesmo referencial, ambos sendo, portanto, partículas de aplicabilidade normativa, ou seja, regras conceituadas e válidas, sem a presença de qualquer hierarquia teórica entre si.¹¹⁹

Assim, ao defender a aplicação dos princípios como fundamentos imprescindíveis do processo normativo, na verdade, promove-se uma diferenciação de interpretação, não podendo uma decisão legal apenas fundamentada em princípios, pois a doutrina atual tende a criar a aplicação dos princípios diretamente em situações contenciosas, usando dois termos claros: “normas-regras” e “normas-princípios”.¹²⁰

Nesse caminho, os princípios tiveram de conquistar o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata.

¹¹⁷ AMORIM, Letícia Balsamão. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15545-15546-1-PB.pdf>

¹¹⁸ BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.** Disponível em: http://xa.yimg.com/kq/groups/22830878/36505266/name/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf p.3.

¹¹⁹ Idem, p. 10

¹²⁰ Idem, p. 10

Admite, na verdade, que é possível encontrar um conjunto de princípios razoavelmente plausíveis, para cada segmento do direito que deva fazer vigorar, que se ajuste suficientemente bem para poder ser uma interpretação aceitável.¹²¹

Assim, para o pós positivista as regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de tudo ou nada. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor, sua aplicação se dá, predominantemente, mediante subsunção.¹²²

Barroso explica que já se discute tanto a aplicação do esquema tudo ou nada aos princípios como a possibilidade de também as regras serem ponderadas. Isso porque, como visto, determinados princípios, como o princípio da dignidade da pessoa humana e outros e apresentam um núcleo de sentido ao qual se atribui natureza de regra, aplicável biunivocamente. Por outro lado, há situações em que uma regra, perfeitamente válida em abstrato, poderá gerar uma inconstitucionalidade ao incidir em determinado ambiente ou, ainda, há hipóteses em que a adoção do comportamento descrito pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar. Esses são fenômenos de percepção recente, que começam a despertar o interesse da doutrina, inclusive e sobretudo por seu grande alcance prático.¹²³

A idéia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Não importa em desprezo ou abandono do método clássico, o subsuntivo fundado na aplicação de regras nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos.

A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e

¹²¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Dworkin_DireitosSerio.pdf 2003, p. 319

¹²² BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Disponível em: <http://xa.yimg.com/kq/groups/22830878/36505266/name/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf

f p. 11

¹²³ Idem, p. 12

extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.¹²⁴

Portanto, ao se falar em nova interpretação constitucional, normatividade dos princípios, ponderação de valores, teoria da argumentação, não se está renegando o conhecimento convencional, a importância das regras ou a valia das soluções subsuntivas. Embora a história das ciências se faça, por vezes, em movimentos revolucionários de ruptura, não é disso que se trata aqui. A nova interpretação constitucional é fruto de evolução seletiva, que conserva muitos dos conceitos tradicionais, aos quais, todavia, agrega idéias que anunciam novos tempos e acodem a novas demandas.¹²⁵

Para Barroso, a moderna interpretação constitucional envolve escolhas pelo intérprete, bem como a integração subjetiva de princípios, normas abertas e conceitos indeterminados. Boa parte da produção científica da atualidade tem sido dedicada, precisamente, à contenção da discricionariedade judicial, pela demarcação de parâmetros para a ponderação de valores e interesses e pelo dever de demonstração fundamentada da racionalidade e do acerto de suas opções.¹²⁶

Em caso de conflito, o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outra em tese também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas. Como consequência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato de que a Constituição é um documento dialético – que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes – e que princípios nela consagrados freqüentemente entram em rota de colisão. Para o Barroso, a interpretação se divide em duas etapas:

¹²⁴ Idem, p.5

¹²⁵ Idem, p.6

¹²⁶ Idem, p.7

Na primeira etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Como se viu, a existência dessa espécie de conflito – insuperável pela subsunção – é o ambiente próprio de trabalho da ponderação. Assinale-se que norma não se confunde com dispositivo: por vezes uma norma será o resultado da conjugação de mais de um dispositivo. Ainda neste estágio, os diversos fundamentos normativos – isto é: as diversas premissas maiores pertinentes – são agrupados em função da solução que estejam sugerindo. Ou seja: aqueles que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos. O propósito desse agrupamento é facilitar o trabalho posterior de comparação entre os elementos normativos em jogo.¹²⁷

Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. Relembre-se, na linha do que já foi exposto anteriormente, a importância assumida pelos fatos e pelas consequências práticas da incidência da norma na moderna interpretação constitucional. *“Embora os princípios e regras tenham uma existência autônoma em tese, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com a situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido.”*¹²⁸

É bem de ver, no entanto, que a ponderação, embora preveja a atribuição de pesos diversos aos fatores relevantes de uma determinada situação, não fornece referências materiais ou axiológicas para a valoração a ser feita.

Para Alexy, as colisões de princípios devem ser solucionadas de maneira totalmente distinta. Quando dois princípios estão em colisão, um dos dois princípios tem que ceder ante o outro. Mas isso não significa declarar inválido o princípio desprezado nem que no princípio desprezado haja que ser introduzida uma cláusula de exceção. O que vai determinar qual o princípio que deve ceder serão as circunstâncias. Isso quer dizer que, nos casos concretos, os princípios têm diferentes pesos e que prevalece o princípio com maior peso.

Barroso cita que as normas jurídicas, comportam análise em três planos distintos: os da sua existência, validade e eficácia, sendo que o intérprete

¹²⁷ Idem, p. 17

¹²⁸ Idem, p.18

constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.¹²⁹

A interpretação constitucional assenta-se em princípios, aplicáveis mediante ponderação, interagindo o fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto. Para o autor:

O pós-positivista do Direito são idéias essenciais a normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação. Pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética. A estes elementos devem-se agregar, em um país como o Brasil, uma perspectiva do Direito que permita a superação da ideologia da desigualdade e a incorporação à cidadania da parcela da população deixada à margem da civilização e do consumo. É preciso transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na prática jurisprudencial e produzir efeitos positivos sobre a realidade.

O raciocínio ponderativo, que ainda busca parâmetros de maior objetividade, inclui a seleção das normas e dos fatos relevantes, com a atribuição de pesos aos diversos elementos em disputa, em um mecanismo de concessões recíprocas que procura preservar, na maior intensidade possível, os valores contrapostos. Os juízes devem solucionar os casos concretos mediante aplicação do direito, portanto, com fundamento em regras e princípios.

Entretanto, para Dworkin os juízes não têm poder discricionário para decidir casos difíceis, pois os princípios de direito são tão equilibrados que os que favorecem o demandante,¹³⁰ pois se os princípios se caracterizam porque, ao entrar em conflito, o mesmo ocorre com as regras e desde o momento em que entrem em

¹²⁹ Idem, p. 34.

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Dworkin_DireitosSerio.pdf, p. 430.

conflito com um desses princípios e portanto, as regras também podem ser ponderadas.¹³¹

Barroso conclui que no estágio atual a ponderação ainda não atingiu o padrão desejável de objetividade, dando lugar a ampla discricionariedade judicial e a existência de ponderação não é um convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial. O controle de legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação tem sido feito através do exame da argumentação desenvolvida.¹³²

2.4 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

A aplicação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade na esfera trabalhista decorre da flexibilidade dos direitos trabalhistas. Esta aplicação é para a preservação de direitos sociais, tanto do empregador quanto do empregado. Porém, em caso de conflitos de interesses, deve ser realizada a conciliação.

O princípio da razoabilidade não se encontra expressamente na Constituição Federal de 1988, mas fundamenta-se nos mesmos preceitos que sustentam constitucionalmente os princípios da legalidade (art. 5º, II, 37 e 84) e da finalidade (art. 5º, LXIX).¹³³

Mauricio Pereira da Silva descreve que, “historicamente o princípio da proporcionalidade surge da ideia geral de proporcionalidade como valor suprapositivo do Estado, encontrando-se em seu lineamento mais geral em Beccaria”¹³⁴ O autor explica ainda, que a proporcionalidade compreende a

¹³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 20

¹³² BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Disponível em: <http://xa.yimg.com/kq/groups/22830878/36505266/name/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>, p. 21.

¹³³ PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho. **Sobre o Direito vida e ao meio ambiente frente aos princípios da dignidade humana e da razoabilidade**. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 285.

¹³⁴ DA SILVA, Maurício Pereira. **A aplicação d princípio da proporcionalidade para solução dos conflitos entre direitos sociais na perspectiva da flexibilização dos direitos trabalhistas e**

adequação ou conformidade da aplicação da norma quando presentes conflitos entre direitos fundamentais.¹³⁵

A doutrina do princípio da proporcionalidade por sua vez tem raiz no direito alemão e está deduzido no art. 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal, “*ele vem sendo conceituado ora como técnica de redução e controle judicial da discricionariedade administrativa... após, expandiu-se para outros ramos do ordenamento jurídico inclusive para o Direito do Trabalho*”.¹³⁶

Portanto, o princípio da proporcionalidade visa realizar valores de justiça, e coloca tais valores em linha de interesse nas decisões. Nessa linha, Alice Monteiro de Barros explica que este princípio está ligado à proteção de direitos das pessoas e das liberdades individuais e coletivas, as quais permitem que se utilize um meio em caráter excepcional, “*em razão do princípio da boa fé e equidade*”. O princípio da proporcionalidade se desdobra em princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou mandamento do meio mais suave.¹³⁷

Ademais Celso Antonio Bandeira de Mello doutrina que “*a razoabilidade nada mais é que a obediência a critérios aceitáveis, do ponto de vista racional, os quais têm de estar em sintonia com o senso das pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida*”.¹³⁸

Portanto, significa dizer que os direitos fundamentais, ainda que de modo singular, incidem também no campo das relações entre os particulares.

Para Maria Fernanda Pires de Carvalho Pereira:

“Nas decisões judiciais decidir com razoabilidade significa fazer uso de todos os atributos acima elencados para a realização de um julgamento mais correto e justo. É aplicar a norma, mas ponderando os princípios distinguidos na espécie. Portanto, o juiz tem como função interpretar a norma, e para a devida, efetivação desse mister, a razoabilidade é

princípios do direito do trabalho. In HASSON, Roland. Direito dos Trabalhadores e Direitos Fundamentais. Curitiba: Juruá, 2003, p. 14.

¹³⁵ *Idem*, p. 15.

¹³⁶ BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª Ed. São Paulo: LTR, 2013, p. 139.

¹³⁷ BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª Ed. São Paulo: LTR, 2013, p. 140.

¹³⁸ ALVES, Marina Vitório. **Direito à intimidade e à vida privada: os contornos da individualidade no mundo contemporâneo**. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. O direito à vida digna. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 222.

importante, tendo em vista que o julgamento haverá que ser a solução para o conflito posto”.¹³⁹

De qualquer modo, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade servem para auxiliar o Juiz na solução de casos, de modo a permitir a harmonização de direitos.

2.5 A COLISÃO ENTRE O PODER DE HIERÁRQUIA DO EMPREGADOR E A DIGNIDADE DO EMPREGADO

Não existe norma que regule a finalidade da restrição de direitos fundamentais dos empregados e nenhuma forma de interpretação irá reduzir o papel do princípio da proporcionalidade, mas o princípio da proporcionalidade será chave das medidas restritivas, sendo que embora os critérios disponíveis não imputem soluções definitivas podem auxiliar o interprete na busca de cada caso.

No caso do direito do trabalho, a proteção a função social não serve só para gerar lucros, mas também como meio de inserção social do indivíduo, da preservação de seu equilíbrio emocional e psíquico, da satisfação e da promoção pessoal; da manutenção da solidez das famílias enquanto células básicas da unidade e da estabilidade da nação. Em última análise, serve como um poderoso instrumento de preservação da paz e da harmonia na sociedade.¹⁴⁰

A Constituição Brasileira tem como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana, e, assegura a vida com qualidade, inclusive com direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, não podendo ser

¹³⁹ PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho. **Sobre o Direito vida e ao meio ambiente frente aos princípios da dignidade humana e da razoabilidade.** In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. O direito à vida digna. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 286.

¹⁴⁰ LEITE, Roberto Basilton. **Ecologia do Trabalho: A simbiose entre o direito do trabalho e o direito ambiental.** Disponível em: http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/3834/rev69_1_15.pdf?sequence=1 Acesso em 10 de Junho de 2013.s.a, p.6

interpretada ou explicada por outra lei para tolerar atividade que coloque em risco a vida, a integridade e a segurança dos trabalhadores.

Além disso, a Carta Magna estabelece expressamente como direito social dos trabalhadores urbanos e rurais a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, apresentadas no artigo 7º, XXII e no artigo 200: *“Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”*.

A Consolidação das Leis do Trabalho, no capítulo segurança e medicina do trabalho, prevê no artigo 154: *“A observância, em todos os locais de trabalho, do disposto neste Capítulo, não desobriga as empresas do cumprimento de outras disposições que, com relação à matéria, sejam incluídas em códigos de obras ou regulamentos sanitários dos Estados ou Municípios em que se situem os respectivos estabelecimentos, bem como daquelas oriundas de convenções coletivas de trabalho.”*

Entretanto, o direito fundamental à saúde e à vida não pode ser restringido de forma que impeça o processo econômico, isso porque o ambiente de trabalho está inserido no mercado econômico e as inovações tecnológicas são necessárias para a crescente qualidade de vida. O princípio do direito à sadia qualidade de vida tem como fundamento o “direito à vida”, disposto em nossa Constituição de 1988. A ideia contemporânea desta proteção jurídica é de que não basta viver ou conservar a vida, mas é preciso ir além, ou seja, buscar e conseguir a qualidade de vida.¹⁴¹

Sendo assim, não existe uma preocupação específica da legislação trabalhista pátria com o ambiente do trabalho como um todo, sendo que a CLT se limita a estabelecer dispositivos relativos à segurança e medicina aplicáveis a empregadores e empregados, mas não trata do ambiente geral em que o empregado trabalha.

Ensina-nos Sebastião Geraldo de Oliveira:

¹⁴¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 149-150

“O meio ambiente do trabalho está inserido no meio ambiente geral (art. 200, VIII, da Constituição da República), de modo que é impossível alcançar qualidade de vida, sem ter qualidade de trabalho, nem se pode atingir meio ambiente equilibrado e sustentável ignorando o meio ambiente do trabalho. Dentro desse espírito a Constituição de 1988 estabeleceu expressamente que a ordem econômica deve observar o princípio de defesa do meio ambiente (art. 170, VI).”¹⁴²

Por meio de uma visão sistêmica e globalizante, o meio ambiente deve ser interpretado como um bem jurídico unitário, abarcando os elementos naturais, o ambiente artificial (meio ambiente do trabalho) e o patrimônio histórico-cultural, pressupondo-se uma interdependência entre todos os elementos que integram o conceito, inclusive o homem.¹⁴³

Para Bodnar, ambiente ou entorno é tratar do lar comunitário que a todos abriga e cujo destino geral está a ele vinculado. Assim, essa necessária consideração de vínculos solidários com todo o entorno, atual e futuro, e com as futuras gerações, impõe uma indistinta e eficaz proteção por meio do Direito e da jurisdição.¹⁴⁴

Segundo Mattos, existem várias definições para o desenvolvimento sustentável, estabelecidas com propósitos diferentes, motivo pelo qual os conceitos e aplicação têm também alcances distintos e, por conseguinte, os indicadores necessários para seu seguimento variam de acordo com os interesses do grupo social que se apropria do discurso. De qualquer modo, estão sendo construídos consensos em torno da ideia de que democracia política, equidade social, eficiência econômica, conservação ambiental e diversidade cultural são os alicerces e indicadores da sustentabilidade para as gerações futuras.¹⁴⁵

¹⁴² OLIVEIRA, Eloete Camilli. **A função social da empresa**. In HASSON, Roland. **Direito dos trabalhadores e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2003.

