

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

O ABUSO DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

MARLOS ANTONIO NOCHI

RIO DE JANEIRO
2008

MARLOS ANTONIO NOCHI

O ABUSO DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Ms. Daniela Ribeiro Mendes

RIO DE JANEIRO

2008

Nochi, Marlos Antonio.

O abuso do poder diretivo do empregador / Marlos Antonio Nochi. - 2008.

65 f.

Orientadora: Daniela Ribeiro Mendes.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f 63-65.

1. Poder Diretivo – Monografias. 2 Abuso do Poder Diretivo. I. Mendes, Daniela Ribeiro. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341.6

CDU 349.0

MARLOS ANTONIO NOCHI

O ABUSO DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data da aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Daniela Ribeiro Mendes – Presidente da Banca Examinadora
Profª. Ms. da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ - Orientadora

Nome completo do 2º examinador

Nome completo do 3º examinador

À minha mulher, amiga e companheira Silmara, responsável pela minha chegada até aqui. Naquele momento em que eu já havia desistido, se não fosse a sua iniciativa em acreditar que era possível esse sonho não se tornaria realidade.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por me acompanhar sempre e me dar força em todos os momentos da minha vida.

A meus pais, irmão, enteado e amigos, pelo apoio direto e indireto que me foi depositado ao longo dessa caminhada.

Aos professores e servidores pelo apoio em todos os momentos.

À minha orientadora, Prof^a Ms. Daniela Ribeiro Mendes, que antes de orientar esse trabalho, orientou desde o 7º período a minha vida acadêmica. Jamais esquecerei a forma como conduz a sua carreira profissional e sua dedicação em sala de aula, um exemplo de determinação, garra e de clamor por justiça social. Seus ensinamentos serão sempre seguidos, em função de uma sociedade mais justa e igualitária.

Quanto a esse trabalho, agradeço a forma como conduziu, aconselhou e dedicou, mas somente agradecimento não demonstra a satisfação de ter sido seu orientando. Peço a Deus que continue abençoando cada dia de sua vida, sua família e seus filhos, e que te de muita força para continuar diuturnamente nessa batalha que é a Justiça do Trabalho e a vida acadêmica.

“Todo homem busca uma meta: sucesso ou felicidade. O único caminho para se alcançar o verdadeiro sucesso é colocar a si próprio completamente a serviço da sociedade. Primeiro, ter um ideal definido, claro e prático, uma meta, um objetivo. Segundo, ter os meios necessários para alcançar seus propósitos, sabedoria, dinheiro, materiais e métodos. Terceiro, ajustar seus meios a seus propósitos”.

Aristóteles

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR.....	12
2.1 O Poder.....	12
2.2 Fundamentos do Poder do Empregador.....	13
2.3 Natureza Jurídica.....	17
2.4 Fundamentos Legais.....	20
2.5 Tipos de Poder Diretivo.....	22
3 A TEORIA DO ABUSO DO DIREITO.....	25
3.1 Caracterização da teoria do abuso do direito.....	25
3.2 O abuso do direito no Código Civil de 1916.....	30
3.3 O abuso do direito no Código Civil de 2002.....	33
4 A REVISTA ÍNTIMA COMO ABUSO DO PODER DIRETIVO.....	38
4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como Direito Fundamental. .	38
4.2 Intimidade e Privacidade como Direito da Personalidade.....	45
4.3 Revista Íntima.....	52
4.4 Previsão Legal Estrangeira.....	56
5 CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS.....	63

RESUMO

NOCHI, Marlos Antonio. O abuso do Poder Diretivo do Empregador. 2008. 65 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

A análise acerca do poder diretivo do empregador, delimitado à revista íntima como abuso do poder diretivo. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se à análise genérica do poder diretivo, parte de uma breve exposição do fenômeno do poder, sua terminologia e aplicação no contexto das relações humanas. A seguir, o estudo do fundamento do poder empregatício, sua natureza jurídica e aplicação legal frente ao ordenamento jurídico, envolvendo também os aspectos doutrinários. Finalizando a primeira parte, são analisados os tipos de poder diretivo vislumbrado pela doutrina. Na segunda parte é estudada a teoria do abuso do direito, desde o surgimento até a relativização dos direitos individuais, com intuito evitar o desvio da finalidade social. A seguir o estudo das teorias que tinham por escopo formular um conceito do abuso do direito. Depois, pela ausência de dispositivo expresso no Código Civil de 1916, o estudo do abuso do direito pelas vias indiretas estabelecida no artigo 160 inciso I. Ao final da segunda parte, à análise da aplicação direta e objetiva do dispositivo que adotou a teoria do abuso do direito no Código Civil de 2002 e dos requisitos para a sua caracterização. A terceira e última parte dedicam-se a revista íntima como abuso do poder diretivo, com uma alusão ao princípio da dignidade da pessoa humana como direito fundamental, examinando as questões da etimologia da palavra, sua evolução histórica, sua amplitude de aplicação no ordenamento jurídico e os corolários que o sustentam. A seguir o estudo da intimidade e privacidade como direito da personalidade, sua evolução histórica até a inserção no Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002. Ao final, à análise da revista íntima frente ao poder do empregador, sob os aspectos legais e doutrinários. E a previsão legal da revista íntima nos ordenamentos estrangeiros.

Palavras-Chave: Poder; Poder Diretivo; Abuso do Poder; Revista Íntima.

ABSTRACT

NOCHI, Marlos Antonio. O abuso do Poder Diretivo do Empregador. 2008. 65 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

The present work analyzes the employer's directive power, focusing on the intimate magazine as abusive directive power. For a better understanding of the subject, the first part focuses on the general analysis of the directive power, part of a brief exposure to the power phenomenon, its terminology and insertion in the context of human relationships. Next, the study on the grounds of the employment power, its juridical nature, and legal application when dealing with juridical ordering, involving the doctrinal aspects, too. Finalizing the first part, the types of directive power as seen according to the doctrine are analyzed. On the second part, a view on the abuse of rights theory, since its birth until the relativization of individual rights, keeping its attention on social purposes. After that, there is a study on the theories which focused on formulating a concept on the abuse of rights. Later, due to the absence of an article about this expressed on the 1916 Civil Code, the study on the abuse of rights through indirect ways established on the article 160 incise I. By the end of the second part, an analysis of the direct application of the article which inserted the abuse of rights theory onto the 2002 Civil Code and an analysis on the required aspects for its characterization. The third and last part are dedicated to the intimate magazine as abuse of directive power, alluding to the principle of the human person's dignity as a fundamental right, examining questions about the etymology of the word, its historical evolution, its wide application in the juridical ordering and the corollary which support it. Also, there is an analysis on the study of the intimacy and privacy as a personality right, its historical evolution until its insertion onto the 1988 Federal Constitution and the 2002 Civil Code. Finally, the attention is turned to the analysis of the intimate magazine, when dealing with the employment power, under legal and doctrinal aspects. And also to the legal prediction of the intimate magazine on the foreigner ordering.

Keywords: Power, Directive Power, Abuse of Power, Intimate Magazine.

1 INTRODUÇÃO

A necessidade primordial, instintiva e natural do homem no curso de sua vida é a busca do bem-estar, por meio de uma convivência harmônica entre os fatores do modo de viver, da paz e da felicidade.

Esse estado de satisfação só poderá ser alcançado, se forem satisfeitas as suas necessidades básicas, advindas de circunstâncias sociais que foram conseguidas ao longo de toda a evolução. O evoluir da vida social contemporânea, cada vez mais impõe ao indivíduo a satisfação de novas necessidades em razão da sua sobrevivência.

Todo homem necessita de um trabalho digno que respeite a sua liberdade, a sua igualdade em relação aos demais, de ser integralizado na sociedade, de respeito aos seus valores espirituais, de lazer, assistência social, enfim, o homem necessita de uma quantidade de direitos que lhe assegurem o respeito a sua dignidade, o que fará desenvolver a sua personalidade em busca de um bem-estar social.

Para que ocorra um desenvolvimento saudável e seguro, o homem necessita de regras de convivências nas relações humanas que garantam a eficácia de seus direitos fundamentais, o que não é fácil, pois a partir do momento que homem se encontra num estado de subordinação, característica da relação de emprego, e se depara com o direito de propriedade, consagrado também como fundamental, este é usado como critério de usurpação daqueles direitos fundamentais.

O poder que é inerente ao empregador na relação empregatícia tem sido usado sob a justificativa de proteção do patrimônio, para invadir a seara da intimidade e privacidade do empregado. Esses aspectos da vida do empregado não podem ficar desamparados da tutela jurisdicional, sob perda da eficácia de um dos valores mais importantes do ser humano que é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, o presente trabalho tem por objetivo investigar o abuso do poder diretivo do empregador, delimitado à revista íntima e pessoal do trabalhador, pois a ordem jurídica ainda que estabeleça vedação a esse tipo de conduta, o que tem ocorrido é uma tendência de legitimar por meio do poder diretivo, a invasão de todo tipo

de intimidade dos trabalhadores em flagrante subversão da hierarquia de valores dado à dignidade da pessoa humana pela ordem jurídica brasileira.

Para tanto, no primeiro capítulo, parte de uma breve análise do fenômeno do poder, fazendo uma alusão da sua terminologia e da sua força no contexto das relações humanas, tanto na forma individual como no conjunto societário. A seguir, é estudado o fundamento do poder empregatício por meio das teorias que explicam o seu fundamento na seara empresarial interna. Depois a sua natureza jurídica com o intuito de classificação no universo jurídico, por meio das concepções tradicionais e contemporâneas. Os fundamentos legais em relação ao poder diretivo, envolvendo aspectos doutrinários e a aplicação do artigo 2º caput da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que caracteriza a forma implícita do poder diretivo, na falta de dispositivo expresso.

Finalizando o capítulo, são verificados os tipos de poder diretivo estabelecido pela maioria da doutrina, na seara da organização, do controle sobre o trabalho e do poder disciplinar.

No segundo capítulo, inicia-se no estudo da teoria do abuso de direito. Num primeiro momento, examina-se o surgimento da teoria desde os atos emulativos até a relativização dos direitos individuais, coibindo a utilização do direito que tinha por escopo o desvio da finalidade social. A seguir, o estudo das teorias que objetivavam formular um conceito do abuso do direito. Depois, pela ausência de dispositivo expresso no Código Civil de 1916, o estudo do abuso do direito pelas vias indiretas, estabelecida no artigo 160 inciso I e de alguns dispositivos do ordenamento civil que apontava a repressão ao abuso de direito, naquela época.

Ao final do capítulo, à análise da aplicação direta e objetiva do artigo 187 do Código Civil de 2002, que adotou a teoria do abuso do direito e do estudo dos requisitos para a sua caracterização.

No terceiro e último capítulo será estudado a revista íntima como abuso do poder diretivo, primeiramente inicia-se o estudo pelo princípio da dignidade da pessoa humana como direito fundamental, examinam-se as questões da etimologia da palavra, sua evolução histórica e a amplitude de aplicação do princípio, sendo este, atualmente o único capaz de resgatar valores e contribuir para a sistemática de todo ordenamento

jurídico, mas tendo o cuidado de evitar a sua generalização absoluta. Também serão analisados os fundamentos que sustentam o princípio da dignidade da pessoa humana.

A seguir, serão estudados os conceitos de intimidade e privacidade como direitos da personalidade, antes será analisado os direitos da personalidade sob os aspectos jurídicos, numa breve evolução histórica até o seu reconhecimento na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Será analisado, a intimidade e privacidade com as suas nuances de vocábulos e o posicionamento da doutrina, uma vez que a Constituição Federal fez essa distinção. Seguindo pela evolução histórica da intimidade e privacidade até o marco da concretização desse instituto e a sua inserção nas constituições brasileiras e no Código Civil de 2002.

Ao final do capítulo analisa-se o instituto da revista íntima, demonstrando num primeiro momento as prerrogativas do poder de controle do empregador, que tem na revista uma forma de proteção de seu patrimônio. A seguir, a análise desse instituto sob os aspectos legais, já que o dispositivo expresso de vedação a revista íntima só ocorre em 1999. Também se verifica o posicionamento da doutrina em aceitar ou vedar qualquer tipo de revista pessoal ou de objetos do empregado que viole a sua intimidade.

2 O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

2.1 O Poder

O “poder”, palavra vinda do latim *potere*, significa chefe de um grupo, traduz a idéia de posse, obediência, força, e que ocupa posição relevante na seara do conhecimento em que tenha por destinatário as relações humanas, pois em qualquer relação, seja ela entre pessoas ou grupo social, o poder figura como elemento principal. Essa força apresenta um caráter multifacetário no contexto das relações humanas, tanto na forma individual como também no conjunto societário em que se apresenta.

Na sua forma individual, o poder assume diferentes formas, como pode ser demonstrado na relação familiar, o poder familiar, que é exercido pelos pais em relação aos filhos. Já num aspecto mais amplo e multifacetário, o poder se apresenta no âmbito político, ideológico, econômico sem deixar de acrescentar o poder na seara da relação empregatícia.

Para Maurício Godinho Delgado, o poder no âmbito da relação empregatícia:

Este poder empresarial-empregatício, a propósito – ainda que se projetando como matiz relevante do poder econômico – tem nítidos aspectos aproximativos ao poder político assim como ao poder ideológico, formando uma combinação capaz de lhe conferir identidade específica¹.

Ao longo de todos esses séculos, o ramo que mais tem caracterizado o poder, com base na relação entre o homem, a natureza e a sociedade é a Filosofia Política, e essa por sua vez sempre procurou enraizar de uma forma ampla o aspecto multifacetário do poder, pois nenhuma descoberta ao longo de todo o caminho filosófico negou que a medida em que há um vínculo de hierarquia entre pessoas e setores sociais o poder assume várias dimensões na sociedade.