¹⁴³ MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. **Direito Ambiental**. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

¹⁴⁴ BODNAR, Zenildo. **A solidariedade por meio da jurisdição ambiental**. Disponível em http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=60&ved=0CH4QFjAJODI&url=http%3A%2F%2Fperiodicos.uem.br%2Ffojs%2Findex.php%2FEspacoAcademico%2Farticle%2Fdownload%2F12211%2F7978&ei=fvG1UaLuLOmt0AHWsoHwDQ&usg=AFQjCNG0lwFm3w3hpmLJvrYc5zB8eqBpTg&sig2=6l_6hPlkKS2hzU1REBzUew&bvm=bv.47534661,d.dmQ. 2011, p. 25

¹⁴⁵ MATTOS, F., **Democracia e Eco-Sustentabilidade**, In: revista CREA-RJ, 1999, p.14.

Assim, José Afonso da Silva, ressalta que o meio ambiente do trabalho merece consideração específica, sendo este o local em que se desenvolve boa parte da vida do trabalhador, cuja qualidade dessa vida depende da qualidade do ambiente. A proteção ambiental se exterioriza quando a degradação se torna ameaça ao bem-estar, à qualidade de vida ou mesmo à sobrevivência do homem.¹⁴⁶

O ser humano, dono de inteligência e diferente dos outros animais, está no planeta, provavelmente, para provar que pode sobreviver sem estar no estado de natureza, e que é possível viver em uma organização política democrática adstrita aos paradigmas de participação, da política de tolerância, da distribuição da riqueza, da utilização sustentável do meio ambiente, da solidariedade e da diversidade e do socialismo, de tudo, não necessariamente nessa ordem.¹⁴⁷

A proteção do meio ambiente laboral exige ampliação de medidas que venham a garantir uma maior efetividade ao direito fundamental do trabalhador, porque é o direito do empregador, o de proteger seu patrimônio; já o de terceiros termina onde começa o direito, a intimidade e dignidade do empregado.

Para Raimundo Simão de Melo, o meio ambiente do trabalho é um dos mais importantes e fundamentais direitos do cidadão trabalhador, e que, sendo este desrespeitado, provoca agressão a toda a sociedade. No final das contas, é o trabalhador quem custeia a previdência social, que por inúmeras razões, corre o risco de não poder mais oferecer proteção até mesmo aos seus segurados do próximo século.¹⁴⁸ Portanto, o meio ambiente deverá ser sustentável no ambiente externo, e também, no local de trabalho, pois salvaguarda o homem contra as formas de degradação da sua sadia qualidade de vida.

Para Ana Carolina Gonçalves Vieira “*o trabalho é reconhecidamente fator relevante de dignidade para o homem. Se este mesmo trabalho atua como*

¹⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 8ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.54.

¹⁴⁷ CRUZ, Paulo Márcio. FERRER, Gabriel Real. **Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica**. Disponível em:

<<http://www.jfce.jus.br/internet/esmafe/materialDidatico/documentos/integracaoSulamericana/novosCenariosTransnacionais.pdf>> 2009. Acesso em 09 de Junho de 2013, p. 12.

¹⁴⁸ MELO, Raimundo Simão de. **Meio ambiente do trabalho: prevenção e reparação – juízo competente**. Repertório IOB de Jurisprudência, n. 113/97, caderno, s.a. p. 250.

*desestabilizador psicológico, o empregado acaba derrotado, humilhado, sem entender realmente o que se passa com ele.”*¹⁴⁹

Os direitos sociais não se prestam para dar ao brasileiro, apenas o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz, progressivamente mais vasto. Dependendo disso, está o comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país, conforme enfatiza Clèmerson Merlin Cleve:

Aponta a Constituição Federal de 1988, portanto, para a ideia de máximo, mas de máximo possível (o problema da possibilidade). O conceito do *mínimo existencial*, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combatida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ser perdido no cipoal das contingências, ficando à mercê das forças terríveis do destino. Os direitos sociais, o princípio da dignidade humana, o princípio da sociedade (dedutível da Constituição Federal de 1988 que quer erigir um Estado democrático de direito) autorizam a compreensão do *mínimo existencial* como obrigação estatal a cumprir e, pois, como responsabilidade dos poderes públicos.¹⁵⁰

Dessa forma ao assumir os riscos de seu empreendimento, o empregador toma a si a obrigação de adotar providências que garantam a segurança de seu patrimônio. Iniciativa esta, que encontrará larga resposta por parte da tecnologia moderna. Assumir os riscos de seu empreendimento significa não os transferir aos trabalhadores.¹⁵¹

Os valores de ordem econômica não podem ser postos como absolutos que sobressaiam à efetivação dos direitos sociais cujo propósito consiste na concretização dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

¹⁴⁹ VIEIRA, Ana Carolina Gonçalves. **Assédio Moral no ambiente de trabalho: uma violação silenciosa a dignidade humana no âmbito das relações de emprego**. In: Reis, Daniela Muradas; Mello, Roberta Dantas; Coura, Solange Barbosa de Castro. Trabalho e Justiça Social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2013.

¹⁵⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p. 28.

¹⁵¹ PEREIRA, Alberto Luiz Bresciani de Fontan. **Revistas Pessoais em empregados: a dignidade da pessoa humana e os limites ao poder diretivo do empregador**. In: Reis, Daniela Muradas; Mello, Roberta Dantas; Coura, Solange Barbosa de Castro. Trabalho e Justiça Social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2013, p. 285.

Nesse sentido, Alice Monteiro de Barros explica: *“a solução dos conflitos envolvendo os direitos fundamentais do empregado e do empregador passa pela ponderação das circunstâncias que envolvem o caso concreto e a sanção a ser aplicada deverá observar uma adequada proporção de meios e fins.”*¹⁵² Eis que, restrições a revistas íntimas, por exemplo, deve ser realizada com base na supremacia da dignidade da pessoa humana e na valorização social do trabalho, enquanto pilares constitucionais e republicanos, na vedação a tratamento desumano ou degradante, e no resguardo da intimidade, da vida privada e da honra.¹⁵³

¹⁵² BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª Ed. São Paulo: LTR, 2013, p. 151.

¹⁵³ PEREIRA, Alberto Luiz Bresciani de Fontan. **Revistas Pessoais em empregados: a dignidade da pessoa humana e os limites ao poder diretivo do empregador**. In: Reis, Daniela Muradas; Mello, Roberta Dantas; Coura, Solange Barbosa de Castro. *Trabalho e Justiça Social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado*. São Paulo: LTr, 2013, p. 285.

CAPÍTULO 3

FUNDAMENTOS DA RELAÇÃO DE TRABALHO NO DIREITO BRASILEIRO

O capítulo anterior demonstrou que a aplicação dos direitos fundamentais sociais impõe a construção de um novo marco centrado na constitucionalização. Há robusta fundamentação para a afirmação desse dever e constatou-se que os direitos humanos e os direitos fundamentais buscam a proteção de valores que permitam a pessoa se afirmar na condição humana e que em caso de conflitos cabe ao intérprete o papel de revelar o sentido das normas e fazê-las incidir no caso concreto.

Na seqüência dos estudos, parte-se em busca de fundamentos normativos que sustentem a afirmação do dever estatal de promoção da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado e da sociedade principalmente nas relações de emprego. Para tanto, serão examinados (i) relação de emprego no direito brasileiro, (ii) poder hierárquico do empregador (iii) limitações aos direitos da personalidade.

3.1. O CONTRATO DE TRABALHO *STRICTO SENSU*: Subordinação jurídica

A relação de trabalho é diferenciada na medida em que é caracterizada e pronunciada por desigualdades entre as partes, assim é necessário o estudo dos requisitos específicos da relação empregatícia.

A relação jurídica trabalhista é dividida entre a relação de trabalho (*lato sensu*) da relação de emprego (*stricto sensu*). A relação de emprego tem natureza contratual porque é gerada pelo contrato de trabalho e possui requisitos específicos no art. 3º da CLT. O empregado é toda pessoa física ou natural (não é possível pessoa jurídica) com continuidade, ou seja, não eventual, um subordinado cuja atividade é exercida sob dependência de outrem para quem ela é dirigida. Alice

Monteiro de Barros explica que o pressuposto de pessoalidade *“exige que o empregado execute suas atividades pessoalmente, sem se fazer substituir, a não ser em caráter esporádico, com a aquiescência do empregador.”*¹⁵⁴

O empregador é conceituado na CLT, no art. 2º, como *“empresa individual ou coletiva que assumindo os riscos do empreendimento econômico, contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”*.

Ao formalizar a relação empregatícia, as partes realizam um contrato de trabalho as partes e se submetem aos princípios do direito do trabalho e princípios gerais, como o da boa fé, assim é importante que as partes ajam com convicção no que estão se comprometendo.

O empregado está submetido às diretrizes do empregador e, portanto é subordinado. A CLT no seu art. 442 dispõe *que “contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”*, sendo assim, a partir do momento que o empregado estabelece o contrato de trabalho inicia uma relação de subordinação com empregador.

Sobre a sujeição do empregado aos poderes de mando do empregador, Elisabet Leal e Silva define que *“as novas relações de trabalho mostram o que vem sendo cada vez mais evidente, a retirada da responsabilidade do empregador pelo seu empregado, porém os deveres deste estão cada vez mais evidentes.”*¹⁵⁵

A subordinação do empregado ocorre de três formas: econômica, técnica e jurídica. O primeiro tipo está relacionado à necessidade econômica de todos os cidadãos, pois os empregados dependem de salário. A subordinação técnica é submissão do empregado aos poderes de mandos do empregador como obedecer a instruções e ordens. A jurídica se refere ao modo da prestação laborativa.

Portanto, a subordinação é resultante do poder diretivo do empregado, na medida em que determina, coordena e fiscaliza as atividades do subordinado.

¹⁵⁴ BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª Ed. São Paulo: LTR, 2013, p. 207.

¹⁵⁵ SILVA, Elisabet Leal. **Emancipação do trabalho e dignidade no trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2011, p. 70.

3.2 PODER HIERÁRQUICO DO EMPREGADOR

A subordinação é condição essencial para o vínculo laboral entre as partes e é o poder hierárquico que gerencia o empregado. O poder hierárquico é dividido em poder diretivo, fiscalizatório e sancionatório. Conceitua-se poder diretivo como *“conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador, dirigidas à organização da estrutura e espaço empresariais internos, inclusive o processo de trabalho adotado no estabelecimento da empresa com a especificação e orientação cotidiana no que tange à prestação de serviços.”*¹⁵⁶

Luiz José de Mesquita conceitua poder hierárquico como sendo uma faculdade em que o sujeito ativo exerce, ou ainda, um direito-função sobre a atividade humana profissional de outra, no caso, o sujeito passivo é o inferior hierárquico.¹⁵⁷

O poder de direção se manifesta de três formas distintas, quais sejam o poder de organização, o poder de controle e o poder disciplinar. A característica de subordinação do empregado é o oposto do poder de direção.

O poder de direção segundo Amauri Mascar Nascimento é *“a faculdade mantida pelo empregador, de determinar o modo de execução da prestação do trabalho para que possa satisfazer o seu interesse.”*¹⁵⁸ O autor esclarece que o empregado é subordinado *“porque ao se colocar na posição de empregado consentiu por contrato que o fosse dirigido por outrem, o empregador.”*¹⁵⁹

Para um melhor entendimento, Elizabet Leal da Silva descreve o poder diretivo como:

“É o lado representado pelo empregador. O poder de direção se expressa na condição de organização, controle e disciplina nas relações laborais. Compete ao empregador a função de determinar de forma organizada as

¹⁵⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2012, p. 626.

¹⁵⁷ Apud. BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª Ed. São Paulo: LTR, 2013, p.459.

¹⁵⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2011, p.164.

¹⁵⁹ *Idem*, p.164.

atividades que deverão ser desenvolvidas pelo trabalhador dentro da empresa, a fim de atender os seus objetivos. Apresentando inclusive as normas técnicas, as quais o trabalhador está subordinado”.¹⁶⁰

No mesmo sentido, Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira: “*o poder diretivo se manifesta por funções. A função de organização (do empreendimento, distribuição de funções, horários), controle (gerenciamento e acompanhamento dos trabalhos,) função disciplinar (aplicação de penalidades) e cada uma dessas funções encontrarão limites no ordenamento constitucional, infraconstitucional e supranacional.*”¹⁶¹

Logo, ao empregado emana a obrigação do recebimento de ordens de serviço. Vale ressaltar que, o poder diretivo não pode ser exercício com rigor excessivo, e se for, violará a dignidade da pessoa humana.

Ainda, o autor afirma que o poder diretivo tem referência no direito de propriedade reiteradamente, e compareça com a sua função constitucional:

“Quando se debate sobre o poder diretivo do empregador, é fundamental remarcar-se que nenhum empregador é proprietário quer do trabalhador, quer de sua força de trabalho. A propriedade ou detenção sob outros títulos do estabelecimento ou organização que demandem serviços está restrita a este âmbito”.¹⁶²

Além do mais, o controle de fiscalização ou controle pressupõe o direito do empregador o direito de fiscalizar o empregado, ou seja, analisar se este está desenvolvendo a atividade de acordo com o estabelecido.

Se caso o empregado não respeitar o poder fiscalizatório ou diretivo, o empregador pode corrigir o empregado por meio de sanções disciplinares com penalidades como suspensão disciplinar e advertência, bem como demissão por

¹⁶⁰ SILVA, Elizabet Leal. **Emancipação do trabalho e dignidade no trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2011, p.104.

¹⁶¹ PEREIRA, Alberto Luiz Bresciani de Fontan. **Revistas Pessoais em empregados: a dignidade da pessoa humana e os limites ao poder diretivo do empregador**. In: Reis, Daniela Muradas; Mello, Roberta Dantas; Coura, Solange Barbosa de Castro. Trabalho e Justiça Social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2013, p. 285.

¹⁶² *Idem*, p.285.

justa causa.

3.2.1 Princípio da propriedade como parte do poder empregatício.

O poder hierárquico inicia com a aquisição da propriedade. A Constituição Federal dispõe que a propriedade constitui uma garantia inviolável do indivíduo uma ressalva à condição de garantia fundamental. Essa previsão está consolidada art. 170 da CF ao estabelecer que *“a ordem econômica seja fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, terão por fim, que assegurar a todos, conforme os ditames da justiça social”*. O que não vislumbra apenas limites negativos a atuação do estado, mas também estabelece obrigações deste no sentido de dirigir suas atividades, visando sempre à satisfação das necessidades econômicas, sociais e previdenciárias do povo.¹⁶³

Ingo Wolfgang Sarlet explica *“até mesmo o direito de propriedade – inclusive e especialmente tendo presente o seu conteúdo social consagrado no constitucionalismo pátrio – se constitui em dimensão inerente à dignidade da pessoa”*.¹⁶⁴

Para Eloete Camilli Oliveira o *“direito à propriedade é a faculdade ou poder do titular da coisa dela dispor e de tudo o que ela possa proporcionar. Salvo disposição de lei em contrário, ou direitos de terceiros, o proprietário pode conduzir-se em relação à coisa como bem entender, assim como pode impedir que terceiros dela fizessem uso, por mínimo que seja”*.¹⁶⁵

Tratar da propriedade para Izabel Vaz é fazer alusão do que são mencionadas na Constituição como atividades econômicas no título que disciplina a sua dinamização (art. 170), e como os titulares desse direito refere-se aos sujeitos para com os quais a ordem jurídica econômica permite a exploração da atividade.

¹⁶³ OLIVEIRA, Eloete Camilli. **A função social da empresa**. In HASSON, Roland. **Direito dos trabalhadores e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 198.

¹⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª Ed. 2004, p.89.

¹⁶⁵ OLIVEIRA, Eloete Camilli. **A função social da empresa**. In HASSON, Roland. **Direito dos trabalhadores e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2003, p.199.

*“Os direitos reconhecidos ao titular da atividade econômica consistem, no sentido aqui empregado, na faculdade de reunir e organizar o capital, trabalho e tecnologia, dinamizando-s para a produção de bens e serviços.”*¹⁶⁶

O empregador desenvolve uma atividade econômica e assume os riscos inerentes ao negócio respectivo. Vale lembrar que em nenhuma hipótese o empregador pode transferir para o empregado o risco do empreendimento.¹⁶⁷

Assim, o empregador emana ordens aos empregados, porém nem todas devem ser atendidas, aos empregados cabe à recusa aos comandos contrários à lei e que levem a risco a sua integridade física ou o seu patrimônio moral; comprometendo a dignidade, privacidade, honra ou intimidade.¹⁶⁸

3.3 LIMITAÇÕES AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A vida em sociedade exige a imposição de alguns limites para a convivência harmônica dos indivíduos. Mas, nem sempre o Estado é capaz de organizar e fiscalizar as relações sociais, em razão disso, concede ao particular a prerrogativa de criar algumas regras que discipline determinada atividade, como contratuais, regulamento empresarial, acordos coletivos.

Assim, quando existe conflito entre direitos das partes da relação empregatícia, empregado e empregador, resulta em discussões jurídicas sobre qual direito deve prevalecer, no caso o princípio da propriedade ou direitos da personalidade.

Luis A. Martins B. Júnior alerta para a visão que se tem do empregado, como sendo um vilão da economia. Isto deve mudar. O empregado possui direitos

¹⁶⁶ VAZ, IZABEL. **Direito Econômico da Propriedade**. São Paulo: Editora Forense, s.a, p. 201.

¹⁶⁷ CAIRO JUNIOR, José. **Curso de Direito do Trabalho**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2014, p. 356.

¹⁶⁸ PEREIRA, Alberto Luiz Bresciani de Fontan. **Revistas Pessoais em empregados: a dignidade da pessoa humana e os limites ao poder diretivo do empregador**. In: Reis, Daniela Muradas; Mello, Roberta Dantas; Coura, Solange Barbosa de Castro. *Trabalho e Justiça Social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado*. São Paulo: LTr, 2013, p. 285.

básicos e quando estes são desrespeitados, geram consequências.¹⁶⁹

Relata Grijalbo Fernandes Coutinho que “*a permanente busca pelo lucro gerador do acúmulo de riquezas materiais exige do capitalismo continuas mudanças nas relações de produção, assim agindo o regime da classe burguesa em nome da sua vitalidade e da própria sobrevivência.*”¹⁷⁰

Assim, a instituição dos direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa humana do empregado bem como o poder de direção do empregador e o princípio da propriedade são realidades em nossa constituição e possuem a mesma hierarquia nos direitos fundamentais. A busca da lucratividade e o uso descontrolado da tecnologia no ambiente do trabalho faz com que exista um eminente medo de prejuízo financeiro e assim os empregadores estão utilizando da tecnologia, como uso de câmeras, controle e restrição de internet, e-mail e telefone para proteção da propriedade.

Apesar de tudo, existem certas limitações patronais para exercício do poder diretivo, pois é a justiça que deverá promover a dignidade do empregado impedindo abusos em todos os sentidos.

3.3.1 Revista Íntima e pessoal.

O empregador desconfia freqüentemente que os empregados estão subtraindo algo da empresa e utilizam de medidas de punição e prevenção, como a a revista íntima.

A questão da revista no ambiente de trabalho, seja pessoal ou íntima, é um exemplo do possível conflito oriundo do poder de direção do empregador *versus* intimidade e privacidade do empregado. Até 1990, não existia no nosso ordenamento previsão legal sobre revista íntima.

¹⁶⁹ MARTINS B. JUNIOR, Luis A. **Direito do Trabalho – um paradigma atual**. In HASSON, Roland. Direito dos Trabalhadores e Direitos Fundamentais. Curitiba: Juruá, 2003, p. 240.

¹⁷⁰ COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Trabalho, subordinação e controle do tempo obreiro à disposição da empresa em tempos de sofisticada modernidade tecnológico**. In: Reis, Daniela Muradas; Mello, Roberta Dantas; Coura, Solange Barbosa de Castro. Trabalho e Justiça Social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2013, p. 210.

Eloete Camilli Oliveira entende que *“revista consiste no exame do trabalhador ou trabalhadora para o controle de subtração de bens patronais ou de porte de objetos incompatíveis com o trabalho.”*¹⁷¹

Para o autor:

“Trata-se de uma iniciativa de índole policial por parte do empregador, esbarra, necessariamente, nos direitos – e naqueles constitucionais, sobretudo – do empregado. Ninguém pode tudo. As faculdades de qualquer indivíduo, de qualquer instituição, para além do que trouxe o ordenamento, estão limitadas, não só pelo que cabem são os outros indivíduos e instituições, mas, ainda, pelo que legitimamente podem exigir na defesa de seus patrimônios jurídicos”.¹⁷²

A CLT, no artigo 373-A, inciso VI, prevê: *“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; o VI, proceder ao empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias”*.

O autor explica que *“o preceito, embora dirigido às mulheres empregadas, é passível de aplicação aos empregados em geral, em face do princípio da igualdade também assegurado no texto maior.”*¹⁷³ entretanto não se pode ser comodismo da empresa. Assim é o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho.

174

¹⁷¹ OLIVEIRA, Eloete Camilli. **A função social da empresa**. In HASSON, Roland. **Direito dos trabalhadores e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 285.

¹⁷² PEREIRA, Alberto Luiz Bresciani de Fontan. **Revistas Pessoais em empregados: a dignidade da pessoa humana e os limites ao poder diretivo do empregador**. In: Reis, Daniela Muradas; Mello, Roberta Dantas; Coura, Solange Barbosa de Castro. **Trabalho e Justiça Social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado**. São Paulo: LTr, 2013, p. 285.

¹⁷³ *Idem*, p. 285.

¹⁷⁴ Nesse contexto, e sob uma interpretação sistemática e razoável dos preceitos legais e constitucionais aplicáveis à hipótese, este Relator entende que a revista íntima, por se tratar de exposição contínua do empregado a situação constrangedora no ambiente de trabalho, que limita sua liberdade e agride sua imagem, caracteriza, por si só, a extrapolação daqueles limites impostos ao poder fiscalizatório empresarial, mormente quando o empregador possui outras formas de, no caso concreto, proteger seu patrimônio contra possíveis violações. Nesse sentido, as empresas têm plenas condições de utilizar outros instrumentos eficazes de controle de seus produtos, como câmeras de filmagens. Tais procedimentos inibem e evitam a violação do patrimônio da empresa e, ao mesmo tempo, preservam a honra e a imagem do trabalhador. No presente caso, restou consignado no acórdão Regional que a Reclamada fazia revista íntima nos seus empregados, inclusive obrigando-os a se despirem, inexistindo justificativa plausível para o procedimento vexatório, o que evidencia a

Assim, embora o dispositivo seja voltado à proteção do trabalho da mulher, pelo princípio da isonomia, é perfeitamente aplicável aos trabalhadores do sexo masculino.

Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira explica o entendimento adotado pelo TST:

“A jurisprudência do TST vem sendo tolerante com relação a revistas em bolsa, sacolas e pertences de empregados quando são realizadas de modo impessoal, indiscriminado e sem contato pessoal, sendo que combate às revistas de procedimento discriminatório exponha as pessoas publicamente constranjam-nas ou que lhes agredam a privacidade e intimidade pelo contato físico com seu corpo ou visual”.¹⁷⁵

O Tribunal Regional do Trabalho, da 9ª Região, se manifestou no sentido de que a revista íntima não pode envolver toque físico na pessoa do empregado, e nem nos seus pertences, muito menos em bolsas ou armários em que costuma guardar seus objetos pessoais, dentro do local de trabalho - *“seja por amostragem, com ou sem contato físico, as revistas revelam-se constrangedoras, discriminatórias e inaceitáveis, por expor o trabalhador à desconfiança prévia do empregador, o que é capaz de afetar seus sentimentos de honra e dignidade”*.¹⁷⁶ Portanto, está

conduta irregular da Reclamada. Nessa linha, entende-se que houve uma exposição indevida da intimidade do obreiro, razão pela qual faz ele jus à indenização por danos morais. “Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR - 203300-03.2008.5.03.0032 Data de Julgamento: 07/03/2012, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/03/2012).

¹⁷⁵ PEREIRA, Alberto Luiz Bresciani de Fontan. **Revistas Pessoais em empregados: a dignidade da pessoa humana e os limites ao poder diretivo do empregador**. In: Reis, Daniela Muradas; Mello, Roberta Dantas; Coura, Solange Barbosa de Castro. Trabalho e Justiça Social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2013, p.288.

¹⁷⁶ TRT-PR-11-04-2014 REVISTAS PESSOAIS. PROTEÇÃO À INTIMIDADE E A PRIVACIDADE DO TRABALHADOR. ABUSO DO EMPREGADOR. DANOS MORAIS. DEVER DE INDENIZAR. A CLT, quando trata da proteção ao trabalho da mulher, no art. 373-A, VI, proíbe que o empregador proceda a revistas íntimas. O dispositivo, embora voltado à proteção do trabalho da mulher, pelo princípio da isonomia é perfeitamente aplicável aos trabalhadores do sexo masculino. A expressão “revistas íntimas” tem motivado interpretações distintas nos Tribunais do País quanto à extensão do conceito, que não foi apresentado pelo legislador. O dispositivo foi literalmente restritivo, pois o art. 5º, X, da CF/1988, assegura proteção tanto à intimidade quanto à privacidade das pessoas e assegura, na hipótese de violação, a reparação por danos morais e materiais. Diante do texto constitucional, a interpretação cabível à expressão “revista íntima” deverá ser a mais ampliativa possível, no intuito de proteger também a privacidade e porque se está diante de direito fundamental. Assim, deve caracterizar “revistas íntimas” não só as que envolvam o toque físico na pessoa do empregado, mas toda e qualquer revista a seus pertences, bolsas ou armários em que costuma guardar seus objetos pessoais, no local de trabalho. Seja por amostragem, com ou sem contato físico, as revistas revelam-se constrangedoras, discriminatórias e inaceitáveis, por expor o trabalhador à desconfiança prévia do empregador, o que é capaz de afetar seus sentimentos de honra e dignidade. Exceto em raras

totalmente proibida a revista no corpo do trabalhador. Entretanto, nossa jurisprudência possui alguns julgados em sentido contrário.

Em contrapartida Alice Monteiro de Barros apresenta:

“A jurisprudência brasileira inclina-se há mais de meio século, pela possibilidade de revista pessoal, mormente quando prevista em regimento interno da empresa com o fundamento de que é um direito do empregador e uma salvaguarda ao seu patrimônio. Entende-se que a insurgência do empregado contra esse procedimento permite a suposição de que a revista viria comprovar a suspeita que a determinou, autorizando o reconhecimento da justa causa”.¹⁷⁷

Logo, a revista pode ser dividida em: a revista que pressupõe inspeção direta ao corpo do empregado, e revista em objetos do empregado. Assim, quando existe a suspeita de que existiu um furto e fiscaliza-se diretamente o corpo do empregado, pode-se dizer que existe um atentado contra o pudor natural da pessoa. Já a revista que exige o desnude completamente, mesmo que diante de pessoa do mesmo sexo, é violação ao direito à intimidade.¹⁷⁸

A de revista em objetos pode ser realizada quando na saída do trabalho por meio de critérios objetivos (sorteio, numeração), e não seletivo, mediante certas garantias como a presença de um representante dos empregados ou na presença um colega de trabalho para impedir abusos.¹⁷⁹

Deve evidenciar que a revista íntima e pessoal não pode ser vista como regra ou requisito de contratação, pois nem mesmo a autoridade policial está autorizada a proceder dessa forma sem mandado e assim o empregador também não pode realizar.

ocasiões, quando envolvam segurança ou interesse público, as revistas são ofensivas, especialmente porque o trabalhador não dispõe de meios de recusa em ambiente onde prepondera o poder do empregador. O poder de fiscalização do empregador e o afã de proteger seu patrimônio não podem se sobrepor à dignidade da pessoa do trabalhador, causar-lhe constrangimento, submetê-lo a situações vexatórias perante os demais empregados ou impor obrigação não prevista em lei que viola sua intimidade e privacidade e expõe-no, muitas vezes, a procedimento degradante. Recurso ordinário da ré a que se nega provimento. TRT-PR-08226-2012-002-09-00-4-ACO-10995-2014 - 2A. TURMA Relator: MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU Publicado no DEJT em 11-04-2014.

¹⁷⁷ BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2013, 9ª Ed, p. 463.

¹⁷⁸ *Idem*, 467.

¹⁷⁹ *Idem*, p. 469.

Portanto, as revistas pessoais aos empregados, sem um fato específico que as justifique, traduz uma atitude de desconfiança incompatível com o princípio da boa-fé, que deve reger as relações trabalhistas, além de se revelar ofensiva à intimidade ao trabalhador.¹⁸⁰

Alice Monteiro de Barros:

“A lembrança de que mecanismos de gestão (controle de estoque e de matéria prima), além de tecnológicos (câmeras de filmagem, etiquetas magnéticas), oferecem alternativas de acompanhamento eficaz para os empregadores (também elas exigindo moderação, para que não seja ultrapassado o limite de liberdade e de privacidade dos trabalhadores). Tem-se, em tal quadra, que a revista para que não seja ultrapassado o limite de liberdade e de privacidade dos trabalhadores)”.¹⁸¹

Isso porque, não é a simples subordinação que justifica qualquer ação do empregador, muito menos ações que firam a dignidade da pessoa humana. Cabem aqui, algumas limitações aos direitos da personalidade, os quais são comuns no contrato do trabalho, não humilhando, constrangendo ou ferindo o empregado.

3.3.2 Restrições e monitoramento às redes sociais e internet

Os direitos fundamentais de empregados podem ser desrespeitados com o constante uso da tecnologia como acesso a *e-mails* e rede sociais.