Segundo as diversas dimensões do poder nos dias atuais em que este se aprofunda como uma força inquestionável, momentos históricos e contribuição de

¹ DELGADO, Mauricio Godinho. O Poder Empregatício: São Paulo: Ltr, 1996. p. 26.

pensadores da antiguidade, trançaram o rumo desse fenômeno que paira a sociedade e firma um patamar duradouro de influência neste século, pois sem a influência dos períodos históricos a compreensão mais clara e relevante desse fenômeno se tornaria dificultosa.

Dessa forma o aspecto relevante de poder na antiguidade que alicerça os dias atuais, surgiu com Aristóteles, a partir de premissas que primeiramente determinavam a forma como era exercido o poder e posteriormente o que se vislumbrava com esse exercício.

Aristóteles distingue entre três tipos de poder “o paterno (autoridade doméstica, vinculando pai e filho), o senhorial (poder do amo, vinculando senhor e escravo) e o poder civil ou político (vinculando governantes e governados)”².

Assim, o poder paterno era exercido no âmbito familiar tendo por escopo o interesse do filho, o poder senhorial exercido no âmbito privado tinha por destinatário o homem como ser de produção e o poder civil ou político era exercido no âmbito público com intuito de inserir o homem na política como um todo. Os tipos de poder aristotélico tinham por objetivo demonstrar as diferentes formas de atuação do poder e assim vislumbrar que as dimensões demonstradas são equivalentes às modernas dimensões, a individual (poder paterno), a política (poder civil) e poder senhorial que atualmente poderia equivaler ao tipo de poder econômico. Sendo assim é importante salientar que Aristóteles é um convite ao estudo do caráter multifacetário do poder ao longo dos séculos posteriores.

2.2 Fundamentos do Poder do Empregador

A importância de investigar os fatos jurídicos, que responda pela origem do poder do empregador na seara do Direito está alicerçada no exame de sua

² ARISTÓTELES. A Política, Livros I, II e IV. Rio de Janeiro: Tecnoprint. *Apud* DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit. p. 29.

configuração primária e de uma configuração social subsequente. Nas Ciências Sociais o estudo da origem e do comportamento social enaltece qualquer forma investigativa acerca de um fenômeno social escolhido.

No ramo do Direito não é diferente, o estudo da origem e fundamentação jurídica cumpre o papel aplicado à Ciência Social. A origem, pesquisando a essência do fenômeno no campo do Direito e a fundamentação que trata do conteúdo que corrobora para a implantação do poder no interior da ordem jurídica.

O estudo do título e fundamento jurídico do poder empregatício contribui de forma pormenorizada na compreensão acerca da natureza jurídica desse poder, pois a natureza é o aprendizado dos elementos que fundamentam, que integram a composição desse instituto para que num próximo momento se possa enfocá-lo no universo do direito.

Várias teorias têm explicado o fundamento do poder empregatício no campo empresarial interno. Tratam-se, da teoria da propriedade privada, da teoria institucionalista, da teoria publicística e da teoria contratualista.

A teoria da propriedade privada no campo do poder empresarial interno, é sem dúvida a teoria mais antiga dentre as citadas, demonstrando assim, o início do Direito do Trabalho. Essa teoria traduz a idéia da estrutura dinâmica e unilateral do poder no âmbito empresarial, em virtude do empregador mandar porque é o dono da empresa.

Evaristo de Moraes Filho defende com veemência esta corrente:

(...) não há dúvida que dentro do seu estabelecimento é o empregador soberano em suas ordens de serviço. E isso por uma razão muito simples: no regime capitalista, sobre o qual nós vivemos, é o patrão o proprietário no seu negócio, julgando-se por isso o senhor do céu e da terra. Tudo mais que se quiser escrever é simples balela: é no direito de propriedade que reside todo o poder hierárquico e disciplinar (...)³.

Essa corrente atualmente está afastada, pois não demonstra com autenticidade o fundamento jurídico do poder empregatício, pelo fato de não afastar a idéia de trabalho escravagista do poder empregatício empresarial interno, já que o real fundamento é atraído pela idéia de liberdade. E ainda a teoria da propriedade privada não esconde o direito unilateral conferida pelo instituto da propriedade ao seu proprietário, impossibilitando assim, o reconhecimento da complexidade de interesses

³MORAES FILHO, Evaristo. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Compêndio de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1976. p. 397. *apud* DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit. p. 165.

que formaliza o poder empregatício. Atualmente a aplicação da teoria da propriedade privada seria inviável, pois a titularidade das empresas contemporâneas não se encontra diretamente nas mãos de seu titular.

A teoria institucionalista como fundamento do poder empregatício empresarial interno implica na obediência do empregado ao interesse da empresa, caracterizando a subordinação existente na relação empregatícia. A referida teoria reconhece a empresa como uma instituição e defende a prerrogativa do empregador de exercer a autoridade como características do todo institucionalizado.

Para Luiz José de Mesquita, que sustenta esta teoria:

Visto do lado institucional esse direito encontra fundamento no interesse social da empresa, que exige uma perfeita organização profissional do trabalho fornecido por seus colaboradores a fim de se atingir um bem comum de ordem econômico-social. A ordem na organização técnica da produção e na administração interna da empresa exige uma direção nesse sentido⁴.

O institucionalismo também não caracteriza com especialidade o fundamento jurídico do poder empregatício empresarial interno, pois age mais como uma forma de poder assimétrico e de dominação do que o de garantia da liberdade na relação empregatícia. Substitui o processo de diálogo na relação empregatícia por um instrumento de direção e manipulação uniforme, tentando demonstrar a forma de projeção da referida teoria com a idéia de instituto colaborador de vontade e interesses próprios, com a participação de seus colaboradores.

A teoria publicística como fundamento do poder empregatício empresarial interno tem como vertente de seu fundamento a teoria institucionalista. Ambas concentram o poder autoritário de sua origem, mas a teoria publicística mantinha a noção da teoria da propriedade privada rejeitando as tendências novas de participação coletiva e de certa forma, repelia qualquer tipo de participação. Surgindo assim uma visão ainda mais autoritária do poder empregatício empresarial interno que para conferir maior autenticidade ou se prevalecia da existência de uma terceira vontade na empresa ou da idéia de delegação de poder pelo Estado ao empresário. Qualquer das formas que garantisse a maior autenticidade, não acrescentaria à teoria a participação coletiva no interior da relação empregatícia.

⁴ MESQUITA, Luiz Jose de. Direito Disciplinar do Trabalho: São Paulo: Saraiva, 1991. p. 64. *apud* DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit. p.168.

Todos os argumentos lançados desfavoráveis à teoria intitucionalista se aplicam a teoria publicística, pois a liberdade, o diálogo são noções que não aparecem na referida teoria, e sim uma estrutura aparente da prática de poder, ao invés de uma explicação da fundamentação do poder empregatício empresarial interno.

A teoria contratualista como fundamento do poder empregatício empresarial interno é o hoje, a que tem maior relevância na seara da relação empregatícia e que melhor traduz a fundamentação jurídica desse poder. Atualmente a autonomia da vontade é o que mais demonstra o caráter democrático na relação entre empregados e empregadores, pois ambos aderem a uma relação complexa entre direitos e deveres que não acontecia com as outras teorias em que predominava o poder unilateral do empregador.

É importante salientar uma característica da teoria contratualista, é que no contrato bilateral de emprego a referida teoria abarca uma condição específica no Direito do Trabalho que é a sua forma de multilateralizar, pela inserção de outras vontades no contexto empresarial. O contrato empregatício pela sua dinâmica permite a atuação da vontade coletiva como meio de garantir uma melhor condição de trabalho.

Assim, essa característica tende a cada dia se afirmar mais no âmbito empresarial, como um processo de democratização necessária por meio da participação coletiva ou de representantes no local de trabalho. Logo, o contratualismo surge como a teoria mais correta dentre as outras já vislumbradas.

Para Maurício Godinho Delgado a teoria contratualista demonstra que:

Na verdade, o contratualismo que mais importa ao Direito do Trabalho é aquele derivado da autonomia privada coletiva, resultante da ação grupal organizada dos trabalhadores – do ser coletivo obreiro em suma. Esse ser coletivo obreiro é que, hoje, principalmente nos países democráticos mais avançados, confere parte significativa da substância plasmada pelo exercício do poder intra-empresarial – que não se consuma a não ser nos limites e procedimentos coletivamente assentados⁵.

Nos dias atuais, é evidente a presença de centros que ao lado do Estado, detém autonomia para elaborar um conjunto de regras que atendam o fim social e digno dos que labutam no interior das empresas. Esses representantes internos da classe trabalhadora recebem como autonomia para decidir, o fundamento político que lhe é conferido em virtude do exercício social cotidiano. E também o conteúdo normativo da

⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit. p. 173.

vivência das decisões consentidas por esses mesmos centros no interior da empresa, mas não detém o fundamento jurídico que se situa de forma específica e distante. Assim, na relação empregatícia o fundamento jurídico é encontrado no contrato elaborado entre empregado e empregador advindo da lei, mas o fundamento político não é encontrado apenas na relação entre empregado e empregador e sim nos centros com autonomia para decidir por meio de negociação coletiva ou organização coletiva. Logo, a visão atual da teoria contratualista que além de vincular a idéia de liberdade, ajusta-se à moderna concepção de permitir a atuação das ações coletivas no âmbito interno empresarial.

2.3 Natureza Jurídica

É a busca da concretização e de um posicionamento comparativo de institutos que são próximos ao estudo do poder diretivo do empregador. Portanto, a natureza jurídica de qualquer instituto na seara do Direito é pautada na pesquisa dos seus elementos fundamentais que compõem a sua especificidade, para que se possa compará-los a institutos jurídicos próximos com intuito de classificação no universo do Direito.

A natureza jurídica do poder diretivo tem gerado algumas concepções, entre elas, quatro vertentes tradicionais tentam abarcar tal definição. A concepção de poder como direito potestativo, a concepção de poder como direito subjetivo, a concepção de poder como fenômeno de caráter senhorial/hierárquico e a concepção de poder como direito-função. Em contrapartida as concepções tradicionais, surge uma nova concepção do poder como relação jurídica contratual complexa⁶.

A concepção de poder como direito potestativo tem seu significado diante de um direito que é exercitado por alguém, sem a interferência de nenhum envolvido na relação empregatícia, ou seja, é o exercício de seu titular na busca de efeitos de seu

⁶ Idem. Curso de Direito do Trabalho: 6 edição. São Paulo: Ltr, 2007. p. 58.

interesse em consonância com a ordem jurídica, para satisfação de sua própria vontade. É o poder absoluto, próprio e unilateral, marca do individualismo possessivo.

A perda da relevância desse instituto se deu em virtude da agressão a sociabilidade do Direito e da inadequação em compactuar com a necessidade da participação democrática no interior da empresa. Logo, em virtude da deficiência desse instituto surgiram alternativas calcadas na noção de direito subjetivo.

A concepção de poder como direito subjetivo demonstra um avanço em relação à concepção de poder como direito potestativo.

Para Francisco Amaral:

O direito subjetivo é, portanto expressão de liberdade, traduzida em um poder de agir conferido a uma pessoa individual ou coletiva, para realizar seus interesses nos limites da lei, constituindo-se juntamente com o respectivo titular, o sujeito de direito, em elemento fundamental do ordenamento jurídico. Consiste, assim, no instrumento de realização do individualismo jurídico, tanto na vertente política, o liberalismo quanto na economia, o capitalismo, como se pode depreender da própria evolução histórica-doutrinária do conceito⁷.

A referida concepção, tem por escopo adequar o poder inerente ao empregador em consonância com a ordem jurídica, reduzindo assim, a força unilateral que abrigava a concepção anterior. Contudo, apenas a redução da força unilateral e rígida do empregador não foi suficiente, havia necessidade de transposição dessas “barreiras” já que o empregador unilateralmente tinha o seu poder garantido pela ordem jurídica.

Surge assim, uma terceira concepção autoritária e corporativista de origem institucionalista, organicista, corporativista, que vislumbra o poder como fenômeno de natureza hierárquica, em virtude da estrutura da empresa ou do contrato empregatício. O institucionalismo argumento mais marcante dessa concepção, acrescia uma visão rígida e vertical que caracterizava a sujeição do empregado em relação ao empregador, sendo este o responsável pelo interesse da empresa.

A visão vertical e de sujeição tinha como enfoque o conceito de senhoria em que o empregador se projetava em relação ao empregado como senhor, proprietário e não como credor. Mesmo admitindo a relação empregatícia como fruto de um contrato, a visão vertical e de sujeição do empregado inerente a essa concepção, impede qualquer forma de ingerência entre as partes contratantes, ou seja, admite o conflito social, mas cria meios para controlá-lo caracterizando assim, o corporativismo.

⁷ AMARAL, Francisco. Introdução ao Direito Civil: 7edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 225.

As concepções expostas foram incapazes de mostrar o caráter democrático vivido nas empresas nas últimas décadas. Diante dessa percepção, foram formuladas propostas para inserção em um novo modelo que se adequasse a sociedade contemporânea. Surge a concepção do poder como direito-função, um poder atribuído ao titular para atuar em interesse alheios e não somente em interesse próprio, tendo por objetivo a tutela dos trabalhadores contratados. Como exemplo, a tutela dos pais em relação à família ou conforme o sindicato em relação a categoria.

A concepção do poder como direito-função, demonstra um avanço em relação as concepções anteriores, pois mostra a participação dos empregados no interior da empresa e vislumbra a limitação do poder unitário e rígido do empregador. O empregador vive um momento de restrição do seu poder totalitário e se submete a um dever de atuar na tutela de interesses de seus empregados. Em princípio, é notório a limitação dessa concepção em virtude do momento de transição entre as concepções, mas não há uma negativa da referida concepção e sim cuidado de não garantir todo o sentido e extensão.