Marina Vitório Alves afirma que “no mundo contemporâneo, chamado “era

¹⁸⁰ TRT-PR-06-06-2014 BANCO DE HORAS. HORAS EXTRAS HABITUAIS. NULIDADE. O “banco de horas” é um sistema de compensação de jornada, que exige, para sua validade, além da presença de acordo ou convenção coletiva de trabalho, a inexistência de horas extras habituais e o limite máximo de dez horas diárias, conforme prevê o § 2.º, art. 59, da CLT. Assim, o pagamento habitual de horas extras, o desrespeito ao intervalo intersemanal e o labor superior a 10 horas diárias, acarretam a invalidade do ajuste compensatório. REVISTA ÍNTIMA. ILICITUDE. DANO MORAL. As revistas pessoais aos empregados, sem um fato específico que a justifique, traduz atitude de desconfiança incompatível com o princípio da boa-fé, que deve reger as relações trabalhistas, além de se revelar ofensiva à intimidade do trabalhador. O contrato de trabalho, portanto, fundamenta-se na confiança e na boa fé dos contratantes, de modo que eventuais dúvidas quanto à idoneidade do empregado não autorizam o empregador, a seu talante, submetê-lo a situações constrangedoras, porquanto a ação de fiscalizar, inserida no poder de controle, não pode se sobrepor à dignidade da pessoa. TRT-PR-02358-2013-001-09-00-7-ACO-18184-2014 - 4A. TURMA Relator: CÉLIO HORST WALDRAFF Publicado no DEJT em 06-06-2014

¹⁸¹ BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 9ª Ed. 2013, p.260.

da tecnologia”, “era da informação”, no qual são desenvolvidos métodos e máquinas, que facilitam a vida do homem, sejam os computadores para facilitar qualquer tipo de trabalho, ou aparelhos eletrônicos para tornar os ambientes mais seguros, a questão da intimidade e da vida privada deve ser analisada sob vários aspectos.”¹⁸²

No monitoramento da internet, Rocha cita que “*os avanços tecnológicos chamam a atenção, principalmente, na área da informática. A internet que foi idealizada para ser uma rede de pesquisa tornou-se uma rede mundial de troca de informações e de acesso de dados*”.¹⁸³

Fabiano Negrisoli explica a questão do monitoramento e rastreamento do *e-mail* do empregado, como sendo um conflito entre direitos fundamentais entre o direito da propriedade e o direito da privacidade.¹⁸⁴ Sendo assim, os empregadores alegam com base no direito de propriedade que é possível monitorar e restringir acesso ao e-mail dos empregados, mas de outro lado os empregados acreditam ser hipótese de violação da privacidade.

Como visto, a Constituição pátria tem a previsão do direito da propriedade e privacidade, acrescido do sigilo de correspondência e o e-mail é classificado como correspondência.¹⁸⁵ A Lei 9.296, de julho de 1996, regulamentou o texto constitucional a dispondo que:

“Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.”

¹⁸² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 211.

¹⁸³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.213.

¹⁸⁴ NEGRISOLI, Fabiano. **Monitoramento e rastreamento de e-mail do empregado pelo empregador: restrição inconstitucional aos direitos de privacidade e sigilo de correspondência**. In: RAMOS FILHO, Wilson. Trabalho e Regulação no Estado Constitucional. Curitiba: Juruá, 2010, p. 51.

¹⁸⁵ A Constituição Federal de 1988 prevê: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

O artigo 151 do Código Penal proíbe a violação da correspondência e o bem jurídico protegido é a liberdade individual. Estabelece que a invasão indevida do conteúdo de correspondência fechada dirigida a outrem, resulta em pena de detenção de um a seis meses e multa.

Apesar das disposições legais, o empregador possui a conduta de vigiar o acesso à internet dos computadores utilizados pelos empregados, como também, os e-mails enviados e recebidos, por assim entender que faz parte do poder de fiscalização.

Primeiramente, cabe a diferenciação de que o *e-mail* pode ser pessoal ou corporativo. Sendo pessoal, será aquele pertencente a uma conta privada do usuário, seja ela paga ou gratuita (exemplo: *yahoo*, *gmail* etc). Caso seja o corporativo, será aquele suportado pela empresa, trafegando pela rede privada de computadores da mesma, com a finalidade precípua de realização das atividades empresariais, por meio de seus objetos de produção.

Dessa forma, além da *internet*, as empresas criaram redes corporativas, conhecidas como intranet, rede interna, e a extranet, rede externa. Tais redes fazem uso do *e-mail* como meio de correspondência eletrônica e permite aos usuários a troca de informações pelo envio e recebimento de mensagens e arquivos, incluindo textos, sons ou imagens.

Segundo Alice Monteiro de Barros:

“Se o trabalhador se encontra, por exemplo, em conexão direta e permanente por meio do computador, com o centro de dados da empresa, o empregador poderá fornecer instruções, controlar a execução de trabalho e comprovar a qualidade e a quantidade de tarefas de forma instantânea, como se o empregado estivesse no estabelecimento do empregador. A internet permite, inclusive, aferir o tempo de conexão do terminal do empregado, bem como quando foi acessado pela última vez o teclado”.¹⁸⁶

¹⁸⁶ BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª Ed. São Paulo: LTR, 2013, p. 261.

Portanto, o empregado não precisa estar obrigatoriamente presente na sede da empresa, o controle pode ser feito em qualquer local isso porque os empregadores tem se preocupado com a forma que os empregados utilizam as ferramentas da empresa.

Entretanto, no direito do trabalho, questões relativas ao princípio da inviolabilidade e da correspondência eletrônica, como da vida privada conflitam com princípio da propriedade e regem dúvidas da possibilidade do empregador acessar a caixa de e-mail particular dos seus empregados, uma vez que o acesso se dá pelo computador de propriedade do empregador e se é possível analisar o *e-mail* fornecido pela empresa.

Nos termos do artigo 1.228 do Código Civil, propriedade é o direito de usar, gozar, dispor e reaver bem móvel ou imóvel, motivo pelo qual, sendo o computador e o correio eletrônico propriedades do empregador. Podendo este, utilizar-se de seu poder diretivo para monitorar as correspondências eletrônicas, enviadas pelo empregado. Entretanto, se o empregado acessa o seu e-mail pessoal na empresa, o empregador não pode monitorar, mas restringir o seu acesso.

De maneira geral, se o empregado acessa ao e-mail, o qual pertence à empresa, nada mais é, do que uma ferramenta de trabalho e de propriedade do empregador. Sendo assim, o empregado somente pode utilizá-la para assuntos estritamente profissionais e o empregador pode fiscalizar sem restrições, cumprindo com isso, a função social da propriedade, não interferindo na privacidade.

E relação ao e-mail corporativo, a situação não é tão simples de ser resolvida em comparação ao e-mail particular; uma vez que o endereço eletrônico é concedido ao empregado pelo empregador, para utilização no e para o trabalho. Porém, os valores sociais da livre iniciativa e do trabalho fortalecem a ideia de que os e-mails corporativos devem ser monitorados, tendo em vista um bem estar geral, e não o interesse individual.

De fato, sendo o e-mail um instrumento de trabalho, este deve conter informações pertinentes somente à empresa. Quanto à imagem e honra a serem respeitadas no correio eletrônico empresarial, são deveres do empregador; haja vista que o computador e o e-mail corporativos não são de propriedade do

empregado e sim para uso exclusivamente laboral e em benefício do trabalho.

Nesse sentido, a análise do monitoramento dos e-mails corporativos não deve ser feita sob uma ótica de limite à dignidade do trabalhador, mas em observância aos princípios protetivos dos direitos, tanto do empregado quanto do empregador.¹⁸⁷

Inversamente, alguns doutrinadores entendem como Sérgio Pinto Martins:

“Não se pode dizer que haveria violação da privacidade do empregado quando o empregador exercesse fiscalização sobre equipamentos de computador que lhe pertencem. Ressalte-se que o correio eletrônico, em muitos casos, é da empresa e não do empregado. [...] Entendo que o empregador poderá verificar a utilização de e-mail, visando constatar se o computador não está sendo usado, no horário de serviço, para fins pessoais do empregado, ainda mais quando há proibição expressa para uso pessoal do equipamento. Durante o horário de trabalho o empregado está à disposição do empregador. [...] Logo, pode ser fiscalizado para verificar se não está enviando e-mails para outras pessoas sem qualquer relação com o serviço, pois está sendo pago para trabalhar e não para se divertir”.¹⁸⁸

Quanto às redes sociais, o entendimento é o mesmo, o empregador só pode monitorar se a rede social pertencer à empresa, caso seja uma conta particular do empregado, deve ocorrer a devida proibição do uso no local de trabalho que pode ser através do regulamento empresarial, num acordo e convenção coletiva.

Essa regra não pode ser interpretada literalmente. O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região afirmou: “*o empregado que posta mensagens em rede social com a nítida intenção de denegrir a imagem da empresa, inclusive com o uso de*

¹⁸⁷ TRT-PR-09-05-2014 RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO DA RECLAMADA. Na presente hipótese, não se observa comprovação inequívoca de qualquer ato ilícito praticado pela empregadora. O que ocorreu foi simplesmente o monitoramento e fiscalização das mensagens eletrônicas enviadas e recebidas pela rede interna da Reclamada, procedimento autorizado pelo manual de normas e procedimentos da empresa, e a constatação de que o Reclamante havia transmitido “via e-mail pessoal, relatórios relacionados ao seu trabalho, os quais dizem respeito à empresa”. Diante deste fato, foi o Reclamante advertido das consequências de tal procedimento. Assim, entendo como o juízo de origem, que o referido procedimento em momento algum significou ato ilícito por parte da Reclamada, razão pela qual não há falar em dever de indenizar. Recurso ordinário de que se conhece e a que se nega provimento. TRT-PR-00297-2013-242-09-00-5-ACO-14439-2014 - 4A. TURMA Relator: LUIZ CELSO NAPP Publicado no DEJT em 09-05-2014.

¹⁸⁸ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 227.

palavras de baixo calão e o expresso desejo de obter a própria demissão, dá ensejo à justa causa, na forma do art. 482, "b" da CLT." ¹⁸⁹

Portanto, o empregador só pode monitorar e-mails que pertençam à empresa, já os e-mails pessoais não podem ser monitorados por ferir o princípio da privacidade. Se o empregado acessa o e-mail pessoal nos computadores da empresa, o que pode ser aplicado é a sua restrição, como bloqueio ou proibição em regulamento empresarial ou acordo coletivo.

Em nenhuma hipótese o empregador pode visualizar e-mails pessoais dos empregados e se o empregado utilizar e-mails ou postagens que denigram a imagem da empresa caberá a este, a demissão por justa.

3.3.3 Vedação ao uso do telefone

O uso de telefone fixo ou móvel possibilitou aos empregados, onde quer que estejam à possibilidade de comunicação com clientes, familiares e com o próprio empregador.

Vários são os meios de o empregador tentar aumentar a produtividade e os lucros da empresa e uma maneira para isso é proibindo o uso particular do telefone pelos empregados no local de trabalho.

As leis trabalhistas não impedem que as empresas estipulem no contrato de trabalho, condutas e posturas relativas ao uso das tecnologias. Tais parâmetros também podem fazer parte de convenção coletiva. Algumas empresas possuem cartilhas ou manuais com orientações aos empregados sobre o assunto.

Entretanto, com a vedação ao uso do telefone no local de trabalho, pode ocorrer a restrição ao acesso dos empregados a problemas particulares, que

¹⁸⁹ TRT-PR-26-08-2014 JUSTA CAUSA. POSTAGENS EM REDE SOCIAL (FACEBOOK). O empregado que posta mensagens em rede social com a nítida intenção de denegrir a imagem da empresa, inclusive com o uso de palavras de baixo calão e o expresso desejo de obter a própria demissão, dá ensejo à justa causa, na forma do art. 482, "b" da CLT. Recurso a que se nega provimento. TRT-PR-09936-2013-129-09-00-0-ACO-27541-2014 - 1A. TURMA Relator: ADAYDE SANTOS CECONE Publicado no DEJT em 26-08-2014.

demandam a dependência do próprio empregado. Esta atitude dos empregadores se deu após a verificação de que os subordinados passavam muitas horas do dia ao telefone celular pessoal ou a telefones da empresa.

A proibição do uso de aparelho celular ao empregado, no período em que está laborando, está inserida no poder diretivo do empregador. Tais equipamentos permitem que a qualquer momento o trabalhador interrompa suas atividades profissionais para dedicar-se a questões particulares, que nem sempre são de caráter urgente, desviando assim, sua atenção.¹⁹⁰

Enfim, os empregadores podem vetar o uso de telefone no local de trabalho, mas isso não permite aos empregadores a realização da gravação (interceptação) das conversas.

É importante ressaltar o teor do art. 5º, inciso XII, da Constituição de 1988, que garante “o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados, e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e nas formas que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Porém, constata-se a tendência da jurisprudência em permitir a escuta telefônica nos serviços de *telemarketing*, mesas de bancos de investimento, corretoras etc. Nesses ramos, todo o trabalho é desenvolvido através do telefone, o que autoriza o controle do empregador, o qual é parte interessada no processo produtivo.

Em razão da jurisprudência não ser unânime, os empregados têm encontrado uma saída com o uso do celular, durante o intervalo intrajornada. Deve-se destacar que os intervalos no decorrer da jornada de trabalho possuem previsão

¹⁹⁰ EMENTA: “RESTRIÇÃO AO USO DE TELEFONES CELULARES NO HORÁRIO DE LABOR. PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR. A proibição do uso de aparelho celular pelo empregado, no período em que está laborando, está inserida no poder diretivo do empregador, porquanto tais equipamentos permitem que a qualquer momento o trabalhador interrompa suas atividades profissionais para dedicar-se a questões particulares, nem sempre de caráter urgente, desviando sua atenção. A interferência na concentração gera não apenas uma interrupção dos serviços, mas também pode provocar acidente de trabalho, pondo em risco a integridade física dos trabalhadores envolvidos na tarefa.” (Ac. 3ª T. Proc. RO 0000852-84.2011.5.12.0032. Maioria, 20.03.12. Rel.: Juíza Maria de Lourdes Leiria. Disp. TRT-SC/DOE 30.03.12. Data de Publ. 02.04.12).

legal e são para descanso e refeição (CLT, artigo 71), ¹⁹¹ e não para uso do celular.

As empresas podem adotar procedimentos para reduzir e restringir a utilização do telefone celular, mas isso deve constar no regulamento empresarial ou num acordo de convenção coletiva, para assim informar aos empregados.

Em tese, significa que os empregadores podem proibir o uso de telefone no local de trabalho, mas se alguém precisar se comunicar com urgência com o empregado e não conseguir é a violação a direitos do empregado. Portanto, a vedação do uso de telefone é algo atual para a relação trabalhista e os empregadores devem ter cautela e bom senso, pois essa restrição pode causar constrangimentos aos empregados imensuráveis.

3.3.4 Uso de equipamentos audiovisuais e do polígrafo

O uso de tecnologia para fiscalização dos empregados é cada vez mais evidente dentro e fora do ambiente de trabalho principalmente para inibir e evitar possíveis violação ao patrimônio. Segundo Grijalbo Fernandes Coutinho:

“Apresentado o contexto, é forçoso concluir que, bem diferente do aventado pela propaganda oficial, os recursos de microeletrônica tem sido utilizados pelas empresas para apertar o controle dos mais diversos atos e ações dos empregados dentro e fora do ambiente de trabalho. Os juízes

¹⁹¹ Art. 71 CLT: “Em qualquer trabalho contínuo cuja duração exceda de seis horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será no mínimo, de uma hora e, salvo acordo ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de duas horas. § 1º Não excedendo de seis horas o trabalho, será, entretanto, obrigatório um intervalo de quinze minutos quando a duração ultrapassar quatro horas. § 2º Os intervalos de descanso não serão computados na duração do trabalho. 3º O limite mínimo de uma hora para repouso e refeição poderá ser reduzido por ato do Ministério do Trabalho, quando, ouvido o Departamento Nacional de Segurança e Higiene do Trabalho, se verificar que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares. § 4º Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. § 5º Os intervalos expressos no caput e no § 1º poderão ser fracionados quando compreendidos entre o término da primeira hora trabalhada e o início da última hora trabalhada, desde que previsto em convenção ou acordo coletivo de trabalho, ante a natureza do serviço e em virtude das condições especiais do trabalho a que são submetidos estritamente os motoristas, cobradores, fiscalização de campo e afins nos serviços de operação de veículos rodoviários, empregados no setor de transporte coletivo de passageiros, mantida a mesma remuneração e concedidos intervalos para descanso menores e fracionados ao final de cada viagem, não descontados da jornada.”

do trabalho e demais operadores do mundo jurídico não devem ignorar o caráter sofisticado das novas relações de produção, introjetado de elementos civerteicos, muito menores o que ali esconde o sistema do lucro e acumulação de riquezas materiais”.¹⁹²

A fiscalização do empregador pode ocorrer por meio de gravações das imagens e dos sons. Nesse item, o objeto de estudo são as câmeras de vigilância nos locais de prestação de serviço, incluindo entre elas as câmeras escondidas e o uso de polígrafo para a admissão e manutenção do emprego.

Grijalbo Fernandes Coutinho descreve o uso desses equipamentos como sendo *“cada vez mais comum setores diversos patronais lançarem mão da nova ferramenta para ter a sua empresa e os empregados nas mãos como se houvesse a seguinte mensagem dirigida ao trabalhador: ‘sorria, você está sendo monitorado o tempo todo’*”.¹⁹³

A legislação brasileira não proíbe o uso de aparelho audiovisual para controle de prestação de serviço por entender ser uma decorrência das inovações tecnológicas, *“porém há locais que é inadmissível autorizar o uso destes, como os locais de descanso do empregado, banheiro ou cantina”*.¹⁹⁴

Para o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região *“é inaceitável a colocação de câmera capaz de captar imagens no vestiário onde os empregados se trocavam. Nem se alegue que o fim não era capturar imagens dos que utilizavam o local, pois isso só se compatibilizaria com a não instalação ou desinstalação do equipamento. Estão em jogo, aqui, a privacidade e a dignidade humana.”*

Grijalbo Fernandes Coutinho explica que:

“O controle direto e visual por parte do empregador é menos agressivo ao patrimônio imaterial do trabalho, por incrível que apareça dadas as variadas formas eletrônicas para transformar o mero controle de jornada num verdadeiro big brother da relação entre o capital e o trabalho. Nesse novo mundo, o objetivo não é apenas fiscalizar e sim controlar todos os ambientes, em todas as suas dimensões, com câmeras instaladas no local de trabalho, cujas imagens podem ser acessadas a qualquer

¹⁹² COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Trabalho, subordinação e controle do tempo obreiro à disposição da empresa em tempos de sofisticada modernidade tecnológica**. In: Reis, Daniela Muradas; Mello, Roberta Dantas; Coura, Solange Barbosa de Castro. Trabalho e Justiça Social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2013, p.218.

¹⁹³ *Idem*, p. 217.

¹⁹⁴ BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2013, 9ª Ed, p. 472.

momento (durante 24 horas por dia) pelo patrão, da sua confortável poltrona residencial ou da suíte do hotel dotada do serviço de internet”.¹⁹⁵

Para Alice Monteiro de Barros a vigilância eletrônica poderá ter um futuro promissor; não podem ser utilizados ilegalmente com o “*objetivo de gravar, reproduzir ou divulgar aspectos de caráter íntimo ou pessoal do empregado*”. Segundo a autora a doutrina estrangeira também tem admitido o controle do processo produtivo por meio de câmeras instaladas em banco ou caixas de segurança, joalherias ou mesas de jogos em cassino, o que possibilita, além do controle da atividade, a observação dos empregados em suas atividades profissionais.¹⁹⁶ Atualmente, como se não bastasse o controle dos empregadores, através de sistema audiovisual, percebe-se o uso do polígrafo para contratação e manutenção do emprego.

Gabriela Neves Delgado mostra que, “*em outras palavras o direito do trabalho permite a existência formalizada da condição de dignidade no trabalho, verdadeira essência do homem, ao tutelar a prestação de serviços de uma pessoa a outra, nos termos específicos da legislação celetista.*”¹⁹⁷ É o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho que mantêm o sistema de vigilância para preservar o patrimônio empresarial.¹⁹⁸

¹⁹⁵ COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Trabalho, subordinação e controle do tempo obreiro à disposição da empresa em tempos de sofisticada modernidade tecnológica.** In: Reis, Daniela Muradas; Mello, Roberta Dantas; Coura, Solange Barbosa de Castro. Trabalho e Justiça Social: um tributo a Maurício Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2013, p. 217.

¹⁹⁶ BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTR, 2013, 9ª Ed, p. 472.

¹⁹⁷ DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno.** São Paulo: LTr, 2006, p. 255

¹⁹⁸ TRT-PR-09-03-2010 SISTEMA DE VIGILÂNCIA MANTIDO NO AMBIENTE LABORAL. DANO MORAL. A presença de câmeras de vídeo no ambiente laboral, ao argumento de que o objetivo do sistema de vigilância era tanto preservar as informações dos clientes atendidos pelo callcenter, como preservar o patrimônio empresarial, já sucumbe pela própria natureza da atividade (atendimento via telefone junto à terminal de computador), não se cogitando, então, de preservação do cliente, mas tão-somente do patrimônio empresarial. Em tese e sem abuso, é legítimo o poder de direção empresarial voltado à vigilância no ambiente de trabalho, desde que justificado por razões de segurança. A lide em análise exige ponderação entre a dignidade da pessoa humana e a segurança do patrimônio empresarial, aqui entendido como o substrato material da empresa e clientela. No entanto, essa ordem axiológica (pessoa humana e patrimônio) não admite ressalva injustificada. A ponderação não se faz em tese, nem de maneira apriorística, o que por certo esbarraria na primazia da dignidade humana. No caso, a escusa absolutória invocada pela ré (exercício regular do poder diretivo para salvaguardar o patrimônio empresarial) não lhe socorre, haja vista que se revelou não apenas desnecessária, como abusiva. Desnecessária, porque a vigilância dos empregados por câmeras enquanto atendem os consumidores via telefone e utilizando terminais de computadores é

O polígrafo é conhecido como detector de mentiras que registra variações da pressão arterial, respiração, contrações musculares e dos movimentos oculares. O teste compreende três etapas: conversa preliminar, teste e a conclusão. Porém, há discussão sobre a validade e eficácia desses testes.¹⁹⁹

As empresas tem submetidos os empregados na admissão e vigência do contrato ao detector de mentiras com questionamentos sobre o passado do empregado e atitudes do contrato de trabalho, como por exemplo uso de drogas, se furto, traição etc.

Assim, as empresas utilizam os dados do polígrafo com base em uma resposta do empregado emocionalmente desestabilizado e interpretam de forma unilateral. Sendo assim, torna-se inadmissível a submissão do empregado ao uso do polígrafo, isso porque além de violar a esfera íntima, não existe comprovação de que seu resultado seja realmente a verdade.

Todas as alterações e inovações tecnológicas aplicadas nos contratos de trabalho criaram uma fronteira inegável ao exercício das funções fiscalizatórias,

fator inócuo na segurança daqueles, pois nada obsta que a informação pessoal prestada nesse modo e ambiente seja melhor preservada porque gravada a imagem do trabalhador. Note-se que a discussão não envolve a gravação da conversa telefônica do atendimento no callcenter, ingerência esta que, em tese e sem abuso, encontraria justificativa. Abusiva, porque, uma vez que não encontra justificativa de ordem fática que a legitime, evidente está que a vigilância, eis que esvaziada no próprio ato de controle de "vigiar e punir" de que já nos alertou FOUCAULT em sua clássica e homônima obra. Uma ingerência tal, voltada mesmo aos mais mezinhos atos implica em franco abuso, que gera dano moral indenizável, justamente porque desarrazoada e violadora da intimidade do trabalhador. A melhor doutrina converge no sentido de que a instalação de câmara de vídeo ou de filmagem constitui uma medida ajustada ao princípio da proporcionalidade (GOÑI SEIN, José Luis. La vídeo vigilância empresarial y laprotección de datospersonales. Thompson/Civitas, 2007, p. 30, 31, 37, 50 e 54) DESDE QUE a instalação em local onde o empregado executa suas atividades seja medida justificada, equilibrada e imprescindível. Não se olvide que, também se repele, aqui, a tentativa de se "coisificar" o homem, posto ser gente e, como tal, suscetível a sentimentos das mais variadas ordens, inclusive o da humilhação de ver-se obrigado a se expor e ser controlado diariamente pelo sistema de vigilância da ré, a fim de garantir sua própria subsistência. Não sobressai razoável a violação da intimidade para fins de atender a interesse privado ou meramente econômico. A abusividade da reclamada em adentrar invasivamente a privacidade do empregado resultou patente, além de manifestamente desnecessária e em menoscabo à garantia constitucional assegurada. Concessa venia, não há justificativa plausível para a adoção de tal medida em atividades como a da reclamada (callcenter), nem proporcionalidade ajustada entre a dimensão do vilipêndio à privacidade e a finalidade meramente econômica de proteger o bem patrimonial. Configurado está o dano moral, haja vista que a Carta Constitucional em seu artigo 5º, X, prevê que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação." TRT-PR-02347-2008-664-09-00-1-ACO-07290-2010 - 2A. TURMA Relator: ROSEMARIE DIEDRICH S PIMPÃO Publicado no DJPR em 09-03-2010

¹⁹⁹ *Idem*, p. 473.

colocando na franca ilegalidade medidas que venham cercear a liberdade e dignidade do trabalhador.

3.4 TRANSNACIONALIDADE

Diante das reivindicações dos movimentos sociais pelos trabalhadores, por melhores condições de trabalho e de subsistência, o Estado veio a interferir diretamente nas relações privadas para regulamentar a relação de trabalho e dar proteção social aos indivíduos alijados do mercado de trabalho. Com efeito, é a proteção social dos trabalhadores a raiz histórica do Direito do Trabalho.

Denotou-se que a proteção a propriedade não pode afrontar princípios constitucionais do empregado. De qualquer maneira com a realidade do direito do trabalho, um empregado não pode apenas ser protegido por normas constitucionais. Atualmente muitos empregados não trabalham no país em que residem, pois os avanços tecnológicos permitiram esse tipo de contrato de trabalho.

Cumprido neste aspecto, o que Norberto Bobbio sustentava que a paz, a democracia e os direitos fundamentais da pessoa humana constituem três momentos necessários ao mesmo movimento histórico - a paz atuando como pressuposto necessário para o reconhecimento e efetiva proteção dos direitos fundamentais; ao passo que não poderá haver democracia (considerada como a sociedade dos cidadãos, titulares de certos direitos), onde não forem assegurados os direitos fundamentais, da mesma forma que sem democracia não existirão as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.²⁰⁰

Sobre nação, Paulo Cruz conceitua:

“O conceito jurídico de Nação não pode referir-se a diferenças de caráter étnico, cultural, religioso ou lingüístico. A identificação entre Nação Cultural e Nação Jurídica e Política é, de certa forma, questionável. Por isto, a referência à Nação como base humana da organização do estado não pode ser entendida além de uma referência à Nação Jurídica. O relevante é que uma comunidade humana pode se definir juridicamente

²⁰⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992. p.1.

com a proclamação do caráter “nacional” da população do Estado. Essa percepção conceitual poderia até resolver – ou pelo menos minorando – o problema das disputas entre nações”.²⁰¹

O ponto central é que o titular não mais seria o cidadão nacional de um determinado país, aquele que tem a sorte de nascer em um país rico e democrático, nem mesmo o genérico homem do direito internacional tradicional, o titular seria o cidadão transnacional. Não cabe dúvida que a transnacionalização somente tem sentido se reforçar a defesa dos direitos fundamentais, a defesa das liberdades aliada à defesa da igualdade perante a lei. Portanto, a transnacionalização do Direito deve proteger os titulares dos direitos fundamentais.²⁰²

A questão da titularidade dos direitos fundamentais tem sua relevância primordial na questão da transnacionalidade, na medida em que a mesma signifique também, uma grande mudança na forma de pensar o Direito. Agora o titular não mais seria o cidadão nacional de um determinado país, ou seja, aquele que tem a sorte de nascer em um país rico e democrático, nem mesmo o genérico homem do direito internacional tradicional, o titular seria então, o cidadão transnacional. Não cabe dúvida a respeito da transnacionalização, e somente tem sentido se reforçar a defesa dos direitos fundamentais, ou ainda, a defesa das liberdades aliada à defesa da igualdade perante a lei. Logo, a transnacionalização do Direito deve proteger os titulares dos direitos fundamentais.²⁰³

Assim, Maurício Godinho Delgado estabelece que os Direitos Fundamentais são prerrogativas ou vantagens jurídicas estruturantes da existência,

²⁰¹ CRUZ, Paulo Márcio. **Acesso à justiça e as dimensões materiais da efetividade da jurisdição ambiental**. Disponível em:

<[²⁰² GARCIA, Marcos Leite. **Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais**. Disponível em:](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&ved=0CEEQFjAC&url=http%3A%2F%2Fproxy.furb.br%2Ffojs%2Findex.php%2Fjuridica%2Farticle%2Fdownload%2F3061%2F2016&ei=Ehy2UYiONofT0gHG24HICQ&usg=AFQjCNHVspcV3SAO1kRkz0WuprYltHB5pQ&sig=2=Ru8FxCcIJ8tN39jbTjSAaA.> Acesso em 01 de Junho de 2013.</p>
</div>
<div data-bbox=)

<<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/1801/1598>>. Acesso em 28 de Maio de 2013, s.a,s.p.

²⁰³ GARCIA, Marcos Leite. **Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais**. Disponível em:

<<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/1801/1598>>. Acesso em 28 de Maio de 2013.

afirmação e projeção da pessoa humana e de sua vida em sociedade.²⁰⁴ A questão da titularidade dos direitos fundamentais tem sua relevância primordial na questão da transnacionalidade. Sendo esta uma grande mudança na forma no Direito.