Esse cuidado de não garantir todo sentido e extensão apresenta-se como uma crítica à referida concepção, pois há necessidade de uma maior aplicação do processo democrático no interior empresarial e o que ocorre é uma restrição do ideal democrático, que é fundamental na seara interna do poder empresarial contemporâneo.

Diante das concepções tradicionais apresentadas, surge uma nova concepção que apresenta a natureza jurídica do poder diretivo, como uma relação jurídica contratual complexa, pois para a referida concepção a busca da natureza jurídica se dá por meio da essência do instituto com a correspondente avaliação da sua evolução histórica. A afirmação de que a natureza jurídica não estaria nas concepções de poder como direito potestativo, de poder como direito subjetivo, de poder como fenômeno de caráter senhorial/hierárquico e de poder como direito-função, se dá em virtude de que nenhuma das concepções tradicionais estariam aptas a alavancar além da delimitação de sua característica. Até a concepção mais avançada, direito-função, caracterizada como de mera transição, não alcançou a dinâmica da democratização interna.

Para essa concepção o poder diretivo seria uma relação contratual complexa, plástica e de assimetria variável entre empregador e empregado, dentre os quais

poderiam alcançar na forma individual ou coletiva, condutas no plano empresarial interno. A concepção relacional teria por escopo agregar todas as possibilidades históricas do poder diretivo e assim dar conta das explicações mais rígidas do poder, e até das mais flexíveis do mundo contemporâneo na seara do poder empresarial interno⁸.

A natureza jurídica da referida concepção demonstra a força explicativa que poderia suportar as modificações ao longo dos anos, situação que as concepções tradicionais não conseguiram suportar. A complexidade dessa concepção se dá, pelo fato de a cada dia se prosperar mais o processo democrático no interior empresarial. É que no período primitivo vigorava a presença do empregado destituído de qualquer possibilidade de ingerência na relação empregatícia. E quanto à relação democrática, essa ampliou as possibilidades de pretensões dos empregados, concedendo a participação coletiva na estrutura interna empresarial.

O poder da novel concepção não seria atinente ao empregador ou ao empregado, mas sim um poder referente ao contrato empregatício e não somente a um único sujeito envolvido, assumindo direitos e deveres da relação jurídica contratual⁹.

2.4 Fundamentos Legais

A fundamentação legal acerca do poder diretivo envolve um aspecto doutrinário e outro legal. Enquanto o aspecto doutrinário busca causa para a sua fundamentação no universo jurídico, o aspecto legal busca nas normas o enquadramento do poder diretivo no âmbito do direito.

No Direito Brasileiro não há regra expressa que regulamente o poder diretivo na seara empresarial, pois esse comportamento surge do vínculo contratual firmado entre empregador e empregado.

⁸ Delgado. Mauricio Godinho. O Poder Empregatício: São Paulo: Ltr, 1996. p. 192.

⁹ Idem. Curso de Direito do Trabalho: 6 edição. São Paulo: Ltr, 2007. p. 659.

De acordo com Arion Sayão Romita:

Para atingir os objetivos econômicos traçados pela atividade econômica, bem como garantir a continuidade do empreendimento, o empregador dirige e comanda a atividade do empregado, implicando por parte do empregador o exercício de um poder jurídico, e por parte do empregado, um estado de sujeição, em troca da retribuição salarial¹⁰.

Há no Direito do Trabalho a aplicação do artigo 2º caput da Consolidação das Leis do trabalho (CLT), que caracteriza de forma implícita o entendimento do poder diretivo no âmbito empresarial interno, ao mencionar a direção pessoal de serviços. Logo o referido artigo preceitua que, “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”.

No exercício desse poder, o empregador tem a prerrogativa de direcionar o método de trabalho, exigindo do empregado a produtividade atinente ao contrato de trabalho firmado entre ambos, incumbindo ao empregado o dever de cooperação o que caracteriza a situação de dependência empregatícia.

Essas prerrogativas do empregador em direcionar o método de trabalho, abrangem a liberdade do empregador em fazer alterações na estrutura interna, mudar de seção, função, transferir o empregado desde que respeitados os limites contratuais.

Essa discricionariedade do empregador corresponde ao *jus variandi* que é o legítimo exercício do poder diretivo do empregador. O artigo 469 da CLT trata de transferência de local de trabalho e preceitua que “Ao empregador é vedado transferir o empregado, sem a sua anuência, para localidade diversa da que resultar do contrato, não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança do seu domicílio”.

O parágrafo único do artigo 468 da CLT trata da prerrogativa de reversão ao cargo efetivo do empregado ocupante de cargo de confiança, e versa que “Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança”. O artigo 474 da CLT afirma o poder disciplinar do empregador no âmbito da relação empregatícia e estatui que “A suspensão do empregado por mais de 30 (trinta) dias consecutivos importa na rescisão injusta do contrato de trabalho”.

¹⁰ ROMITA, Arion Sayão. O Poder Disciplinar do Empregador: Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983. p. 21.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, considerada como “Constituição Cidadã”, permitiu a participação ainda que excepcional dos empregados na gestão empresarial (Artigo 7º inciso XI da CRFB), e também criou mecanismo de participação direta de representante para o entendimento com empregadores.(Artigo 11 da CRFB). Demonstra a atual Constituição o caráter de multilateralização no Direito do Trabalho em virtude do processo democrático contemporâneo.

2.5 Tipos de Poder Diretivo

Segundo Amauri Mascaro Nascimento “O poder de direção manifesta-se mediante três formas: o poder de organização, o poder de controle sobre o trabalho e o poder disciplinar sobre o empregado”¹¹.

O empregador no uso de seu poder de organização, tem a prerrogativa de ordenar o seu empreendimento com a força do capital e do trabalho investido, para que possa alcançar os objetivos da empresa. A empresa é uma atividade complexa que agrega vários fatores para alcançar a produção de bens e prestação de serviços. Logo o empregador deve estar preparado para enfrentar os risco do empreendimento que sobre ele recai.

Por isso, se faz necessário definir qual o ramo que será desenvolvido, ou seja, o comércio, a indústria, a agricultura para que se possa decidir qual a forma de sociedade, quais cargos e funções serão preenchidos para o desenvolvimento empresarial. Cabe ao empregador no uso de suas atribuições elaborar um regulamento interno, determinando quais as normas que os empregados estarão subordinados e divulgá-las por meio de comunicação interna, contato verbal, avisos, portarias, memorandos, pois são poucas normas que dão organização social à empresa. As

¹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho: 23 edição. São Paulo: Saraiva, 2008.p. 694.

empresas não devem ter somente como objetivo o fim econômico almejado, mas sim pautar a sua conduta no fim social e democrático, permitindo que os órgãos de representação dos trabalhadores possa intervir nas decisões da empresa.

Cabe também ao empregador, de acordo com o seu poder de controle sobre o trabalho, o direito de fiscalizar a atividade laborativa do empregado. Esse poder diretivo não restringe apenas pela forma como está sendo prestado o trabalho, mas estende ao comportamento do trabalhador, por meio de revistas nos empregados quando estes encerram o dia de trabalho. Essa prerrogativa deve ser pautada na razoabilidade e ter como barreira o princípio da dignidade da pessoa humana. Outras são as formas de controle do empregador, como a marcação de entrada ou saída do serviço, controle de qualidade de produção, emprego de sensores, câmeras no local de trabalho, cartões magnéticos, que se não agredirem a privacidade do trabalhador, são utilizados como segurança e meio de organização empresarial.

Também cabe ao empregador, de acordo como o seu poder disciplinar no trabalho, o direito de exercer a sua autoridade sobre o trabalho do empregado. Detém a discricionariedade de impor sanções ao empregado quando esse descumprir as obrigações do contrato.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento, “Poder disciplinar é o direito do empregador de exercer a sua autoridade sobre o trabalho de outro, de dirigir a sua atividade, de dar lhe ordens de serviço e de impor sanções disciplinares”¹².

Há entendimento da existência de duas correntes quanto ao poder disciplinar. Uma nega e outra corrente afirma a sua existência. A corrente que nega sustenta que não poderia aferir validade a um poder disciplinar na seara da relação empregatícia, pois o poder de punir seria atribuição específica do Estado. A outra corrente que sustenta a existência do poder disciplinar, afirma que a sua base teria fundamento, no contrato, na propriedade, ou na instituição¹³.

Quanto ao contrato, o poder disciplinar seria decorrente da sujeição do empregado perante o empregador, razão da natureza contratual da relação empregatícia. A fundamentação quanto a propriedade se dá em virtude dos bens que pertencem ao empregador e por isso, teria ele a autonomia para defendê-la com o uso

¹² Ibid. p. 695.

¹³ Idem. Iniciação ao Direito do Trabalho: 33 edição. São Paulo: Ltr, 2007. p. 227.

de sanções disciplinares. No intitucionalismo, a existência se dá em virtude da necessidade de utilizar meios eficazes para o constrangimento de pessoas em certo grupo social. Esse poder não é individual e sim social com intuito de beneficiar toda coletividade.

O exercício do poder disciplinar sempre será manifestado em consonância à forma legal, e poderá ocorrer, de sanções advindas de violação ao regulamento da empresa, como também de previsão em acordos ou convenções coletivas, evitando assim o abuso de direito. O Ministério Público do Trabalho ou o Poder Judiciário atuará no controle do poder disciplinar, assim como as entidades relacionadas a empregadores e empregados no âmbito empresarial.

No Direito brasileiro, o artigo 474 da CLT preceitua que “A suspensão do empregado por mais de 30 dias consecutivos importa na rescisão injusta do contrato de trabalho”. Também é utilizado, sem previsão legal, sob o argumento de quem “pode mais, pode menos”, a advertência, já que nesta o empregado não tem perda econômica e nem deixa de trabalhar.

As penalidades advindas do poder disciplinar, que abrange a advertência, suspensão, dispensa por justa causa, não terão obrigatoriedade de escala impositiva, mas serão controladas pela Justiça do Trabalho. E pode o empregado a qualquer momento em que esteja inconformado com as medidas punitivas do empregador que atentem contra a sua dignidade, exercer o seu direito de ação com intuito de obter uma decisão favorável de anulação da medida punitiva.

3 A TEORIA DO ABUSO DO DIREITO

3.1 Caracterização da teoria do abuso do direito

A teoria do abuso de direito é originariamente identificada nos atos emulativos, *aemulatio* do direito medieval, os quais eram praticados por indivíduo com o intuito deliberado de causar prejuízo a terceiros. No direito romano, também são encontrados traços da sua existência, já que os mais diversos atos praticados, tinham o condão de serem tutelados por meio de um exercício reconhecido por lei.

Durante todo o século XIX, prevaleceu a idéia de que os direitos individuais eram absolutos e a tendência de aceitar, que aquele que age na seara de seu direito não prejudica ninguém, carecia de justiça, pois os atos que eram praticados com o intuito visível de prejudicar o próximo, não poderiam eximir o autor da responsabilidade, sob o fulcro de agir dentro de seu direito subjetivo. Aquilo que anteriormente pareceu uma arma contra o poder absolutista do Estado, aos poucos foi perdendo relevância diante do surgimento de uma nova realidade sócio-econômica, que atribuía um poder relativo ao Estado e também relativizava o do homem pela limitação do convívio social.

A teoria do abuso do direito destaca-se dentro das concepções de relativização dos direitos, com o objetivo de limitar o indivíduo no exercício de seus direitos. Os direitos subjetivos deixam de ter a magnitude absoluta e passa a ser exercido de forma a não prejudicar ninguém, pautado na observância da finalidade social, econômica, de bons costumes e da boa-fé. No passado alguns casos célebres, advindos da jurisprudência francesa, ilustram bem esse tipo de comportamento.

Conforme sinaliza Sílvio de Salvo Venosa:

Os autores repetem, com ênfase, o que teria sido o primeiro caso albergado pela jurisprudência francesa: um proprietário erige em seu terreno obstáculos de madeira, com extremidades pontiagudas, para dificultar o vôo de aeronaves no terreno vizinho. Trata-se da célere decisão do Tribunal de Compiègne de 1913, de Clement Bayard. O proprietário pretendia forçar a compra de seu terreno a preço elevado (Colin e Capitant, 1934, v.2:190)¹⁴.

A teoria do abuso do direito visa garantir que o indivíduo no uso de seu direito subjetivo conferido pelo ordenamento jurídico, não cause dano a terceiros. O Código Civil alemão de 1896, que entrou em vigor em 1900, preceituava no seu parágrafo 226, o abuso do direito: “o exercício de um direito é inadmissível, se ele tiver por fim,

¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: 4 edição. São Paulo: Atlas, 2004. p. 624.

exclusivo, causar um dano a outrem”¹⁵.

Assim, aquele que excede o uso de seu direito e prejudica terceiro, pratica ato reprovável pelo ordenamento jurídico e ficará obrigado a reparar. Não há, a violação dos limites objetivos da lei, mas sim um desvio da finalidade social que norteia a sua conduta.

Alvino Lima, faz uma distinção entre o ato que viola direito do ato abusivo:

Distinguem-se, pois, as esferas do ato ilícito e do abusivo, ambos geradores de responsabilidade; naquele transgridem-se os limites objetivos traçados pela própria lei, negando-se ou excedendo-se ao direito; no ato abusivo, há obediência apenas aos limites objetivos do preceito legal, mas fere-se ostensivamente a destinação do direito e o espírito da instituição¹⁶.

O principal fundamento da teoria do abuso de direito, é de não deixar que o titular do direito utilize suas prerrogativas de forma diversa da que é destinada. O ato é formalmente válido, mas o titular desvia a sua finalidade, transformando um ato lícito em ilícito, ou seja, o ato está ajustado com a lei, mas colidem com os seus valores éticos, sociais, econômicos.

Com a intenção de formular um conceito do que seja a teoria do abuso de direito, algumas correntes no passado se apresentavam com o intuito de negar e outra com o objetivo de justificar o conceito supramencionado. Apesar de hoje a teoria já ter seu reconhecimento sem nenhuma resistência, no passado para a corrente negativista a teoria do abuso do direito era considerada imprópria, conforme sustenta Marcel de Planiol:

Esta nova doutrina repousa inteiramente numa linguagem insuficiente estudada; a sua forma ‘uso abusivo dos direitos’ é uma logomaquia, porque se eu uso o meu direito, o meu ato é lícito; e quando ele é ilícito, é porque ultrapasso o meu direito e ajo sem direito, *injuria*, como diria a lei Aquilia. Negar o uso abusivo dos direitos não é tentar fazer passar por permitidos os atos prejudiciais muito variados que a jurisprudência reprimiu; é somente fazer esta observação de que todo o ato abusivo, apenas porque é *ilícito*, não é *o exercício dum direito*, e que o abuso do direito não constitui uma categoria jurídica distinta do ato ilícito. Não é preciso portanto ser simplório das palavras: *o direito cessa onde o abuso começa*, e não pode haver ‘uso abusivo’ dum direito qualquer, pela razão irrefutável de que um só e mesmo ato não pode ser simultaneamente *conforme o direito e contrário ao direito*¹⁷.

¹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Abuso do Direito, Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. p. 125.

¹⁶ LIMA, Alvino. Culpa e risco, cit.p.219. *Apud* RODRIGUES, Silvio. Direito Civil v.4: Responsabilidade Civil.20 ed. rev. atual. de acordo com novo Código Civil. Lei 10.406 de 10-1-2002. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 47.

Para o referido autor não era possível aceitar a teoria como um ramo autônomo diverso do ato ilícito, pois essa resistência era fruto de como o direito subjetivo era vislumbrado, ou seja, de forma absoluta. Assim, não havia a possibilidade de seu exercício irregular, pois o exercício do direito, calcado na observância da norma deve ser considerado ato lícito e a sua inobservância que excede a estrutura da norma em ato ilícito. Dessa forma o direito só da margem para a prática de atos lícitos e ilícitos.

A referida corrente não obteve êxito, em virtude da impossibilidade de aceitar a relativização dos direitos subjetivos e ainda, não conseguir explicar como seria solucionada uma questão em que o sujeito atua de acordo com os ditames da norma, mas desvia de sua finalidade no emprego do direito.

Para que se pudesse justificar a teoria do abuso do direito, surgiram duas teorias para mensurar o abuso.

De acordo com Silvio Rodrigues:

Poder-se-iam apontar duas posições originais na formulação dos critérios para fixação do alcance do ato abusivo de direito. Uma, de caráter subjetivo, onde se teria de buscar a intenção do titular do direito; outra, de caráter objetivo, em que bastaria examinar o ato, dito abusivo, e as conseqüências dele defluentes, para se concluir se houve ou não exercício irregular do direito¹⁸.

A teoria subjetiva, além de necessitar do elemento culpa para caracterizar o abuso de direito, havia necessidade de uma finalidade específica, a de prejudicar terceiros com o exercício do direito subjetivo. A referida concepção incentivou o artigo 1.295, al 2, do Código Civil austríaco, que previa a indenização decorrente de dano que resultasse da prática de direito, inobservando os bons costumes ou com o intuito de lesar. Se o exercício de um direito causasse dano e esse fosse protegido pela norma, não haveria reparação¹⁹.

Posteriormente com a evolução da teoria, bastava que o titular tão somente excedesse a finalidade social do direito, tendo assim, o reconhecimento da existência do abuso de direito, mesmo quando ausente o objeto emulativo.

Para Maria Celina Bodin de Moraes:

A *aemulatio* consistia no exercício de um direito, sem utilidade própria, com a intenção de prejudicar outrem. Tratava-se, pois, da utilização do direito

¹⁷ PLANIOL, Marcel de. *Traité élémentaire de droit civil*, 6.ed., t.II, Paris,1912, n.871 apud RODRIGUES, Silvio. *Ibid.* p. 48.

¹⁸ *Ibid.* p. 49.

¹⁹ *Ibid.* p. 50.

subjetivo com o único fim de provocar um prejuízo, uma emulação a terceiro, sem que o titular obtivesse qualquer proveito do seu ato. Destacavam-se, na configuração do ato emulativo, esses dois elementos: o intuito de lesar e a ausência de proveito para o sujeito que praticara a ação²⁰.

É certo que o direito deve ser exercido de acordo com os limites impostos pela lei, mas quando o seu exercício estiver enquadrado na ordem legal e o agente tiver intenção de lesionar terceiro, ficará estabelecido o uso abusivo. O fato é que em virtude da dificuldade de provar o *animus nocendi*, a teoria subjetiva se tornou ineficiente para sustentar o comportamento abusivo, visto que não abarcava situações, exceto as que tinham o fim específico de causar lesão, mas aquelas de comportamentos contrários à moral e a boa-fé.

Assim, de acordo com a deficiência da teoria subjetiva, outra teoria se projeta com o intuito de justificar o abuso de direito, pois somente a intenção de prejudicar não era imprescindível para caracterização do abuso de direito. Surge a teoria objetiva que não apresenta no seu cerne o comportamento de prejudicar terceiros, pois também teria como obstáculo a dificuldade de provar, mas um critério objetivo capaz de apontar o desvio do exercício do direito.

Dessa forma, o exercício abusivo era analisado para os fins que se propõe o direito, pois a indagação da intenção do sujeito não tinha uma fundamental importância, mas sim a função ou finalidade socioeconômica de cada direito. Logo, duas teorias objetivas ganharam maior projeção: a finalista²¹ e a da anormalidade do dano²².

A visão que prevalecia do abuso e do direito subjetivo como categorias autônomas em que importava somente a intenção do agente causar dano a terceiro, não a sua ligação ao direito, foi superada pela teoria finalista de Josserand. O autor afastava-se da teoria da vontade, não admitindo que esta seria o elemento que justificasse o pleno exercício de um direito subjetivo.

O fundamento do direito subjetivo do indivíduo estaria estabelecido no ordenamento jurídico e sendo assim, não haveria direito sem a presença do cunho

²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord.). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 64.

²¹ JOSSERAND. *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Paris: Librairie Dalloz, 1939. p.10. *apud* CARPENA, Heloísa. Abuso de Direito nos Contratos de Consumo: Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 52.

²² BEVILAQUA. Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado., v.1.5 ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1936, v.1,p.425 *apud* CARPENA, Heloísa. Op. cit. p. 38.

social. O direito do indivíduo corresponderia a uma finalidade social, protegido pelo ordenamento e quando houvesse um desvio da finalidade social, presente estava o abuso do direito.

Para Josserand:

Devemos admitir a existência de um espírito dos direitos, inerente a toda prerrogativa subjetiva, isoladamente considerada e que, tal como a lei, não poderia ser aplicada contra o seu próprio espírito e, tal como um rio não poderia modificar o curso natural de suas águas, nossos direitos não podem ser realizar a torto e a direito, contra sua missão social e desprezando-a: concebe-se que o fim possa justificar os meios desde que estes sejam legítimos em si mesmo; mas seria intolerável que os meios, mesmo intrinsecamente incensuráveis, pudessem justificar todos os fins, sendo eles odiosos e inconcebíveis²³.

A referida teoria remete a idéia de que o exercício do direito subjetivo deve atender a uma finalidade social que inspira todo o direito objetivo sob o aspecto ético e moral. A sua inobservância caracterizaria o fenômeno abusivo.

Para Maria Celina Bodin de Moraes:

A doutrina finalista foi possível, portanto, devido a uma nova visão do direito subjetivo, que deixou de ligar-se intrinsecamente ao poder da vontade para encontrar justificativa na ordem jurídica. O titular do direito deve-o não à sua própria vontade, mas à escolha do legislador, que considerou determinado interesse merecedor de tutela, passando, por conta disso, a garanti-lo. Como o direito espelha um certo interesse que a norma jurídica visa a proteger, torna-se relativo, na medida em que o seu exercício não pode se dar de forma contrária ao próprio interesse que lhe é imanente. Tal situação, desprovida de tutela, consistiria, justamente, no abuso do direito: o exercício deste de modo incompatível com o interesse protegido – logo, incompatível com o próprio direito subjetivo²⁴.

Dessa forma a teoria finalista filia-se as teorias do abuso do direito, pois o direito que é protegido pelo ordenamento integra o direito subjetivo, que tem por escopo preservar a finalidade do direito. Se o indivíduo agir em desacordo com a finalidade do direito, ficará sem a proteção do ordenamento jurídico.

É nesse momento que a teoria finalista, demonstra que não houve ruptura com a concepção subjetiva, pois admite a existência do elemento subjetivo ao lado do elemento objetivo que passa a ocupar uma posição relevante, ou seja, a forma de atuar do indivíduo se torna essencial para atingir o fim proposto.

Sendo assim a teoria sofreu críticas daqueles que queriam garantir ao abuso de direito um caráter eminentemente objetivo.

²³ Ibid. p. 52.

²⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de.(Coord.). Op. cit. p. 72.

Sobre a caracterização do abuso a partir da anormalidade do dano, que teve como mentor Saleilles, a quem coube a crítica a teoria de Josserand, o referido autor afirma que sempre que o indivíduo for exercer um direito, e por meio deste, contrariar a finalidade econômica e social, estará incorrendo no abuso.

Assim afirma Heloisa Carpena: “Em síntese, o abuso revelar-se-ia, como categoria jurídica autônoma, sempre que o comportamento do sujeito, embora dentro dos limites legais do direito, fosse caracterizado pela negligência em evitar um dano anormal para outrem”²⁵.

Saleilles, afirma que não há direitos absolutos, pois todos são relativos e assim recaem sobre o aspecto objetivo do direito, ou seja, na sua função econômica e social. Sendo esta então, a teoria que hoje detém a possibilidade de identificação do abuso de direito.²⁶

3.2 O abuso do direito no Código Civil de 1916

O abuso do direito não recebeu do legislador de 1916 ao mesmo tratamento que teve os outros ordenamentos, como exemplo o Código Civil suíço, que preceitua no seu artigo 2º: “Todos devem exercer direitos e executar suas obrigações segundo as regras da boa fé. O abuso de direito não é protegido pela lei”. O Código Civil soviético no seu artigo 1º estatui que: “os direitos civis são protegidos pela lei, salvo nos casos em que são exercidos em sentido contrário a sua destinação econômica e social”. E também o artigo 135 do Código Polonês de Obrigações, que versa: “Aquele que, intencionalmente ou por negligência, houver, no exercício de seu direito, causado um dano a outrem, fica obrigado a repará-lo se passou os limites fixados pela boa fé ou pelo fim em vista do qual esse direito foi conferido”²⁷.

A inserção da teoria do abuso do direito na cultura jurídica brasileira se deu pelo

²⁵ CARPENA, Heloísa. Op. cit. p.48.

²⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de.(Coord.). Op. cit. p. 74.

²⁷ RODRIGUES, Silvio. Op. cit. p. 51-52.

direito processual, no abuso do direito de ação ou de defesa. No direito de ação, a sua aplicação se dava quando o autor ajuizava uma demanda para um fim diverso da que norma prevê, com o único objetivo de prejudicar o réu ou terceiro envolvido na demanda. O abuso do direito na defesa era quando o réu se defendia de maneira desproporcional, negando acontecimentos notórios ou contestando direito líquido e certo do autor.

Pela ausência de norma específica, o direito processual utilizou-se do Código Civil de 1916, que previa o abuso do direito por meio de vias indiretas, dispondo o artigo 160 inciso I “Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”.

Esse dispositivo levou a doutrina civilista a sustentar a constatação, ainda que de forma implícita do abuso do direito no ordenamento pátrio, pois se o legislador confere garantia ao exercício regular de um direito, *a contrario sensu*, os atos praticados no exercício irregular de um direito são considerados ilícitos. Dessa forma poderia se vislumbrar que, se o Código Civil de 1916 admitia o exercício irregular de um direito, é porque a teoria do abuso estava mais iminente, mas houve divergência em conceber o ato abusivo como modalidade de ilicitude²⁸.

Conforme critica Heloísa Carpena, a consagração do abuso do direito como modalidade de ato ilícito:

Embora esteja assentada a teoria sobre bases objetivas, o elemento ético não se destaca, ficando situado o ato abusivo no plano da ilicitude. Não se distingue o abusivo do ilícito, pois a interpretação da norma conduz à certeza de que o sujeito que pratica um ato de forma irregular, anormal e abusiva, atua sem direito, ficando assim lançada a teoria na obscuridade²⁹.

Há também quem sustentasse a identidade de conceito entre o ato abusivo e o ato ilícito.

Paulo Dourado Gusmão, se coloca favorável à aceitação do ato abusivo como modalidade de ato ilícito:

A questão do ato abusivo restringe-se a duas indagações: é ele conforme com os princípios do direito, com o espírito do ordenamento jurídico? Constitui transgressão de algum dever jurídico? Como acentuamos, o abuso do direito não só é condenado pela consciência coletiva, como também não encontra acolhida nos princípios gerais do direito, constituindo, como dissemos, a

²⁸ CARPENA, Heloísa. Op. cit. p. 38.

²⁹ Loc. cit.

inobservância do dever social pelo titular. Por conseguinte, não pode ser lícito e dentre os ilícitos deveremos incluí-lo: *tertius non datur*. Entretanto, JOSSERAND pretende que seja o abuso do direito incluído entre os atos de excesso. E o que é o excesso senão o que é anormal? E o direito não condena o anormal, a irregular conduta humana? Ora, o determinar humano só é anormal ou irregular juridicamente quando transgride os deveres impostos pelas normas jurídicas. E as transgressões dos deveres impostos pelas regras *iuris* não constituem fato ilícito civil ou penal? Portando qualquer tendência a criar uma nova categoria dos fatos só servirá para complicar os já complexos fenômenos jurídicos. Assim, o abuso do direito constitui fato ilícito, e portanto fonte de responsabilidade³⁰.