Com a transnacionalização dos direitos fundamentais o compromisso de um país periférico passaria a ser com toda a comunidade transnacional a que pertence, e não mais somente com o seu (des)enganado povo. Seria uma aposta para diminuir o problema de constitucionalização do “faz de conta” dos direitos fundamentais. Fica então evidente, a necessidade de criação de um espaço transnacional para que a Comunidade Internacional possa proteger questões tão urgentes para o ser humano.²⁰⁵

Nessa perspectiva Marcelo Neves reconstrói a formulação de Luhmann no seguinte sentido:

“O mandamento de igualdade da Constituição pode levar ao fato de que a igualdade política seja interpretada juridicamente como igualdade/desigualdade de casos. Se utilizarmos a linguagem de Kelsen neste contexto, cabe afirmar que o princípio da igualdade, na sua dimensão estritamente jurídico-legal, importa a igualdade perante a lei enquanto o chamado “princípio da igualdade política” como conteúdo de prescrições constitucionais significa a igualdade na lei. E, quando se fala no princípio constitucional da isonomia como expressão da racionalidade no âmbito do direito, o que se encontra no primeiro plano é a igualdade na lei”.²⁰⁶

A postura transconstitucionalista parte do pressuposto de que o significado de tais garantias transcende às ordens jurídicas estatais e, diante de tal constatação, preocupa-se em averiguar em que medida os dispositivos de direito interno que as preconizam podem ser integrados pelos conteúdos daqueles mesmos direitos desenvolvidos a partir das experiências verificadas em outros ordenamentos domésticos e no plano internacional.²⁰⁷

²⁰⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho**. In: SILVA, Alessandro da; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMER, Marcelo. *Direitos Humanos - Essência do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2007, s.p.

²⁰⁵ *Idem*, s.p.

²⁰⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 69.

²⁰⁷ ELBERT, Paulo Roberto Lemgruber. **O direito do trabalho no contexto da evolução histórica dos direitos fundamentais**. Disponível: <http://www.aer.adv.br/detalha_artigo.php?cod=15>. Acesso em 29 de Maio de 2013, s.a,s.p.

Entretanto, para Paulo Cruz, no Estado Transnacional a dimensão humana continuaria sendo relevante, não apenas como um vínculo, que se estabeleceria com determinado Estado, ou ainda pela relação de sujeição ao poder estatal, mas sim, numa perspectiva ampliada, inclusiva e solidária, que não vê o cidadão como mero depositário de uma pseudo-soberania. Dessa forma, a expressão latina *trans* significaria algo que vai “além de” ou “para além de”, a fim de evidenciar a superação de um *locus* determinado, o qual indicaria que são perpassadas diversas categorias unitárias, num constante fenômeno de desconstrução e construção de significados.²⁰⁸

Percebe-se que no Estado Transnacional, não haveria espaço para se falar em soberania na sua concepção clássica. As múltiplas relações existentes entre os Estados, a importância da atuação cooperativa destes em prol de uma pauta axiológica comum, bem como a complexidade dos novos desafios, exigiria uma redefinição qualitativa e funcional para esta categoria.²⁰⁹

Para Paulo Cruz e Zenildo Bodnar:

O Direito Transnacional, assim como Estado Transnacional, estaria “também “desterritorializado”, o que é uma das circunstâncias que molda o cenário transnacional, especialmente porque diz respeito ao aspecto além fronteira, pois não é o espaço estatal nacional e também não é espaço que está acima dele. Está por entre eles, ou seja, desvinculado da delimitação precisa do âmbito territorial em que o Estado Constitucional Moderno tenta exercer soberania e tenta impor coercitivamente as suas leis”.²¹⁰

O ordenamento jurídico transnacional apareceria como um conjunto ou sistema. Onde suas normas responderiam a pautas axiológicas comuns, que justificariam sua consideração como um todo, e que hoje são praticamente

²⁰⁸ CRUZ, Paulo; BODNAR, Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais**. Disponível em:

<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/cejur/article/viewFile/15054/11488>. Acesso em 28 de Maio de 2013.

²⁰⁹ *Idem*, s.p.

²¹⁰ *Idem*, s.p.

impossíveis de serem alcançadas pelos direitos nacionais, comunitário e internacional.²¹¹

Ainda segundo Paulo Cruz:

“Por essas questões econômicas, o Estado e o Direito transnacionais estariam - por entre as soberanias e com fontes normativas, originadas além das fronteiras nacionais -, destinados a regular os atuais contextos globais, que atualmente não se submetem ao reconhecimento externo ou à recepção formal pelos estados e que utilizam sanções econômicas aleatórias para alcançarem seus objetivos, caracterizando um ambiente de completa renúncia aos parâmetros mínimos de humanidade”.²¹²

3.4.1 Direito do Trabalho Transnacional

A criação de um Direito do Trabalho a nível internacional possui motivos históricos, econômicos e sociais. Não se pode negar, que atualmente existe um vínculo grande entre o comércio global e o trabalho. E que atualmente as questões de direito do trabalho não estão mais dentro da fronteira do estado.

A Organização Internacional do Trabalho promove internacionalização do Direito do Trabalho com a inserção em diversos instrumentos internacionais de tópicos relativos à proteção do trabalhador e à melhoria das condições de seu trabalho.

Entretanto, o acesso ao trabalho e sua realização de maneira digna não é somente um mero meio de sobrevivência para a raça humana, o trabalho também tem um componente imaterial que confere dignidade àquele que labora, sendo, portanto, um direito fundamental. As proteções mínimas ao trabalhador devem ser

²¹¹ CRUZ, Paulo; BODNAR, Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais**. Disponível em <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/cejur/article/viewFile/15054/11488>. Acesso em 28 de Maio de 2013.

²¹² CRUZ, Paulo Márcio. **Acesso à justiça e as dimensões materiais da efetividade da jurisdição ambiental**. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&ved=0CEEQFjAC&url=http%3A%2F%2Fproxy.furb.br%2Fojs%2Findex.php%2Fjuridica%2Farticle%2Fdownload%2F3061%2F2016&ei=Ehy2UYiONofT0gHG24HICQ&usg=AFQjCNHVspcV3SAO1kRkz0WuprYltHB5pQ&sig=2=Ru8FxCClJ8tN39jbTjSAaA>>. Acesso em 01 de Junho de 2013.

resguardadas e impostas não apenas a nível nacional, mas com uma legislação internacional que defina critérios mínimos ao trabalhador.

Elisabet Leal e Silva comenta: *“fala-se em translocação de trabalho, a deslocalização, onde o local das atividades dos trabalhadores é o que menos importa. Ele poderá desenvolver suas atividades em qualquer lugar, desde que cumpra com a meta estabelecida, a fim de garantir a produção esperada, o lucro pré-determinado.”*²¹³

Na realidade, segundo Alice Monteiro de Barros:

“O teletrabalho apresenta, ainda, uma nova questão a respeito da fronteira entre o exercício do poder diretivo do empregado, do poder de fiscalização da autoridade administrativa e o direito a intimidade e a vida privada do empregado. Quando o controle se verifica no domicílio do empregado, ele poderá imiscuir-se com a sua vida familiar. Por outro lado, no que tange à fiscalização, ressalte que o fiscal do trabalho só poderá entrar no domicílio do empregado com a sua aquiescência, sob pena de violar-lhe a vida privada. Nos EUA (Los Angeles) para contornar esse problema, exigisse que os teletrabalhadores designem um local ou cômodo para esse tipo de atividade, com passagem direta a parte externa do cômodo para que administração do trabalho tenha acesso sem que viole o domicílio do empregado”.²¹⁴

Para José Cairo Junior, *“o teletrabalho surgiu com alteração da aludida forma de organização clássica do trabalho, ao aproveitar-se das facilidades de trabalho à distância, oferecidas pelo uso das novas tecnologias, bem como interferência do processo da globalização da economia, que exigia estruturas mais flexíveis de trabalho”*.²¹⁵

No Direito do trabalho, o trabalho fora da sede é utilizado com maior frequência em determinadas atividades profissionais, as quais não exigem a presença física do trabalhador, dentro do estabelecimento empresarial, como as atividades intelectuais, mas acaba criando desvantagens aos empregados que encontra-se isolado e prejudica sua sindicalização e fiscalização do ambiente e das

²¹³ SILVA, Elisabet Leal. **Emancipação do trabalho e dignidade no trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2011, p.70.

²¹⁴ BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª Ed. São Paulo: LTR, 2013, p. 260.

²¹⁵ CAIRO JUNIOR, José. **Curso de Direito do Trabalho**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2014, p. 323.

condições do seu trabalho. Além disso, possibilita-se a deterioração das condições de trabalho, bem como a eliminação de promoção de carreira.²¹⁶

Porém, Alice Monteiro de Barros alerta:

“Os tribunais espanhóis, por exemplo, quando definem pela relação empregatícia do teletrabalhador, realçam que novas tecnologias não poderão servir de burla a legislação vigente e assimilam a presença física a virtual, destacando que o empregador recebe por meio da internet a mesma prestação de serviço que receberia se o empregado estivesse na empresa, sendo idêntico o resultado do trabalho para as partes”.²¹⁷

Assim, para os trabalhadores, os efeitos da globalização e ausência de normas transnacionais são baixas remunerações, escassez de empregos, condições laborais precárias, ou seja, situações que degradam a pessoa do trabalhador. Os direitos humanos sociais, incluindo principalmente os laborais, são apresentados como verdadeiros obstáculos ao progresso do mercado.²¹⁸

Ainda, destaca-se que os titulares dos direitos fundamentais se especificam na busca de uma melhor igualdade de condições ou igualdade de oportunidade para todos. Ou seja, com a criação de direitos fundamentais em todos os Estados, a questão de tratar os desiguais de forma desigual para se chegar a uma igualdade. Quanto aos titulares é constatável que alguns grupos, por diversos motivos, estão em situação de desigualdade e merecem uma proteção especial para chegar a uma teórica igualdade. Como é o caso das mulheres, dos idosos, das crianças.²¹⁹

²¹⁶ Alice Monteiro de Barros explica que muitos países possuem legislação insuficiente para trabalho em domicílio ou teletrabalho, como exemplo arrolou Bangladesh, Egito, Hong Kong, Índia, Panamá, Turquia, Singapura e Sul da África, os quais consideram o trabalho autônomo. Alguns países possuem legislação específica como a Alemanha, Argentina e outros. O Brasil inclui, na sua legislação geral, no parágrafo único do art. 6º CLT.

²¹⁷ BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2013, 9ª Ed, p. 262.

²¹⁸ PESSOA, Anna Stephanie de Brito Veiga; CABRAL, Monara Michelly de Oliveira. **O desafio da concretização dos direitos humanos do trabalhador: uma leitura da implementação da cláusula social no âmbito da OMC e constitucionalismo multinível**. Disponível em: <http://apps.unibrazil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/970/821>. Acesso em: 01 de Maio de 2013, s.a.s.p.

²¹⁹ GARCIA, Marcos Leite. **Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais**. Disponível em: <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/1801/1598>>. Acesso em 28 de Maio de 2013.

Não há como se concretizar o direito à vida digna, se o homem não for livre e não tiver acesso ao direito fundamental ao trabalho também digno. Da mesma forma, não há possibilidade real do exercício do trabalho digno se não houver verdadeira preservação do direito fundamental à vida humana digna.²²⁰

Na prática, os efeitos da globalização econômica provocam flexibilidade na produção e desregulamentação jurídica, com a promoção de barreiras econômicas proporcional a transformações de ordem social, tecnológica e cultural, promovendo também a interdependência econômica entre os Estados, o que implica na diminuição de suas respectivas autonomias.

Assim, com a referida interdependência entre os Estados, foi surgindo à necessidade de padronização internacional dos direitos humanos, dentre eles os direitos trabalhistas, principalmente porque estes influenciam diretamente os custos de produção e, conseqüentemente, o comércio internacional na sua vertente concorrencial. É justamente nesse sentido, de padronização de direitos laborais, que está inserido o debate sobre a implementação da cláusula social nos acordos de comércio internacional.²²¹

Algumas áreas do Direito, como o Direito do Trabalho, dentro das suas especiais condições, diferentes dos demais direitos fundamentais, são consideradas individuais, coletivos e difusos ao mesmo tempo, por isso, considerado transindividuais. São transfronteiriços e transnacionais, pois sua principal característica é insatisfatória, no que se refere à proteção, dentro das fronteiras tradicionais do Estado nacional. São direitos relacionados ao valor de *solidariedade*. Requerem então, uma visão de solidariedade. Sem a mentalidade social de solidariedade, não podemos entender os direitos difusos.²²²

²²⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Direitos Fundamentais Na Relação de Trabalho in Direitos Humanos - Essência do Direito do Trabalho**. Coordenadores: Alessandro da Silva, Jorge Luiz Souto Maior, Kenarik Boujikian Felipe e Marcelo Semer, São Paulo:LTR, 2007, p.48.

²²¹ PESSOA, Anna Stephanie de Brito Veiga; CABRAL, Monara Michelly de Oliveira. **O desafio da concretização dos direitos humanos do trabalhador: uma leitura da implementação da cláusula social no âmbito da OMC e constitucionalismo multinível**. Disponível em: <<http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/970/821>> Acesso em: 01 de Maio de 2013, s.a, s.p.

²²² GARCIA, Marcos Leite. **Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais**. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/1801/1598>>. Acesso em 28 de Maio de 2013.

Sendo assim, apesar do Direito do Trabalho assumir a importância no processo de internacionalização dos Direitos Fundamentais, devido à crescente superação do Estado e o conseqüente surgimento de ameaças transnacionais. Além disso, o Direito do Trabalho iniciou esse processo de internacionalização para moldar os principais documentos multilaterais voltados para a universalização de garantias.

Sendo assim, Grijalbo Fernandes Coutinho explica que hoje o empregado realiza o seu trabalho em sua própria residência. Embora seja uma época de profundas mudanças nas comunicações, hoje é possível o contato da empresa com o empregado de maneira rápida e fácil.²²³ Em outras palavras, hoje um empregado pode laborar de qualquer parte do mundo e ser observado pelos empregadores, porém, isso demanda controle e criação de regras em nível mundial.

Na realidade, os países em desenvolvimento afirmam que por trás do discurso humanitário de proteção de garantias trabalhistas universais, que promovem a dignidade do trabalhador por parte dos países desenvolvidos, há um protecionismo disfarçado de seus respectivos mercados.²²⁴

Por outro lado, seria por meio da cláusula social que se promoveria um equilíbrio na concorrência. Os padrões sociais ou conteúdo da cláusula social se refere aos direitos básicos do trabalhador, quais sejam: direito ao trabalho, salário justo e equitativo, descanso, férias, liberdade sindical, direitos relativos à seguridade social, enfim, são todos os direitos básicos que constituem o mínimo indispensável à proteção da dignidade do trabalhador.

Dessa forma, a cláusula social possibilita condições mais favoráveis nas relações de comércio internacional aos países que cumprem com os padrões

²²³ COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Trabalho, subordinação e controle do tempo obreiro à disposição da empresa em tempos de sofisticada modernidade tecnológica.** In: Reis, Daniela Muradas; Mello, Roberta Dantas; Coura, Solange Barbosa de Castro. Trabalho e Justiça Social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2013, p. 212.

²²⁴ PESSOA, Anna Stephanie de Brito Veiga; CABRAL, Monara Michelly de Oliveira. **O desafio da concretização dos direitos humanos do trabalhador: uma leitura da implementação da cláusula social no âmbito da OMC e constitucionalismo multinível.** Disponível em: <<http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/970/821>>. Acesso em: 01 de Maio de 2013, s.a, s.p.

trabalhistas estabelecidos, ou prevê sanções aos países que não protegem direitos trabalhistas básicos.²²⁵

Parece claro que o capitalismo globalizado vai fazer de tudo para atenuar a atual crise financeira, sempre impondo maiores sacrifícios aos menos abastados. Contudo, mesmo que haja êxito, as seqüelas serão muitas, desemprego, aumento da pobreza e da miséria, intensificação da concentração da riqueza, mais degradação do meio ambiente, entre outras.²²⁶

Faz-se necessário citar que a globalização afeta a relação de emprego e ao mesmo tempo se percebe uma necessidade em criar um direito do trabalho a nível transnacional, que estarão presente nas constituições de todos os estados.