Mesmo não equiparando o abuso do direito ao ato ilícito, as divergências mencionadas possuem indiscutível relevância, pois a colocação do ato abusivo ao lado do ato ilícito resultou na união dessas duas modalidades, advindo assim a consequência comum de responsabilização do indivíduo que as pratica.

Outra questão era como identificar os parâmetros que valorassem se o direito foi ou não exercido de maneira regular. A resposta então, remeteria ao artigo 5º da Lei de introdução ao Código Civil, que dispõe: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências sociais do bem comum”.

Dessa forma o critério adotado pelo direito pátrio para identificar o exercício abusivo, não restringia apenas ao *animus* de prejudicar, mas sim ao exercício fora dos fins sociais estabelecidos pela lei, ou seja, fora da licitude, demonstrando a influência das teorias objetivas e negando a necessidade do elemento subjetivo para identificação do abuso.

Alguns dispositivos do Ordenamento Civil de 1916 apontam como exemplo a repressão ao abuso do direito.

Caio Mário da Silva Pereira, alude à regra do artigo 554 que funcionava como repressão ao abuso:

Era assim que o art. 554 do Código Civil de 1916, reprimindo o uso nocivo da propriedade, consignava um exemplo de abuso de direito, pois permitia ao proprietário ou inquilino impedir que a utilização do direito de propriedade, pelo seu vizinho, lhe prejudicasse a segurança, o sossego ou a saúde. É bem de ver que não há aqui os extremos do ato ilícito, porém de exercício abusivo do direito de propriedade, e tanto assim que o mesmo comportamento do indivíduo será tolerado, ou não, conforme a casa seja em lugar ermo ou afastada de outras, ou, ao revés, apropinquada de outras edificações³¹.

Assim, com o fulcro de evitar o abuso do direito, se torna visível a aplicação da

³⁰ GUSMÃO, Paulo Dourado de. Abuso do Direito: Revista Forense. p. 371.

³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: 21 edição. Rio de Janeiro: Forence, 2005. p. 674.

finalidade do direito em garantir a ordem social, pois fazer com que o exercício do direito subjetivo atenda o que preceitua o ordenamento jurídico, é garantir o equilíbrio da atividade de cada indivíduo.

De acordo com Heloísa Carpena:

Tal concepção, além de ter dificultada sua aplicação pela inafastável subjetividade, alia uma legitimidade legal a uma legitimidade moral, eis que permite considerar o mesmo contrário e conforme ao direito. É provável que estas razões tenham contribuído para incerteza quanto aos contornos do instituto e a pouca aplicação da teoria do abuso do direito, sob a égide do Código de 1916³².

3.3 O abuso do direito no Código Civil de 2002

De modo menos tímido do que se vislumbrou na codificação de 1916, a teoria do abuso de direito foi implementada na atual codificação. Essa nova ordem teve por escopo nortear os princípios regedores de sua aplicação e interpretação, com base na ética, na sociabilidade e na operabilidade.

Dessa forma o código de 2002 adotou de forma direta a teoria objetiva no que tange a teoria do abuso do direito. O artigo 187 preceitua: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. O referido dispositivo teve inspiração no artigo 334 do Código Civil Português, que dispõe: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”.

Na novel codificação o legislador preferiu equipar o ato abusivo ao ato ilícito disciplinado no artigo 186 que versa: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, contrariando assim, a grande maioria dos

³² TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional: 2 edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 386.

doutrinadores pátrios que defendem a autonomia do abuso do direito. Assim, outra forma de interpretação foi sustentada.

Para José Carlos Barbosa Moreira, que defende a diferença estrutural entre os institutos:

Tem-se de convir em que, no atual ordenamento, o ato ilícito passa a constituir um gênero, com duas espécies, a do art. 186 (violação de direito alheio) e a do art.187 (abuso de direito próprio), unidas entre si por uma consequência comum: a possibilidade de ensejarem a responsabilização civil³³.

Outro autor adota um posicionamento de que a visão do ato abusivo como espécie ao lado do ato ilícito, assume uma categoria mais ampla no ordenamento.

No entendimento de Cláudio Antonio Soares Levada:

também será o ato que fere a ordem jurídica, ainda que tenha, em princípio, obedecido à ordem legal. Ora, o exercício do direito fere justamente a ordem jurídica, ainda que conforme à lei: como visto, é no desvio de sua finalidade social que o ato se caracteriza como um abuso – ferindo o ordenamento jurídico e, por conseguinte, caracterizando-se como ato ilícito³⁴.

A preocupação que foi evidenciada pela doutrina, quanto ao nome que se dá a categoria mais ampla em que figuram como espécie o ato abusivo e o ato ilícito, tanto no Código Civil de 1916 como no Código Civil de 2002, não possuiu grande relevância, bastando apenas o entendimento de cada um desse instituto. O ato abusivo e o ato ilícito possuem requisitos diversos para sua configuração definido na própria norma. Assim, reconhecer a caracterização do ato abusivo pelos requisitos do ato ilícito seria desconsiderar o artigo 187 do Código Civil de 2002.

Conforme expõe Sílvio de Salvo Venosa:

Assim, o abuso de direito não se circunscreve às noções de dolo e culpa, como pretendem alguns. Se isso fosse de se admitir, a teoria nada mais seria do que um capítulo da responsabilidade civil, ficando em âmbito mais restrito. Se, por outro lado, fosse essa a intenção do legislador, o princípio genérico do art. 186 (antigo, art.159) seria suficiente, não tendo por que a lei falar em “*exercício regular de um direito*” no artigo seguinte. Portanto, se, de um lado, a culpa e o dolo podem integrar a noção, tal não é essencial para a configuração do abuso, uma vez que o proposto é o exame, em cada caso, do desvio finalístico do exercício do direito³⁵.

Diante do entendimento supra, a forma de não comparar o ato abusivo ao ato ilícito e também de não inserir na seara da responsabilidade civil, ocasiona a reparação

³³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit. p. 131.

³⁴ LEVADA, Cláudio Antonio Soares. Anotações sobre o Abuso de Direito: Revista dos Tribunais. p. 48 *apud* CARPENA, Heloísa. Op. cit. p. 70.

³⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit. p. 626.

de um eventual dano pautado no tratamento de como se fosse um ato ilícito, salvo no caso de haver tratamento específico para reparação³⁶.

De acordo com o tratamento dado pelo ordenamento ao abuso do direito, caracteriza a identificação do fenômeno abusivo dado pelo artigo 187, a ofensa de qualquer critério nele estabelecido. Assim para ocorrência do abuso do direito, é necessário que o indivíduo esteja no exercício de um direito, e que este seja anormal, não atendendo a finalidade econômica ou social, a boa-fé e os bons costumes, causando assim prejuízo a outrem.

Portanto, são requisitos para caracterização do abuso do direito: o exercício de um direito, e que desse exercício haja o intuito manifesto de ofender a finalidade econômica e social, a boa-fé e os bons costumes.

Quanto ao exercício de um direito, como primeiro requisito para caracterização do abuso do direito, é atinente ao dano prejudicial que não se consubstancia em um direito, pois somente estará presente o abuso quando este não constituir um ilícito civil, ou seja, quando não houver uma ação ou omissão que cause prejuízo a alguém. Assim, no abuso de direito há exercício de um direito anormal e não a mera violação de um dever jurídico.

No que tange a finalidade econômica e social, é salutar vislumbrar que todo direito corresponde a um fundamento ideológico, a razão pela qual existe. Assim, analisar a finalidade econômica e social é avaliar aquilo que antecede o direito, aquilo que motivou a sua criação. Por exemplo, o direito a propriedade sob determinado bem existe para satisfazer as necessidades humanas, logo, essa é a sua finalidade econômica e social. Quando o indivíduo utiliza desse direito com finalidade diversa da que se propõe, sem tirar proveito, estará ele abusando do seu direito de propriedade.

San Tiago Dantas assinala:

Pode-se dizer que, hoje, mais do que um direito subjetivo, o que se concede ao indivíduo é uma proteção jurídica, ou pelo menos um direito subjetivo que não tem no arbítrio do titular a sua única medida, pois não poderá, em caso algum, ser exercido contra a finalidade social que a lei teve em mira quando o reconheceu e protegeu. Valer-se do direito para colimar resultados contrários à sua instituição, eis o abuso do direito³⁷.

³⁶ Ibid. p. 627.

³⁷ DANTAS, San Tiago. Conflito de vizinhança e sua composição: 2 edição. Forense. p. 100 *apud* FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil: 6 edição. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 178.

A boa-fé que o código preceitua no artigo 187, é a boa-fé objetiva relacionada com a conduta do agente e não a boa-fé subjetiva relacionada com a intenção do agente. A boa-fé objetiva pode ser interpretada como aquela conduta, leal, correta, pautada no ideal de eticidade que todos devem empregar nas relações sociais. É assim que a boa-fé serviu de princípio orientador de todo o Código Civil de 2002, permeando toda a estrutura do ordenamento na regulamentação das relações humanas.

Estará violado o princípio da boa-fé, sempre que o titular de um direito não atuar com a lealdade e confiança esperada. Logo, dessa desobediência no exercício de um direito conferido pelo ordenamento, estará presente o abuso do direito. Entretanto, nem sempre pela violação da boa-fé objetiva ocorrerá o abuso de direito, pois há necessidade que o indivíduo tenha o direito e posteriormente cause dano.

No que tange aos bons costumes, o artigo 187 demonstra a influência marcante da moral sobre o direito. É sem dúvidas o liame entre as convicções morais de uma sociedade.

De acordo com Sergio Cavalieri Filho:

Por fim, os bons costumes. Compreendem as concepções ético-jurídicas dominantes na sociedade: o conjunto de regras de convivência que, num dado ambiente e em certo momento, as pessoas honestas e corretas praticam. Haverá abuso neste ponto quando o agir do titular do direito contrariar a ética dominante, atentar contra os hábitos aprovados pela sociedade, aferidos por critérios objetivos e aceitos pelo homem médio³⁸.

Assim a teoria do abuso do direito tem por escopo, corroborar para a relativização dos direitos, com intuito de evitar que o titular de um direito protegido exerça o seu direito de forma desordenada, influenciando o bem-estar das relações jurídicas na sociedade. Logo, aquele que excede a finalidade econômica e social, a boa-fé e os bons costumes deve ter sua conduta repelida pelo direito, pois o exercício absoluto de um direito causa um desajuste nos valores sociais que fundamentam a vida em sociedade.

Dessa forma, pontua Heloísa Carpena:

Resta agora aos estudiosos e operadores do Direito dar vida ao instituto, compreendendo seu verdadeiro sentido e alcance a partir da história de sua formulação pela ciência jurídica, dando efetividade à norma do Código de 2002 que o acolheu, de olhos postos na realidade que reclama a sua aplicação³⁹.

³⁸ FILHO, Sergio Cavalieri. Op. cit. p.180.

³⁹ CARPENA, Heloísa. *apud* TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). Op. cit. p. 395.

4 A REVISTA ÍNTIMA COMO ABUSO DO PODER DIRETIVO

4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como Direito Fundamental

Advinda do latim a palavra dignidade significa *dignus* que corresponde àquele que merece estima e honra, aquele que por si só tem uma verdadeira importância.

O princípio da dignidade da pessoa humana como direito fundamental, implica no ideal de que o valor primordial das sociedades, do Direito e do Estado contemporâneo é

a pessoa humana, aquela que independe de qualquer forma estabelecida pela sociedade, não dependendo da sua condição econômica, intelectual ou social.

Foi no Cristianismo que no início concebeu a idéia de uma dignidade pessoal atribuída a cada indivíduo, pois se o indivíduo foi criado conforme a concepção cristã, à imagem e semelhança de Deus, qualquer forma de violação da dignidade do indivíduo seria em última análise uma forma de violar a vontade do criador.

Posteriormente Imanuel Kant, como aquele que mais influenciou até o momento o conceito, propôs que o homem é um fim em si mesmo, e jamais poderia ser considerado como coisa e também sob nenhuma hipótese ser utilizado como meio de aquisição de qualquer objetivo, pois as coisas podem ser trocados por algo que tem

equivalência, têm preço, as pessoas, detém dignidade⁴⁰.

Para Maria Celina Bodin de Moraes, ao concordar com Kant, afirma:

De acordo com Kant, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço (*preis*) e a dignidade (*Würden*). Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral. As coisas têm preço; as pessoas, dignidade. O valor moral se encontra infinitamente acima do valor de mercadoria, porque, ao contrário deste, não admite ser substituído por equivalente. Daí a exigência de jamais transformar o homem em meio para alcançar quaisquer fins. Em consequência, a legislação elaborada pela razão prática, a vigorar no mundo social, deve levar em conta, como sua finalidade

máxima, a realização do valor intrínseco da dignidade humana⁴¹.

O respeito à dignidade da pessoa humana como fundamento da influência Kantiana, de cunho moral, foi inserida no ordenamento jurídico com advento da Constituição Federal de 1988. Antes, porém a iniciativa que se destacou como primeira, foi a Lei Fundamental de Bonn, de maio de 1949 da República Federal da Alemanha que inseriu o princípio da dignidade da pessoa humana como direito fundamental, e dispunha no seu artigo 1º, n. 1 que “ A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais”. O dispositivo teve por inspiração na Declaração Universal dos Direitos humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948 que enunciava no seu artigo 1º “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Mesmo diante da Constituição da República Italiana de 27 de dezembro de 1947, ter sido a precursora na definição a esse respeito no artigo 3º que “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei” no lugar reservado aos Princípios Fundamentais, é a Lei de Bonn que ostenta ser o primeiro dispositivo a consagrar o princípio em termos mais

expressivos⁴².

No mesmo entendimento a Constituição da República Portuguesa de 1976, dispunha no seu artigo 1º, dos direitos fundamentais, que “Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Da mesma forma a Constituição da Espanha que expressa no artigo 10 n.1 “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são fundamentos da ordem

política e da paz social”⁴³.

No Brasil a primeira Constituição a tratar do princípio foi a de 1946, mas não identificou na dignidade o fundamento geral da vida social e política, ficando apenas na seara do trabalho. O artigo 145, parágrafo único, no título que tratava da Ordem Econômica e social dispunha “A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna...”. Havia uma limitação em não conferir a condição de fundamento ou princípio à dignidade da pessoa humana na seara da política e social.

As constituições de 1967 e de 1969 mantiveram a menção da dignidade da pessoa humana na seara do trabalho e preceituava no artigo 160 da Constituição Federal de 1969 que: “A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana”.

Após o período que perdurou por mais de duas décadas sob a égide do regime militar da ditadura, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, intitulada como Constituição Cidadã, preceituou no artigo 1º inciso III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, atribuindo

as bases necessárias para garantir a ordem jurídica e democrática⁴⁴.

No mesmo título o Poder Constituinte Originário estabeleceu no artigo 3º inciso I, que: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Demonstrando assim, os três requisitos essenciais de garantia da dignidade humana.

De acordo com Alexandre Moraes, a dignidade da pessoa humana:

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

seres humanos⁴⁵.

Dessa forma em que vigora o aspecto do humanismo como cerne da proteção constitucional, a vulnerabilidade do indivíduo será protegida em qualquer lugar em que se encontre. De forma que terão prioridade grupos que num contexto social são considerados desprivilegiados em relação à proteção da lei, e nesse liame estão as crianças, os adolescentes, os idosos, os portadores de deficiência, os consumidores, os empregados em situação de inferioridade, as vítimas de atentados aos direitos da

personalidade, os membros de grupos minoritários e muitos outros⁴⁶.

Atualmente o princípio da dignidade da pessoa humana como direito fundamental demonstra ser o único capaz de resgatar valores e de contribuir para uma nova sistemática, menos complexa, em que se fundam os institutos jurídicos no ordenamento brasileiro.

Destarte que o valor da dignidade é inerente a todo âmbito da ordem jurídica, e dessa forma contribui para dificuldade de limitar a aplicação do referido princípio.

Como bem afirma Maria Celina Bodin de Moraes:

Uma vez que a noção é ampliada pelas infinitas conotações que enseja, corre-se o risco da generalização absoluta, indicando-a como *ratio* jurídica de todo e qualquer direito fundamental. Levada ao extremo, essa postura hermenêutica acaba por atribuir ao princípio um grau de abstração tão completo que torna

impossível qualquer sua aplicação⁴⁷.

Outro aspecto importante é sinalizar de maneira incisiva as bases que sustentam o princípio da dignidade da pessoa humana, pois são corolários dessa elaboração os princípios da igualdade, liberdade, integridade psicofísica e solidariedade. De modo que ao se deparar com indivíduos em situações equivalentes, presente está o princípio da igualdade, mas se estes indivíduos, resolverem optar por caminhos diferentes, será necessário garantir juridicamente esta liberdade, e esta deverá ser protegida em respeito a sua integridade física e moral. Sendo esses aspectos parte integrante do

grupo social, decorrerá assim o princípio da solidariedade⁴⁸.

Assim, o sustentáculo da dignidade humana, manifesta-se em primeiro lugar no princípio da igualdade, aquele que prevê o tratamento isonômico entre todos os indivíduos, impedindo qualquer forma de discriminação e balizando o direito de ter direitos iguais. A Constituição de 1988 reconhece esse tipo de igualdade, intitulando como igualdade no sentido jurídico-formal, conforme prevê o artigo 5º *caput que*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”. Posteriormente se verifica que essa forma de caracterizar a igualdade se tornou insuficiente, pois nem todos detêm a mesma condição e seria necessário tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Citado por Luiz Edson Fachin, de forma brilhante, Rui Barbosa explicita esse tipo de igualdade na Oração aos Moços:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. [...] Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade,

seria desigualdade flagrante, e não igualdade real⁴⁹.

Esse tipo de igualdade, chamada de igualdade substancial, foi adotado pelo legislador constituinte em virtude da deficiência da igualdade formal. Sendo a igualdade substancial consagrada no artigo 3º inciso III, do texto constitucional, que prevê: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

A partir da igualdade substancial, o que se vislumbra é a extinção das carências físicas, intelectuais, sociais dos menos favorecidos, com intuito de promover a oportunidade para todos, pois deixar a igualdade formal vigorando é legitimar o aumento do poder do mais forte sobre o mais fraco.

Se num dado momento a igualdade substancial gerou a necessidade de adequação nos institutos jurídicos, atualmente o direito à diferença enfrenta vários questionamentos, pois parte da premissa, de que ao invés de questionar uma forma de identificação humana simples, é necessário que sejam vislumbrados as diferenças pessoais entre as pessoas desde o início.

Facilmente se pode identificar tal assertiva em virtude de experiências ou evidências comprovada: os seres humanos não são iguais entre si, logo se confirma essa afirmação ao se deparar com pessoas que detém notório saber e outras que por dificuldades ou por outras questões sociais, não tiveram a oportunidade de alfabetizar. Também se vislumbra nas pessoas que possuem, bem estar físico, mental e social, e outras que possuem alguma deficiência que impedem de levar uma vida comum, e

também os heterossexuais e homossexuais⁵⁰.

Dessa forma identifica-se a necessidade de garantir a manifestação das minorias, sem que essas tenham por obrigação de se adequarem a comportamentos que lhes descaracterizem.

Conforme sustenta Boaventura de Souza Santos “as pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser

diferentes quando a igualdade os descaracteriza”⁵¹.

Outro aspecto é a liberdade, que durante muito tempo foi confundida como autonomia da vontade, pois o indivíduo poderia fazer tudo o que não era contrário à lei, atribuindo assim ao direito subjetivo um status absoluto. Era o indivíduo livre, limitado apenas a sua própria vontade, tendo ele o dever de cuidar de uma família de seus bens, sem se preocupar com seu próximo, com a coletividade ou com o bem estar social. A autonomia da vontade era soberana e os interesses públicos ou coletivos, quase nunca tinham prevalência sobre os interesses privados.

Atualmente essa visão foi superada, e o individualismo marcante daquela época foi suprimido em virtude de um respeito aos limites externos, no que tange aos interesses de terceiros ou da coletividade.

Conforme sustenta Pietro Perlingieri:

A própria noção de ordem pública, sempre invocada como limite à livre atuação do sujeito, teve seu conteúdo redesenhado pelo projeto constitucional, com particular ênfase nas normas que tutelam a dignidade humana e que, por isso mesmo, ocupam a mais alta hierarquia da ordem pública, o fundamento último

do ordenamento constitucional⁵².

Dessa forma toda manifestação de vontade individual recebe a proteção do ordenamento jurídico, não apenas em conformidade com a própria vontade do titular, mas sim em consonância com o interesse do bem estar coletivo. Devendo estar os interesses subjetivos em sintonia com os princípios constitucionais, pois os direitos existem para que sejam exercidos na observância de critérios sociais, para que os indivíduos possam conviver de forma harmônica e saudável.

O terceiro aspecto que é tido como corolário do princípio da dignidade humana, é o da integridade psicofísica, que compreende o direito de não sofrer atentados em seu próprio corpo ou também de não sofrer violações na sua personalidade.

Conforme dispõe a Constituição Federal no seu artigo 5º inciso III, que preceitua “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Também abarca o referido princípio, o direito à existência digna conforme prevê os dispositivos constitucionais.

Nesse contexto, ligados a evolução moderna, a integridade psicofísica abrange temas que atualmente vem sendo debatidos com veemência, é o que ocorre com a bioética, com o biodireito. Nesse plano estão ligadas as proteções de dados genéticos, reprodução assistida, atos de disposição do próprio corpo, entre outros. Entretanto, com a iminente evolução científica, os desdobramentos na seara da ética e da moral se esbarraram na deficiência legislativa em oferecer um resultado que amparem essas condutas.

Há necessidade então de se elaborar normatizações que regulem essa nova evolução com a chancela da sociedade, pois essas normatizações servirão de base para inserção de dispositivos no ordenamento jurídico.

O último aspecto como corolário da dignidade humana é a solidariedade, pois a Constituição dispõe em seus dispositivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como também a erradicação da pobreza da marginalização social e a redução das desigualdades sociais e regionais. Esses objetivos detêm o condão de serem denominados como princípios fundamentais, obtendo prevalência na conduta geral tomada pelo poder público na seara constitucional, como também tendo a sua aplicação em todo o ordenamento jurídico. Esses dispositivos atuam no propósito de

promover uma igualdade entre os indivíduos, proibindo qualquer tipo de preconceito.

De acordo com a posição de Maria Celina Bodin de Moraes:

De acordo com o que estabelece o texto da Lei Maior, a configuração de nosso Estado Democrático de Direito tem por fundamentos a dignidade humana, a igualdade substancial e a solidariedade social, e determina, como sua meta prioritária, a correção das desigualdades sociais e regionais, com o propósito de reduzir os desequilíbrios entre as regiões do País, buscando melhorar a

qualidade de vida de todos os que aqui vivem⁵³.

O escopo do legislador ao referir à solidariedade no texto constitucional, não foi apenas no que tange à aplicação no momento de elaboração de leis, como um princípio norteador, mas sim na sua interpretação e fiel aplicação pelos operadores do direito e por todos indivíduos da sociedade.

Diante da visão do ordenamento jurídico pátrio, a solidariedade é concebida no princípio geral da Constituição Federal de 1988, para que se possa alcançar o objetivo principal, a igual dignidade social. O referido princípio expresso na Constituição, corresponde a uma série de elementos voltados para a garantia de uma existência digna para todos dos indivíduos da sociedade, sem qualquer tipo de discriminação, sendo esta comum a todos e que se desenvolva como livre e justa e sem qualquer

exclusão social⁵⁴.

Assim, todos os aspectos vislumbrados que estabeleceram os quatro principais corolários da dignidade humana, devem ser entendidos de maneira ampla e não taxativa, pois podem ser interpretados, de forma diversa do que foi exposto, mas preservando a essência de cada elemento.

Para Maria Celina Bodin de Moraes:

No que se considerou os quatro principais corolários da dignidade humana, devem ser entendidas meramente como exemplos, e não só sua classificação é ainda incipiente, mas sua inclusão numa categoria não exclui a possibilidade de se encontrar tutela em alguma outra. O dano causado pela morte de um ente querido pode dizer respeito tanto à lesão da integridade psíquica quanto à solidariedade familiar; a violação da intimidade pode aproximar-se mais da liberdade ou da integridade psíquica; a exclusão em razão da idade pode

referir-se tanto à igualdade quanto à solidariedade social⁵⁵.

A Constituição brasileira, ao inserir ao princípio da dignidade humana como direito fundamental em seu núcleo, atribuiu condição multifuncional, mas conjugou de forma ímpar todos os elementos essenciais: fundamento, princípio, objetivo. Também determinou sua larga abrangência em todo o ordenamento jurídico e em todas relações sociais, ampliando seu conceito com intuito de demonstrar a sua dimensão social e comunitária da dignidade humana. Dessa forma a dignidade do ser humano ficará rompida, caso tenha qualquer tipo de privação dos instrumentos de mínima afirmação social.

4.2 Intimidade e Privacidade como Direito da Personalidade

Antes de adentrar aos institutos da intimidade e da privacidade, se faz necessário uma alusão a personalidade, sob o aspecto jurídico, já que a palavra também é utilizada em outro ramos como a psicologia, psiquiatria. A personalidade é condição distintiva do ser humano, a origem etimológica vem do termo latim *persona* que designava a máscara que os atores usavam durante encenações de peças teatrais.

Na seara do direito a personalidade é elemento estável e concreto das atitudes do ser humano, e são essas atitudes ou comportamentos de seu modo de agir que as distinguem. Sua inserção no âmbito dos direitos subjetivos é relativamente nova, porém já se encontrava vestígio de sua proteção na Antigüidade, de modo que eram penalizados os indivíduos com intuito de ofensas físicas e morais. Com o Cristianismo, houve uma manifestação de proteção daqueles direitos, em tese pelo sentimento de fraternidade universal. Mas foi em 1789 com as Declarações dos Direitos, que o ideal de defesa dos direitos do indivíduo, liberdade e valorização da pessoa humana ganhou projeção.

No Brasil a Constituição Federal de 1988 estabeleceu o seu reconhecimento em vários incisos do artigo 5º e de aplicação ampla no inciso XLI ao dispor que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Também a

construção dos direitos da personalidade se deu em função do fundamento constitucional de respeito à dignidade humana. Sendo o respeito à dignidade o princípio norteador que legitima todo o ordenamento jurídico de defesa da personalidade, em que o indivíduo é base e a finalidade fundamental sociedade, do Estado e de todo o ordenamento.

Há uma série de dispositivos que tem por finalidade dar efeito prático à personalidade, pois sem esses, não haveria possibilidade da própria existência da pessoa humana. São assim conceituados como direitos da personalidade, e apresentam um duplo entendimento, um de natureza jusnaturalista e outro positivista.

De acordo com Sandra Lia Simón “para os jusnaturalistas, trata-se de direitos

inerentes à pessoa humana”⁵⁶. Luiz da Cunha Gonçalves “identifica-os como os

supremos direitos do homem, inerentes à sua própria natureza”⁵⁷.

Conforme Maria Helena Diniz “os direitos da personalidade são direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada

pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta”⁵⁸.