3.4.2 Transconstitucionalidade

Conforme Osvaldo Ferreira de Melo, o homem é um ser histórico social, cujos valores vão se formando e modificando-se ao longo de suas vivências, de modo que o direito precisa, necessariamente, acompanhar essas mudanças de rumo. Não é mais admissível que haja um Direito simplesmente abstrato, distante da realidade social.²²⁷

O avanço tecnológico, a globalização, o aumento da população mundial são fatores observados como perda de soberania dos estados nacionais. Atualmente as demandas não são mais a nível nacional, e sim, ultrapassam os níveis de fronteira, o que justifica a necessidade da criação de espaços para tratar dessas questões, entretanto talvez a criação de normas dependam de uma constituição transnacional.

²²⁵ *Idem*, s.p.

²²⁶ FERRER, Gabriel. CRUZ, Paulo. **A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica**. Disponível:

<<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1918/986>> Acesso em 08 de Junho de 2013, 2009, p. 21.

²²⁷ MELO, Carlos Antônio de Almeida. **Direitos Fundamentais e Direito Constitucional do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud2/fundamentais.htm>> Acesso em 29 de Abril de 2013.s.p.

Entretanto, o Direito Internacional mesmo considerando a criação de novas estruturas e organizações interestatais não geram mecanismos eficazes de governança, regulação, intervenção e coerção para as demandas transnacionais.²²⁸

Por outro lado, Marcos Leite Garcia:

“Estes fenômenos novos se identificam com os chamados “novos” direitos ou “novos” direitos fundamentais. Para evitar equívocos de fundo meramente ideológico, certamente que se faz necessário afirmar que as demandas transnacionais não tratam somente de questões relacionadas com a globalização econômica como alguns autores pretendem, e sim com fundamentais questões de direitos relacionadas com a sobrevivência do ser humano no planeta. A globalização econômica pode estar na base de algumas questões transnacionais, mas não é sua principal fonte e fundamentação, a principal justificativa da necessidade de transnacionalização do direito é a necessidade de proteção do ser humano e dentro dessa perspectiva também se encontra a proteção de seu entorno natural”.²²⁹

O Estado e o Direito Transnacional poderiam ser propostos, a partir de um ou mais espaços públicos transnacionais, ou seja, da criação de espaços públicos que possam perpassar estados nacionais.²³⁰

Assim, como visto, certas normas necessitam de previsão transnacional e o transconstitucionalismo pode ser entendido como sendo o "entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional".²³¹ Sendo assim, o transconstitucionalismo poderia dar solução e efetividade a uma realidade de vários Estados que possuem a ordem econômica interligada.

²²⁸ CRUZ, Paulo; BODNAR, Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais**. Disponível em:

<<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/cejur/article/viewFile/15054/11488>>. Acesso em 28 de Maio de 2013.

²²⁹ GARCIA, Marcos Leite. **Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais**. Disponível em:

<<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/1801/1598>>. Acesso em 28 de Maio de 2013, s.a,s.p.

²³⁰ CRUZ, Paulo; BODNAR, Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais**. Disponível em:

<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/cejur/article/viewFile/15054/11488>. Acesso em 28 de Maio de 2013.

²³¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 1.

Portanto, pode-se pensar que todos os Estados Nacionais compõem um sistema social global. Pela teoria dos sistemas, esta sociedade global é composta por vários outros sistemas (subsistemas) diferenciados entre si, onde o sistema jurídico se destaca. O que vai caracterizar tal subsistema, nesta sociedade global, é o fato dele também ser multicêntrico, como caracteriza Marcelo Neves ²³² um "sistema de níveis múltiplos", no qual "nenhuma das ordens pode apresentar-se legitimamente como detentora da *última ratio* discursiva".²³³

Habermas destaca a visão moderna do Estado, como um poder estatal soberano, tanto na esfera externa como interna. E que o domínio estatal emerge como manifestação do direito positivo. Para ele, Estado é um conceito definido juridicamente: do ponto de vista objetivo, refere-se a um poder estatal soberano, tanto interna quanto externamente; quanto ao espaço, caracteriza-se como uma área claramente delimitada, sendo o território do Estado. E, socialmente, refere-se ao conjunto de seus integrantes, o povo do Estado.²³⁴

O domínio estatal constitui-se nas formas do direito positivo, e o povo de um Estado é portador da ordem jurídica limitada à região de validade do território desse mesmo Estado. No uso político da linguagem, os conceitos "nação" e "povo" têm a mesma extensão. Para além da fixação jurídica, no entanto, "nação" também tem o significado de uma comunidade política marcada por uma ascendência comum, ao menos por uma língua, cultura e história em comum.²³⁵

Em destaque, Habermas mostra as diferenças entre a globalização e os Estados soberanos, enfatizando o avanço do esvaziamento da soberania dos Estados nacionais:

"A globalização do trânsito e da comunicação, da produção econômica e de seu financiamento, da transferência de tecnologia e poderio bélico, especialmente dos riscos militares e ecológicos, tudo isso nos coloca em face de problemas que não se podem mais resolver no âmbito dos Estados soberanos. Salvo melhor juízo, tudo indica que continuará avançando o esvaziamento da soberania dos Estados nacionais, o que

²³² *Idem*, p. 235.

²³³ *Idem*, p. 237.

²³⁴ HABERMAS, Jürgen. **O Estado nacional tem um futuro?** A inclusão do outro- estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004.

²³⁵ *Idem*, p.156.

fará necessária uma reestruturação e ampliação das capacidades de ação política em um plano supranacional que, conforme já vínhamos observando ainda está em fase incipiente”.²³⁶

Ainda, de acordo Marcelo Neves:

“Evidentemente, há riscos graves no que se refere ao desenvolvimento de uma “conversação transconstitucional” com a nova *lex mercatoria*. Embora essa ordem jurídica transnacional sustente, com firmeza e êxito pretensão de autonomia perante as ordens do Estado constitucional, ela é fortemente dependente do sistema econômico e, portanto, também de seus agentes. Estando em primeiro lugar a serviço da eficiência econômica no campo mercantil, sua vinculação ao princípio jurídico constitucional da igualdade é secundária e débil. Caracterizada como “direito corrupto” na própria linguagem de um dos seus mais importantes teóricos, sua “capacidade constitucional” é limitada, especialmente a capacidade de envolver-se de maneira satisfatória com questões de direitos fundamentais”.²³⁷

Com a transnacionalização dos direitos fundamentais, “*o compromisso de um país periférico passaria a ser com toda a comunidade transnacional a que pertence, e não mais somente com o seu (des) enganado povo*”. Seria uma aposta para diminuir o problema de constitucionalização do “*faz de conta*” dos direitos fundamentais. Isso será para questões mais complexas, como os de terceira geração. Fica então evidente, a necessidade de criação de um espaço transnacional para que a Comunidade Internacional possa proteger questões tão urgentes para o ser humano.²³⁸

Nessa perspectiva Neves²³⁹ reconstrói a formulação de Luhmann no seguinte sentido:

²³⁶ HABERMAS, Jürgen. **O Estado nacional tem um futuro? A inclusão do outro- estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004. p.178.

²³⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 195.

²³⁸ GARCIA, Marcos Leite. **Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais**. Disponível em:

<<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/1801/1598>>. Acesso em 28 de Maio de 2013.

²³⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 69.

“O mandamento de igualdade da Constituição pode levar ao fato de que a igualdade política seja interpretada juridicamente como igualdade/desigualdade de casos. Se utilizarmos a linguagem de Kelsen neste contexto, cabe afirmar que o princípio da igualdade, na sua dimensão estritamente jurídico-legal, importa a igualdade perante a lei enquanto o chamado “princípio da igualdade política” como conteúdo de prescrições constitucionais significa a igualdade na lei. E, quando se fala no princípio constitucional da isonomia como expressão da racionalidade no âmbito do direito, o que se encontra no primeiro plano é a igualdade na lei”.

A postura transconstitucionalista parte do pressuposto de que o significado de tais garantias transcende as ordens jurídicas estatais e, diante de tal constatação, preocupa-se em averiguar em que medida os dispositivos de direito interno, que as preconizam, podem ser integrados pelos conteúdos daqueles mesmos direitos desenvolvidos, a partir das experiências verificadas em outros ordenamentos domésticos e no plano internacional.²⁴⁰

Sendo assim, conclui-se que o Estado Transnacional, apresenta a emergência de novos espaços públicos plurais, solidários e cooperativamente democráticos, e que sejam livres das amarras ideológicas da modernidade, decorrentes da intensificação da complexidade das relações globais; dotados de capacidade jurídica de governança, regulação, intervenção – e coerção – trazendo como objetivo a projeção da construção de um novo pacto de civilização.²⁴¹ A globalização (ou mundialização) trouxe inúmeras modificações no direito do trabalho e reforçou o discurso da flexibilização.

Portanto, o transconstitucionalismo pode ser concebido como um tipo de desenvolvimento da relação constitucional entre ordens jurídicas. Deve-se superar a noção de pluralismo jurídico. A busca pelo reconhecimento das ordens jurídicas extraestatais no interior do território nacional não tem de ser encarada como afirmação e valorização do dissenso essencial da sociedade, mas sim da procura incessante pelo consenso da solução dos conflitos sociais, os quais são comuns entre os Estados.

²⁴⁰ ELBERT, Paulo Roberto Lemgruber. **O direito do trabalho no contexto da evolução histórica dos direitos fundamentais**. Disponível: http://www.aer.adv.br/detalha_artigo.php?cod=15. Acesso em 29 de Maio de 2013.s.a,s.p.

²⁴¹ CRUZ, Paulo; BODNAR, Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais**. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/cejur/article/viewFile/15054/11488>.> Acesso em 28 de Maio de 2013.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito do Trabalho é um direito em movimento que busca o equilíbrio das relações entre empregados e empregadores. Na atualidade as atividades econômicas buscam a produtividade e os altos lucros.

Neste sentido, todos devem zelar por um ambiente de trabalho sadio e equilibrado com a finalidade de preservação e proteção da existência humana. Assim, não se pode buscar apenas a lucratividade, pois é no ambiente do trabalho que o homem passa a maior parte de sua vida produtiva.

A harmonização entre princípios constitucionais e condutas de empregados e empregadores tem gerado conflitos e tem sido tema de discussão na doutrina e jurisprudência. A Constituição de 1988 inseriu direitos da personalidade e direitos trabalhistas entre os direitos fundamentais, por isso, a vida privada, a honra, a imagem e a intimidade do indivíduo são invioláveis, como está descrito nos termos do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

A intimidade, privacidade e a vida privada da pessoa decorrem do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, fundamento da República. Com isso, o empregador e o empregado podem restringir outras pessoas de aspectos de sua vida. A restrição pode ser em relação à vida pessoal, econômica ou até mesmo profissional, mas o que se percebe é a freqüente prática abusiva de violação e restrição a princípios.

Assim, ao mesmo tempo a Constituição Federal também prevê que “é garantido o direito de propriedade” (artigo 5º, XXII, CF), e que “a propriedade atenderá a sua função social” (artigo 5º, XXIII, CF) formando o princípio constitucional da propriedade. Por exemplo, do princípio da propriedade se tem o imóvel da empresa, computadores, servidores, materiais, máquinas, isso tudo são ferramentas fornecidas pelo empregador para o desenvolvimento do trabalho.

Primeiramente, observa-se a dificuldade de ponderação e limitação dos princípios, pois de um lado o empregado possui direito a vida privada e a sua privacidade, e de outro, o empregador ao direito de propriedade da sua empresa.

O poder hierárquico exercido pelo empregador decorre do princípio da propriedade, prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização, e disciplinamento da economia interna.

Porém, não é porque a Constituição Federal protege a propriedade que o empregador pode realizar qualquer tipo de fiscalização e direção, pois o empregador não poderá restringir princípios constitucionais do empregado, devendo assim, existir uma ponderação dos atos. O problema é conciliar o legítimo interesse do empregador e o respeito à dignidade do empregado, a sua intimidade e privacidade. Dessa forma, a solução de conflitos que envolvem direitos fundamentais passa pela ponderação de princípios, aplicado no caso concreto.

O Tribunal Superior do Trabalho tem entendido que alguns poderes de direção e fiscalização do empregador devem ser respeitados, não ensejando qualquer tipo de reclamação do empregado, entretanto, deve existir respeito às normas constitucionais, pois ainda existem temas que não possuem legislação específica. A ausência de legislação específica cria diferentes opiniões e entendimentos na jurisprudência, como os casos de uso de câmeras para monitoramento, revista íntima, restrição de uso de internet, redes sociais e e-mails e uso do polígrafo.

Desta forma, a revista íntima é aquela em que os empregados têm o próprio corpo vistoriado podendo ser obrigados a se despir para demonstrar que não estão saindo com qualquer bem do empregador. Já este, deseja prevenir furtos e desvio de mercadorias, esquecendo-se de que a revista íntima constrange o empregado. Apenas com a harmonização entre os princípios da propriedade e privacidade, seria permitida a revista com moderação, respeitando a intimidade e não constrangendo o empregado. Exemplo disso é quando ocorre revista apenas aos pertences, sem que se proceda à revista íntima, ou seja, sem contato corporal, apenas o visual.

Assim, algumas decisões da nossa jurisprudência admitem ser tolerável a forma de revista, quando esta é feita nos limites da razoabilidade. E precisa ser feito ao término da jornada, a empregados aleatórios, realizada de forma aleatória (por sorteio eletrônico), em local reservado, por funcionário do mesmo sexo.

Outro exemplo do poder hierárquico do empregador é o de monitoramento de e-mail e computadores da empresa. Com o fundamento de que empregador é o proprietário dos computadores, e provedor da internet, entende-se que é viável e legal o monitoramento das correspondências eletrônicas na relação de trabalho.

Fica evidente que o monitoramento do conteúdo acessado e do e-mail só pode ser utilizado, se este for fornecido pelo empregador para realização de trabalho. Não é permitido, portanto, o empregado acessar e-mail pessoal. Considerando o princípio da privacidade e da propriedade, o monitoramento do e-mail do empregado só poderá ser realizado quando se tratar de e-mail corporativo, não se admite o acesso do empregador ao e-mail pessoal do empregado, pois isso fere o direito à privacidade e outros direitos fundamentais, como o da inviolabilidade do sigilo de correspondências. Entretanto, o empregador pode, por meio de regulamento empresarial ou norma coletiva, proibir ou até restringir o acesso à internet para uso particular durante a jornada de trabalho.

Portanto, deve-se buscar o equilíbrio entre o princípio da intimidade, privacidade e da vida privada com o princípio da propriedade. Esse conflito entre os direitos e o poder diretivo do empregador deve ser pacificado pelo uso do bom senso. E se houver a falta deste, deverá ser aplicado às técnicas da hermenêutica e do princípio da razoabilidade ao caso concreto.

O pretexto da defesa do patrimônio não pode ser utilizado para expor o empregado, havendo meios lícitos para a defesa dos bens e custos do empregador, como por exemplo, os meios tecnológicos, o detector de metais, câmeras de segurança, inventário patrimonial, alarmes, metas, e o enfoque no setor de recursos humanos. Tudo isso, contribui para um melhor recrutamento e seleção de empregados, entre tantos outros; sem que exista qualquer constrangimento do empregado, prevalecendo assim, o equilíbrio entre os direitos do empregado e empregador.

O interessante é que esses problemas não ocorrem somente no Brasil. Uma das características mais expressivas da pós-modernidade é a intensificação das relações entre os particulares. Essa nova realidade juntamente com a

globalização da economia, e uma infinidade de inovações técnicas, indispensáveis ao desenvolvimento, eliminam empregos, e cria a necessidade de novas qualificações técnicas do trabalhador.

Para que exista a proteção do mercado econômico e proteção a direitos fundamentais, os Estados devem adotar regras mundiais para concretização da justiça social. É por meio do trabalho, que o homem encontra sentido pela vida, para seu desenvolvimento pessoal e moral. Pois, sem trabalho, não há vida digna e saudável e, sem vida, não há falar no respeito à dignidade da pessoa humana em um Estado Constitucional Democrático.

O Direito em Estado Transnacional poderia ser proposto, a partir de um ou mais espaços públicos transnacionais, ou seja, pela criação de espaços públicos que possam perpassar estados nacionais. Estados esses transfronteirísticos e transnacionais, pois sua principal característica é a sua proteção não satisfatória dentro das fronteiras tradicionais do Estado nacional.

Com a criação de uma constituição que ultrapassasse as fronteiras, os trabalhadores seriam protegidos por regras em nível de vários Estados. Isso seria também, a padronização dos direitos básicos com a concretização da vida digna, independente de qual Estado originário estivesse o trabalhador vinculado.

Enfim, para que exista manutenção da dignidade humana deve-se proporcionar um ambiente de trabalho equilibrado. O direito à vida digna é legalmente previsto e é condição de sobrevivência. Não basta a previsão legal, mas sim, a conscientização das duas partes para que não existam abusos.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABRAMO, Laís. **O trabalho decente como resposta à crise mundial do emprego**. In: Reis, Daniela Muradas; Mello, Roberta Dantas; Coura, Solange Barbosa de Castro. Trabalho e Justiça Social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2013.

ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**. São Paulo: Revista de direito administrativo, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALVES, Marina Vítório. **Direito à intimidade e à vida privada: os contornos da individualidade no mundo contemporâneo**. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

AMORIM, Leticia Balsamão. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15545-15546-1-PB.pdf>

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários a Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, v. ii, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª Ed. São Paulo: LTR, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo, Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Disponível em: http://xa.yimg.com/kq/groups/22830878/36505266/name/texto_principios_constituiconais_barroso.pdf

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>>. Acesso em 26 de Julho de 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 3a. edição. São Paulo: Ed. Forense Universitária, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

BODNAR, Zenildo. **A solidariedade por meio da jurisdição ambiental**. Disponível em <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=60&ved=0CH4QFjAJODI&url=http%3A%2F%2Fperiodicos.uem.br%2Ffojs%2Findex.php%2FEspacoAcademico%2Farticle%2Fdownload%2F12211%2F7978&ei=fvG1UaLuLOmt0AHWsoHwDQ&usg=AFQjCNG0lwFm3w3hpmLJvrYc5zB8eqBpTg&sig2=6l_6hPIkKS2hzU1REBzUew&bvm=bv.47534661,d.dmQ> . Acesso em: 07 de Junho de 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 22 de outubro de 2013

BRASIL. Lei N.º 5.452 de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 22 de outubro de 2013.

BRASIL. Lei N.º 2848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 22 de outubro de 2013.

CAIRO JUNIOR, José. **Curso de Direito do Trabalho**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2014

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª Ed. 2003.

CARNEIRO, Joana Zago. **O monitoramento dos e-mails corporativos a luz dos princípios constitucionais.** Disponível em: http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/joana_carneiro/joana_carneiro_monitoramento.pdf Acesso em 20 de outubro de 2014.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória.** Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Trabalho, subordinação e controle do tempo obreiro à disposição da empresa em tempos de sofisticada modernidade tecnológica.** In: Reis, Daniela Muradas; Mello, Roberta Dantas; Coura, Solange Barbosa de Castro. Trabalho e Justiça Social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2013.

CRUZ, Paulo Márcio. **Acesso à justiça e as dimensões materiais da efetividade da jurisdição ambiental.** Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=3&ved=0CEEQFjAC&url=http%3A%2F%2Fproxy.furb.br%2Fojs%2Findex.php%2Fjuridica%2Farticle%2Fdownload%2F3061%2F2016&ei=Ehy2UYiONofT0gHG24HICQ&usg=AFQjCNHVspcV3SAO1kRkz0WuprYltHB5pQ&sig2=Ru8FxCclJ8tN39jbTjSAaA>. Acesso em 01 de Junho de 2013.

CRUZ, Paulo Márcio. FERRER, Gabriel Real. **Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica.** Disponível em: <http://www.jfce.jus.br/internet/esmafe/materialDidatico/documentos/integracaoSulamericana/novosCenariosTransnacionais.pdf>. 2009. Acesso em 09 de Junho de 2013.

CRUZ, Paulo; BODNAR, Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais.** Disponível em <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/cejur/article/viewFile/15054/11488>. Acesso em 28 de Maio de 2013.

DA SILVA, Maurício Pereira. **A aplicação d princípio da proporcionalidade para solução dos conflitos entre direitos sociais na perspectiva da flexibilização dos direitos trabalhistas e princípios do direito do trabalho.** In HASSON, Roland. Direito dos Trabalhadores e Direitos Fundamentais. Curitiba: Juruá, 2003.

DELGADO, Gabriela Neves. **O Estado democrático de direito e direito fundamental ao trabalho digno**. In: Reis, Daniela Muradas; Mello, Roberta Dantas; Coura, Solange Barbosa de Castro. Trabalho e Justiça Social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Direitos Fundamentais Na Relação de Trabalho**. In: SILVA, Alessandro da; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMER, Marcelo. Direitos Humanos - Essência do Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Dworkin_DireitosSerio.pdf

ELBERT, Paulo Roberto Lemgruber. **O direito do trabalho no contexto da evolução histórica dos direitos fundamentais**. Disponível: http://www.aer.adv.br/detalha_artigo.php?cod=15. Acesso em 29 de Maio de 2013.

FRANCISCHINI, Nadialice. **Análise descritiva sobre as gerações dos direitos fundamentais**. Revista do Direito. <<http://revistadireito.com/analise-descritiva-sobre-as-geracoes-dos-direitos-fundamentais/#sthash.u6J6e3bX.dpuf>>. Acesso em 24 de Março de 2014.

FERRER, Gabriel. CRUZ, Paulo. **A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica**. Disponível: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1918/986>>. Acesso em 08 de Junho de 2013.

FONSECA, João Bosco. **Direito econômico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GARCIA, Marcos Leite. **Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais**. Disponível em: <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/1801/1598>. Acesso em 28 de Maio de 2013.

HABERMAS, Jürgen. **O Estado nacional tem um futuro?** A inclusão do outro-estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HÄBERLE, Peter. **A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição – Considerações do Ponto de Vista Nacional-Estatal Constitucional e Regional**

Europeu, Bem Como sobre o Desenvolvimento do Direito Internacional. 2009.
Direito Público nº 18 – Out-Nov-Dez, 2007.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana – princípio constitucional.**
Curitiba: Juruá, 2006.

JUCÁ, Roberta Laena Costa. **A constituição brasileira de 1988 como constituição aberta - Aplicação da teoria de Peter Häberle.** Pensar: Revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza. Edição especial, 2007

LASSALE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Disponível em
[HTTP://www.ebooksbrasil.org.br/elibris/constituicao.html](http://www.ebooksbrasil.org.br/elibris/constituicao.html). Acesso em 01 de Junho 2013.

LEITE, Roberto Basillone. **Ecologia do Trabalho: A simbiose entre o direito do trabalho e o direito ambiental.** Disponível em:
<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/3834/rev69_1_15.pdf?sequence=1>. Acesso em 10 de Junho de 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro.** 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MAIA, Luciano Soares. **A privacidade e os princípios e de proteção do indivíduo perante os bancos de dados pessoais.** Disponível em:
http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciano_soares_maia.pdf.
Acesso em 04 de Outubro de 2014.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. **Direito Ambiental.** 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** São Paulo: Atlas. 3ª Ed., 2011.

MARTINS B. JUNIOR, Luis A. **Direito do Trabalho – um paradigma atual.** In HASSON, Roland. **Direito dos Trabalhadores e Direitos Fundamentais.** Curitiba: Juruá, 2003.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho.** 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MATTOS, F. **Democracia e Eco-Sustentabilidade**. In: revista CREA-RJ, 1999.

MELO, Raimundo Simão de. **Meio ambiente do trabalho: prevenção e reparação – juízo competente**. Repertório IOB de Jurisprudência, n. 113/97, caderno, p. 250.

MELO, Carlos Antônio de Almeida. **Direitos Fundamentais e Direito Constitucional do Trabalho**. Disponível em: <http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud2/fundamentais.htm>. Acesso em 29 de Abril de 2013.

MIRANDA, Rosangelo Rodrigues. **A proteção constitucional da vida privada**. Leme: LED, 1996.

MOARES, Alexandre. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 30 ed. 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2011

NEGRISOLI, Fabiano. **Monitoramento e rastreamento de e-mail do empregado pelo empregador: restrição inconstitucional aos direitos de privacidade e sigilo de correspondência**. In: RAMOS FILHO, Wilson. Trabalho e Regulação no Estado Constitucional. Curitiba: Juruá, 2010.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

OLIVEIRA, Danilo Junior. **O trabalho humano e a livre iniciativa na ordem econômica e o neoliberalismo**. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/viewFile/156/156>. Acesso em 01 de novembro de 2014.

OLIVEIRA, Eloete Camilli. **A função social da empresa**. In HASSON, Roland. **Direito dos trabalhadores e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2003.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 10. ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium, 2008.

PEREIRA, Alberto Luiz Bresciani de Fontan. **Revistas Pessoais em empregados: a dignidade da pessoa humana e os limites ao poder diretivo do empregador.** In: Reis, Daniela Muradas; Mello, Roberta Dantas; Coura, Solange Barbosa de Castro. **Trabalho e Justiça Social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado.** São Paulo: LTr, 2013.

PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho. **Sobre o Direito vida e ao meio ambiente frente aos princípios da dignidade humana e da razoabilidade.** In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O direito à vida digna.** Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PESSOA, Anna Stephanie de Brito Veiga; CABRAL, Monara Michelly de Oliveira. **O desafio da concretização dos direitos humanos do trabalhador: uma leitura da implementação da cláusula social no âmbito da OMC e constitucionalismo multinível.** Disponível em: <http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/970/821> Acesso em: 01 de Maio de 2013

PFAFFENSELLER, Michelli. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_85/Artigos/PDF/MichelliPfaffenseller_Rev85.pdf. Acesso em 15 de Fevereiro de 2014.

PRONER, Andre Luiz. **A proteção a dignidade humana e a repressão ao neoescravidão.** In: RAMOS FILHO, Wilson. **Trabalho e Regulação no Estado Constitucional.** Curitiba: Juruá, 2010, p. 290.

RAMOS FILHO, Wilson. **Trabalho e Regulação no Estado Constitucional.** Curitiba: Juruá, 2010.

REALE, Miguel. **Os Direitos da Personalidade.** Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>, 2004. Acesso em 28 de Abril de 2014.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. **O direito à vida digna.** Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**. Salvador: Revista dialogo jurídico. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf>, 2011. Acesso em 18 de Junho de 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09. 2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf>. Acesso em 15 de Abril de 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fabio Rodrigues. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho**. Revista do TST, 2011, v.77 n.4.

SILVA, Elizabet Leal. **Emancipação do trabalho e dignidade no trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 8ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SOARES, Evanna. **A Constitucionalização dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.prt22.mpt.gov.br/artigos/trabevan21.pdf>. Acesso em 26 de Julho de 2013.

SOUZA NETTO, José Laurindo. **Colisão de Direitos Fundamentais: O direito à privacidade com liberdade de informação**. Disponível em: <http://www.tj.pr.gov.br/download/cedoc/ArtigoJuizJos%C3%A9LaurindoSouzaNetto.pdf>. Acesso em 22 de Março de 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de Mandado de Segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal – individualista – clássico**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/criminal/doutrina/id385.htm>>. Acesso em 30/09/2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?** Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/2308/1623>>. 2010, acesso em: 29 de Agosto de 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo e o problema da discricionariedade dos juízes.** Disponível em: http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf. Acesso em: 28 de Agosto de 2014.

THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos fundamentais e sua concretização.** Curitiba: Juruá, 2002.

TRT 9ª Região. **Recurso Ordinário n. 02358-2013-001-09-00-7-ACO-18184-2014.** Relator: CÉLIO HORST WALDRAFF. Publicado no DEJT em 06-06-2014. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/processoman.do?evento=Editar&chPlc=AAAS5SAEMAAMdzmAAl>. Acesso em: 10/07/2014.

TRT 9ª Região. **Recurso Ordinário n. 09936-2013-129-09-00-0-ACO-27541-2014.** Relator: ADAYDE SANTOS CECONE. Publicado no DEJT em 26-08-2014. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/processoman.do?evento=Editar&chPlc=AAAS5SAEMAAMd70AAI>. Acesso em: 10/11/2014.

TRT 9ª Região. **Recurso Ordinário n. 02347-2008-664-09-00-1-ACO-07290-2010.** Relator: ROSEMARIE DIEDRICHS PIMPÃO. Publicado no DEJT em 09-03-2010. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/acordao-8226-2012-2.pdf>>. Acesso em: 10/05/2014.

TRT 12ª Região. **Recurso Ordinário n. 0000852-84.2011.5.12.0032.** Relator: Maria de Lourdes Leiria. Publicado no TRT-SC/DOE 30.03.12. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?pidDoc=217320&plocalConexao=sap2&tipo=PDF>>. Acesso em: 10/11/2014.

TRT 12ª Região. **Recurso Ordinário n. 08226-2012-002-09-00-4.** Relator: MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU. Publicado no DEJT em 11-04-2014. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/acordao-8226-2012-2.pdf>>. Acesso em: 10/05/2014.

TST. **Recurso de Revista n. 203300-03.2008.5.03.0032**. Relator: Mauricio Godinho Delgado. Data de Julgamento: 07/03/2012. Data de Publicação: DEJT 16/03/2012 JusBrasil, 16 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5915977/recurso-especial-resp-686209-rs-2004-0111329-9-stj>>. Acesso em: 10/05/2013.

VAZ, IZABEL. **Direito Econômico da Propriedade**. São Paulo: Editora Forense, 1992.

VIEIRA, Ana Carolina Gonçalves. **Assédio Moral no ambiente de trabalho: uma violação silenciosa a dignidade humana no âmbito das relações de emprego**. In: Reis, Daniela Muradas; Mello, Roberta Dantas; Coura, Solange Barbosa de Castro. Trabalho e Justiça Social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2013.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito: O direito não estudado pela teoria jurídica moderna**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

Zagrebelsky, Gustavo. **El derecho ductil**. Disponível em <http://www.academia.edu/4980303/155026921-El-Derecho-Ductil-Gustavo-Zagrebelsky-pdf>