Já os positivistas, entendem que os direitos da personalidade são os que dão maior suporte e fortalecimento à pessoa humana, pois admitem que são eles que

garantem uma situação mínima de subsistência⁵⁹.

Não será fruto de grande relevância as correntes apresentadas, jusnaturalista *versus* positivistas, e da qual será sustentada como majoritária, pois independente do caminho a ser sustentado o que deve ter como primordial nos direitos da personalidade

é o de proteger em qualquer hipótese a dignidade da pessoa humana⁶⁰.

O direito da personalidade é o instituto pelo qual a pessoa detém para garantir o que lhe é inerente, como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade e outros mais. Os direitos da personalidade são absolutos, por serem *erga omnes*, ou seja, contra todos, direito que se opõe a todos. São extrapatrimoniais, pela impossibilidade de valoração econômica. São intransmissíveis, não podendo ser transferidos para outros, é inseparável do seu titular. São em regras indisponíveis, mas sofre uma mitigação em virtude do trabalho, quando o titular oferece sua imagem ou de forma generosa, quando o indivíduo doa órgãos ou parte deles. São irrenunciáveis, pois são impossíveis de serem eliminados pelo seu titular. São impenhoráveis e imprescritíveis, não podendo ser penhorado e muito menos perdidos pelo seu desuso. São necessários e inexpropriáveis, pois após a sua aquisição na concepção, não será separado do indivíduo enquanto ele viver, mesmo assim após a morte do indivíduo o direito permanece, fruto do respeito à imagem do *de cuius*. E também são ilimitados por

não ser possível vislumbrar a quantidade taxativa de direitos da personalidade⁶¹.

É de elevada importância a discussão dos direitos da personalidade, e o ordenamento civil mesmo tendo atribuído um capítulo, teve pouca amplitude ao abarcar um tema de relevada importância. O que se vislumbra é o receio de não deixar de tutelar os direitos à pessoa e aqueles constitucionalmente previstos por meio de uma enumeração exaustiva.

Dessa forma um dos direitos da personalidade previsto e protegido na Constituição Federal e no Código Civil de 2002 é atinente à intimidade e a privacidade.

A Constituição Federal estabelece no artigo 5º inciso X que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O Código Civil de 2002 preceitua no artigo 21 que “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

No âmbito da língua portuguesa, os vocábulos intimidade e privacidade são

considerados sinônimos⁶², mas a Constituição Federal faz distinção entre os dois vocábulos sem conceituá-los.

Primeiramente antes de adentrar ao estudo da privacidade e intimidade como direito da personalidade, é necessário verificar o posicionamento dos doutrinadores, quanto ao conceito dos referidos vocábulos.

Para José Afonso da Silva “...preferimos usar a expressão “direito à privacidade”, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera

íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou”⁶³.

Conforme Floriano Barbosa Junior:

O direito à privacidade seria um modo de vida consubstanciado num conjunto de informações pessoais que estão excluídas do conhecimento alheio, enquanto que a intimidade integraria a esfera íntima do indivíduo, sendo o repositório dos segredos e particulares, cuja mínima publicidade poderá

constranger⁶⁴.

Para Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, entendem privacidade “como os níveis de relacionamento interindividuais que os interessados desejam manter ocultos ao público” e por intimidade como “um espaço que o titular

deseja manter impenetrável mesmo aos mais próximos”⁶⁵.

Conforme Maria Helena Diniz:

A privacidade não se confunde com a intimidade, mas esta pode incluir-se naquela. Por isso a tratamos de modo diverso, apesar de a privacidade voltar-se a aspectos externos da existência humana – como recolhimento na própria residência sem ser molestado, escolha do modo de viver, hábitos, comunicação via epistolar ou telefônica etc. – e a intimidade dizer respeito a aspectos internos do viver da pessoa, como segredo pessoal, relacionamento amoroso,

situação de pudor etc⁶⁶.

Dessa forma se verifica uma sintonia entre os autores no que tange ao vocábulo privacidade e intimidade, pois mesmo havendo defensores que sustentam tratar de um mesmo instituto, e também, a própria língua portuguesa conferir um status de sinonímia, o legislador, fruto do poder constituinte originário, ao elaborar a Constituição Federal de 1988, quis dar tratamento diverso com intuito de garantir com veemência uma maior proteção ao indivíduo. Tanto na seara do seu direito de segredo, ou seja, seu conteúdo de desejo, preferências, sentimentos que não deseja que seja conhecido por ninguém, quanto no relacionamento mais amplo, ou seja, aquele que envolve seu relacionamento no trabalho, com amigos, familiares, e que não se quer sejam de conhecimento público.

A evolução inerente ao direito de intimidade e privacidade se inicia no momento em que os indivíduos perceberam a sua necessidade. Era a princípio considerado como origem do direito de propriedade.

Conforme afirma José Luiz Concepción Rodriguez:

A intimidade aparece ligada ao direito de propriedade, como reivindicação da burguesia por livre disposição da vida privada. Nesse contexto, essa aspiração não passava de mera consequência da orientação personalista do Estado Liberal, posto que naturalmente não tinha por objetivo alcançar todos os

indivíduos, mas apenas consagrar os privilégios de uma classe⁶⁷.

Também se pode confirmar os vestígios da intimidade na história, em virtude da influência da filosofia, através de seus pensadores Heródoto, Péricles e Platão que naquela época já eram receptivos com o ideal de privacidade. Aristóteles vislumbra com muita perspicácia o liame entre liberdade e intimidade, pois a intimidade para ele seria um desdobramento da liberdade. Contribui também para comprovar as convicções desse instituto naquela época, a própria existência da origem do termo latino de

reconhecimento⁶⁸.

Já no Cristianismo a idéia de intimidade se torna mais concreta em virtude da influência das obras de Santo Agostinho firmando como idéia central. Com a influência da Revolução Francesa na seara da liberdade do indivíduo e outros movimentos advindos de sua inspiração, o direito à intimidade foi ganhando espaço e se projetando de forma incisiva.

A idéia de liberdade do indivíduo prepondera, no momento da idade moderna em que se limita o poder governamental em prol da dignidade da pessoa humana. Houve então um momento, em que foi considerado o marco da concretização desse instituto e que posteriormente ganharia sustentáculo para discussões teóricas acerca do tema.

Sandra Lia Simón, aponta o momento crucial de amadurecimento dessa concepção:

A doutrina não contesta que a primeira grande formulação do direito à intimidade foi feita num artigo elaborado por Samuel Warren e Louis Brandeis, intitulado "The right fo privacy", publicado na edição de 15 de dezembro de 1890, da revista de Harvard Law review. De fato, essa obra é um clássico da literatura jurídica, que muito influenciou e ainda influencia os estudiosos do assunto. Nela o direito à intimidade foi colocado em destaque e dissociado da noção simplista de propriedade privada, consubstanciada no contorno do "castelo". Com isso, foram traçados os primeiros parâmetros da sua configuração moderna, em que esse direito se relaciona à inviolabilidade da

personalidade humana e constitui um pressuposto da liberdade individual⁶⁹.

Ao final do século XIX, o direito à intimidade abandona a concepção do liberalismo, fazendo com que deixe de ser considerado um direito de autonomia individual e passe a fazer parte do direito da personalidade, fundamentado na liberdade individual.

O primeiro dispositivo internacional que divulgou a privacidade como direito fundamental, ocorreu em 2 de maio de 1948 com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

A Constituição Portuguesa, promulgada em 2 de abril de 1976 e revisada em 1982, também faz alusão ao instituto do direito à intimidade e preceitua no seu artigo 26 que “1. A todos são reconhecidos o direito à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem e à reserva da intimidade da vida privada e familiar. 2. A lei estabelecerá garantias efetivas contra a utilização abusiva, ou

contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e às famílias”⁷⁰.

Também a Constituição Espanhola promulgada em 1978 no seu artigo 18.1, preceitua a proteção da intimidade no seguinte termo: “1. É garantido o direito à honra,

à intimidade pessoal e familiar e a própria imagem⁷¹.

No Brasil o direito à privacidade e intimidade só foi inserido expressamente no texto constitucional em 1988. Antes havia dispositivos que tratava indiretamente desses institutos, tal como a vedação de violação de correspondência.

Assim era a Constituição do Império de 1824, que assegura no artigo 179 inciso VII e XXVII, a inviolabilidade de domicílio e correspondência. Em 1891, a Constituição da República, mantém o dispositivo que assegura a inviolabilidade de domicílio e de correspondência, preceituado no artigo 72 parágrafos 11 e 18. A Constituição de 1934 e 1937 não apresentaram grandes mudanças nos dispositivos, mas abriram margens

para uma proteção mais ampla do direito à intimidade e a vida privada⁷².

Em 1946 a Constituição seguiu os mesmos dispositivos anteriores que asseguravam a inviolabilidade de domicílio e de correspondência, mas incluiu no caput do artigo 141 pela primeira vez a proteção dos direitos da vida. A Constituição de 1967

mantém o mesmo enunciado da Constituição de 1946⁷³.

Portanto, é indiscutível que a mais ampla proteção constitucional do direito à intimidade do Brasil foi trazida pelo artigo 5º inciso X da Constituição de 1988. Já o Código Civil de 2002, estabelece a referida proteção no artigo 21. Logo qualquer ato arbitrário que invadir a intimidade, privacidade do indivíduo será passível de indenização pecuniária para reparar o dano material ou moral que foi causado. O direito à intimidade e privacidade deve ter como fundamento maior a proteção da pessoa humana, que é inerente à todos.

4.3 Revista Íntima

De acordo com a doutrina, o empregador no uso de suas atribuições à frente de sua empresa, tem a prerrogativa de fiscalizar o seu empreendimento com intuito de proteger o seu patrimônio. Essa prerrogativa decorre do poder de controle do empregador, conforme mencionado alhures.

É nesse âmbito do poder diretivo que se apresenta uma das formas de manifestação do poder de controle, que é a revistas nos empregados, como forma de fiscalização. No Brasil, apesar da Constituição Federal proteger a intimidade, até o final dos anos 80, não havia nenhum dispositivo que vedasse as revistas íntimas.

Sendo assim, sempre houve a prática costumeira de revista pessoal dentro de empresas destinada à produção de vestuário e medicamentos, com o fundamento de admitir a facilidade no extravio das mercadorias em virtude do seu tamanho e mobilidade.

Entretanto, por volta dos anos 90, começaram surgir manifestações perante o poder judiciário com o intuito de contestar essa prerrogativa do poder de controle e assim, exigir que esses danos morais fossem indenizados.

No município de Belo Horizonte, capital do Estado de Minas Gerais, a Lei n. 7451/98, conceitua o que é considerado como revista íntima: “considera revistas íntimas, a coerção para se despir ou a prática de qualquer ato de molestamento físico

que exponha o corpo” e impõe que o descumprimento dessa obrigação de não fazer acarreta ao infrator desde uma simples advertência até a cassação do alvará de

funcionamento⁷⁴.

No mesmo sentido o município de Vitória, capital do Estado do Espírito Santo, na Lei n. 4.603 de março de 1998, veda a prática de revistas íntimas, tanto nas empresas privadas, quanto em órgãos da administração pública direta e indireta, com penalidades

semelhantes a Lei do município de Belo Horizonte⁷⁵.

Em 1999 pela Lei 9.799 foi acrescentado na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o artigo 373-A no capítulo III, Da Proteção do Trabalho da Mulher, que assim dispõe:

“Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificações estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: VI – proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.”

Apesar da norma se dirigir apenas às mulheres, o entendimento sobre o assunto no sentido do Enunciado 15 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, é para aplicação da vedação entre ambos os sexos, tendo por escopo a aplicação do princípio da igualdade, conforme preceitua a Constituição Federal no artigo 5º inciso I que: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Dessa forma, qualquer modalidade de revista que viole a intimidade do empregado será vedada, em razão do princípio maior que paira a relação empregatícia e deve prevalecer sob todas as formas, que é o princípio da dignidade da pessoa humana. Aquela, sem o intuito de expor o empregado poderá ser permitida, desde que os empregados tenham ciência destas práticas e da sua forma de realização, e que também não coloque o empregado em condições vexatórias.

Conforme sinaliza João de Lima Teixeira Filho:

Que considera a revista legítima, desde que obedecidos os seguintes limites: a) deve ter a finalidade de evitar a subtração de bens; b) ser realizada com discrição; c) ter abrangência à generalidade dos trabalhadores ou a um grupo determinado; d) não transparecer denúncia contra o revistado; e) ser realizada por pessoas do mesmo sexo; e f) não chegar à exposição da nudez ou posição

vexatórias⁷⁶.

E também, a revista pessoal só será legítima quando não houver outro meio de controle pelo qual o empregador possa atingir o mesmo objetivo, sob pena de estar abusando do seu poder e ultrapassando os limites da intimidade, privacidade e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim aduz Alice Monteiro de Barros, que não contempla a revista quando for “por comodismo do empregador para defender seu patrimônio, mas quando constitua o

último recurso para satisfazer seu interesse, à falta de outras medidas preventivas”⁷⁷.

Uma das características da relação empregatícia é a confiança, e se esta, por alguma circunstância deixa de existir a culpa será do empregador. Não pela proteção ao empregado hipossuficiente, mas sim pelas figuras do *culpa in vigilando* e da *culpa in eligendo*, e também pelo risco assumido pelo empregador em qualquer tipo de atividade econômica.

Outra corrente sustenta de forma contrária à doutrina e sustenta com veemência a vedação a qualquer tipo de revista, pois afirma que os valores de proteção da pessoa humana devem prevalecer sob qualquer hipótese proteção privada.

É o que pontua Sandra Lia Simón:

Nesse sentido, é possível afirmar que a prática da revista desrespeita o princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, inciso LVII. Ademais, se aos acusados são assegurados o contraditório e a ampla defesa, nos termos do art.5º, inciso LV, como excluir da incidência desse dispositivo os simples

“suspeitos”^{78?}

Também há flagrante desrespeito ao princípio da igualdade que é fundamento próprio do Estado Democrático e que ostenta posição de relevância no ordenamento constitucional brasileiro e na história constitucional alienígena. Conforme se depreende dos termos que se inseriram no artigo I, da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (EUA), em 16.6.76 e que foram considerado como o nascimento dos direitos humanos na história:

Todos os seres humanos são pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens como de procurar e obter a

felicidade e a segurança⁷⁹.

Esse abuso visível do poder diretivo do empregador é sustentado pela característica da subordinação na relação emprego, mas, essa característica não legitima a violação de direitos constitucionais. E ainda o que se deve aplicar na interpretação trabalhista é o princípio da proteção, garantindo assim a possibilidade de tornar juridicamente iguais os indivíduos desiguais em uma relação contratual.

Outra indagação que se pode vislumbrar, por meio da intenção de legitimar a revista pessoal como prerrogativa do poder de controle do empregador é que a fiscalização de rotina, sem indícios de crime, não cabe ao empregador e sim ao Estado, pois é função da polícia investigar e coibir possíveis furtos.

Nesse entendimento, Sandra Lia Simón aduz que “Retira-se, ainda, do Estado a exclusividade da função policial, que tem por objetivo preservar o bem “segurança pública” (art.144). O “poder de revistar” é típica função da polícia e, se é exercido pelo

empregador, assume característica de “polícia privada”⁸⁰.

Sendo assim, é possível verificar que qualquer forma de revista não encontra amparo no poder diretivo do empregador, em virtude de confrontar com direitos constitucionais que devem ser respeitados, pois foram frutos de várias batalhas para serem conquistados.

A questão é polêmica e oscila em aceitar as revistas como lícitas ou não. Os que aceitam a revista como lícitas, sustentam que essa só será permitida quando comprovado o esforço do empregador em adquirir outros meios de proteção ao patrimônio e que por alguma circunstância não obteve êxito. Havendo assim, uma necessidade específica para legitimar tal conduta.

Os que defendem a vedação de qualquer tipo de revista sustentam que a evolução do mundo contemporâneo oferece outros meios para a proteção do patrimônio do empregador que não invada a intimidade e privacidade do empregado, pois os valores sociais são hierarquizados e o princípio da dignidade da pessoa humana, não colide com o da defesa de qualquer tipo de patrimônio.

Conforme Sandra Lia Simón “Nesse contexto, é possível afirmar que a revista não encontra fundamento no poder de direção do empregador (direito de propriedade),

por afrontar vários outros direitos constitucionalmente assegurados”⁸¹.

Outra forma de revista íntima que viola a intimidade do empregado são aquelas oriundas de inspeções em armários e objetos destinados aos empregados no interior da empresa, pois a partir do momento que o empregador oferece um lugar destinado a guarda de objetos de uso pessoal, ele estará obrigado a respeitar a intimidade.

Segundo Alice Monteiro de Barros:

A regra é a inviolabilidade desses bens e locais, a fim de proteger a intimidade do trabalhador. A revista só deve ser admitida, excepcionalmente, para salvaguardar o patrimônio do empregador e para garantir a segurança dos demais trabalhadores. Nessas hipóteses, os requisitos a serem observados são os mesmos: imprescindibilidade para proteção da propriedade, realização ao final do expediente, com sistema de seleção automática e a anuência (ou

acompanhamento) da representação dos trabalhadores⁸².

Por outro lado, há entendimento de que esses atos só se legitimariam se fossem verificados os estados de flagrância ou diante de autoria sob a observação policial, jamais em condições corriqueiras ou cotidianas. Não há como legitimar esses atos ao empregador, pois os bens dos cidadãos só poderão ser inspecionados com a sua anuência, não aplicando assim, o consentimento em virtude do aspecto da subordinação, pois esse evidenciaria vício de consentimento.

Em verdade o empregado passa no mínimo um terço do dia no local de trabalho, e por isso tem a necessidade de ter um espaço guardar seus objetos particulares, sendo esta então, uma forma de relativização do direito de propriedade do empregador, quando cede o espaço ao empregado. Podendo tal situação, ser equiparada ao direito de propriedade do locador que não pode entrar no imóvel locado, sem a autorização do locatário.

Portanto, para que a relação de trabalho seja considerada saudável e apta a produzir resultados positivos tanto para o empregador quanto para o empregado, esta deve ser caracterizada pelo bem-estar, na qual esteja respeitado o direito social e da dignidade da pessoa humana. Estando esses valores hierarquizados, a dignidade humana deverá ocupar o degrau mais elevado.

Para que isso ocorra, deverá ser destinado um elo de confiança total aos empregados, deixando-os livres de qualquer forma de ingerência constrangedora fiscalizatória, no seu corpo, ou em seus pertences, pois deve pairar a presunção de inocência e a honestidade do empregado.

4.4 Previsão Legal Estrangeira

A constituição espanhola estabelece o respeito à dignidade da pessoa humana, e diante da influência, o estatuto dispõe sobre as revistas efetuadas nos empregados, em seus pertences e em espaços particulares.

De acordo com Sandra Lia Simón:

Na Espanha, o art.18 do Estatuto do Trabalhador estipula que só poderão ser feitas revistas sobre a pessoa do trabalhador, em seus armários e pertences,

quando sejam necessárias para a proteção do patrimônio empresarial e dos demais trabalhadores da empresa, dentro do centro de trabalho e durante o horário de trabalho. Na sua realização se respeitará ao máximo a dignidade e a intimidade do trabalhador e se contará com a assistência de um representante legal dos trabalhadores ou, na ausência no centro de trabalho, de outro

trabalhador da empresa, sempre que possível⁸³.

Também há dispositivo legal na Itália conforme preceitua o artigo 6º do Estatuto do Trabalhador, que somente sejam permitidas as revistas, quando não houver outra forma específica de fiscalização no caso concreto, com exemplo, seria o de indícios de subtração e ocultação de materiais inerentes à atividade do empregador. Quando permitida a forma de revista deve obedecer algumas regras, como a realização na saída do local laboral e por meio de um sistema que seleciona automaticamente. Deve haver um acordo com a classe representante dos empregados com intuito de preservar a sua intimidade, e que sejam estabelecidos regras de revistas entre empregadores,

comissões internas e entidades sindicais⁸⁴.

Na França, o judiciário condena a revista vexatória ou aquela realizada por pessoa de outro sexo, mas autoriza que se faça inspeção no local destinado a guarda de objetos pessoais dos empregados, desde que seja feita na sua presença. Há tempos, eram autorizadas revistas corporais por pessoas do mesmo sexo, mas desde 1982 a legislação francesa vedou ao empregador qualquer tipo de restrição do

empregado que não tenha por escopo um objetivo procurado⁸⁵.

Na China, desde abril de 1992, o ordenamento trabalhista chinês, veda após declarar a liberdade inviolável da mulher no que tange ao seu direito e interesse, que ela seja submetida a revistas físicas ilícitas. No mesmo entendimento a Argentina, a lei do Contrato de Trabalho n. 20.744, no art 70, prevê que o controle dos empregados devem ser feitos de modo que não seja agredida a sua dignidade e por meio de sorteio. Será feita a fiscalização por pessoa do mesmo sexo e de acordo com a anuência da autoridade que fiscaliza o ordenamento trabalhista, numa eventual apuração de

desrespeito à dignidade da pessoa humana⁸⁶.

No Canadá o ordenamento não estabelece o controle durante a jornada de trabalho, somente são permitidas aquelas destinadas a coibir ou prevenir furtos e desde que amparados na forma da legislação normativa específica autônoma e com base nos costumes. As revistas consistem em visualização pessoal ou nos objetos pessoais, inspeções apalpando-se as vestimentas dos empregados sempre que com o intuito de evitar furtos, garantir a segurança, com o objetivo de utilizar método razoável,

sistemático e não discriminatório⁸⁷.

5 CONCLUSÃO

Em qualquer relação que se tenha por destinatário pessoas ou grupos sociais, o fenômeno do poder figura como elemento circundante dessas relações, que apresentam suas bases, tanto de forma individual como numa forma mais ampla apresentada pela política, ideologia, economia e também na relação empregatícia.

É na relação empregatícia que o fundamento do poder diretivo passou por diversas teorias, até chegar na teoria contratualista que é o hoje, a que tem maior relevância na seara da relação empregatícia e que melhor traduz a fundamentação

jurídica de poder, já que também abarca na seara do Direito do Trabalho a ingerência da vontade coletiva com o intuito de melhores condições de trabalho, pois se tornaria extremamente insatisfatória caso estabelecesse a forma tradicional civilista de contrato bilateral.

No que diz respeito à natureza jurídica do poder diretivo, todas as concepções tradicionais caracterizavam pela sua essência unilateral e assimétrica entre os sujeitos empregatícios, pois não demonstravam um mínimo de avanço no processo de democratização no interior das empresas.

Somente a concepção contemporânea do poder como relação jurídica contratual complexa, que emerge como a única capaz de acompanhar a evolução necessária que não teve as concepções tradicionais, agregando o moderno sistema de democratização interna.

Não há no ordenamento um conceito do poder diretivo do empregador, cabendo aos doutrinadores a incumbência de fazê-lo. Para doutrina o poder diretivo do empregador é o conjunto de prerrogativas decorrentes do contrato de trabalho, por meio do qual manifesta-se mediante três formas, o poder de organização, o poder de controle sobre o trabalho e o poder disciplinar sobre o empregado, amparado pela aplicação do artigo 2º caput da CLT.

Esse poder diretivo do empregador não é absoluto, e sofre limitações quando aplicado em desacordo com a boa-fé, bom costumes e com a finalidade social. É nesse contexto que a teoria do abuso do direito apresenta sua elevada relevância na seara de todo o conhecimento jurídico.

Aquele poder absoluto do indivíduo com objetivo de lesionar terceiros sem benefício próprio, foi superado pela relativização dos direitos subjetivos. Prevalecendo por um período o abuso do direito, naquele exercício do direito praticado pelo indivíduo que esteja nos ditames impostos pela lei, mas, tinha como *animus* lesionar terceiros.

Posteriormente, somente a intenção do agente em causar lesão deixou de ser primordial na caracterização do abuso, tendo plena relevância a função ou finalidade socioeconômica de cada direito, ou seja, o ato em desacordo com os valores éticos, sociais, econômicos. Mesmo que o ordenamento civil de 1916 não tenha previsto expressamente o abuso do direito, o mesmo foi reconhecido por meio de vias indiretas

no artigo 160 inciso I, pois se o legislador confere garantia ao exercício regular de um direito, *a contrario sensu*, os atos praticados no exercício irregular de um direito são considerados ilícitos. E as relevantes divergências entre ato abusivo e ato ilícito, resultaram na sua união com a responsabilização de quem as pratica.

Também a dificuldade de valorar se o direito foi ou não exercido conforme preceitua lei, foi remetido ao dispositivo que dispõe que o juiz atenderá na aplicação do direito às exigências sociais do bem comum. Assim naquele momento a identificação do ato abusivo, não restringia somente a intenção de lesionar, mas o exercício fora dos fins sociais previstos pela lei, evidenciando a influência da teoria objetiva.

Após a previsão expressa em 2002 a teoria do abuso do direito teve sua interpretação norteada com base na ética, na sociabilidade e na operabilidade. Sua ocorrência se legitima num exercício anormal de um direito, inobservando a boa-fé, os bons costumes, a finalidade social e econômica.

Dessa forma a teoria do abuso do direito contribui para relativização dos direitos do indivíduo, evitando que o seu exercício desordenado influencie no bem-estar das relações jurídicas, causando um desajuste nos valores sociais que fundamentam a vida em sociedade.

E nesse contexto, qualquer forma de poder diretivo apresentado, deverá estar em consonância com os valores sociais, com o respeito à dignidade da pessoa humana, pois é esse que ilumina todos os demais princípios e se coloca como núcleo de base de todo e qualquer ordenamento jurídico, é este o fio condutor entre empregado e empregador, atuando como equilíbrio na ponderação entre os direitos fundamentais em colisão, de modo que as atitudes do empregador deverá ser aquela que se coadune como os anseios da dignidade humana.

A privacidade e a intimidade é uma característica inerente ao indivíduo e fundamenta os direitos de sua existência classificados como personalíssimos, devendo preceder em importância, qualquer outro, pois os direitos da personalidade são absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, em regra indisponíveis, irrenunciáveis, impenhoráveis, inexpropriáveis e ilimitados, o que corrobora na assertiva de que nada é mais importante para o direito que a dignidade do ser humano.

Portanto, o empregador no uso de suas atribuições de poder de controle, não

tem a prerrogativa de revista íntima ou qualquer outra que invada o direito à intimidade e privacidade do empregado, sob o fundamento de proteção do patrimônio, pois a evolução tecnológica, já possui diversos meios de proteção da propriedade que não invada a seara da intimidade e privacidade do empregado.

A presença do empregado no interior da empresa, numa posição de subordinação padece de condições adequadas que lhe permitam insurgir contra as agressões a sua intimidade e, em virtude disso qualquer prática de violação deve ser vedada.

A relação empregatícia não lhe retira os direitos da personalidade, cujo exercício é amparado pela liberdade e deve abarcar a confiança, a honestidade e a presunção de inocência do empregado, pois no vértice axiológico deverá prevalecer o respeito à dignidade da pessoa humana.

Não cabe ao empregador a fiscalização rotineira como presunção de furto, quando esse não estiver em estado de flagrância, pois esta atividade é inerente ao Estado, que detém o poder de polícia.

Outro o argumento daqueles que entendem serem lícitas as revistas quando não forem vexatórias, apenas transferiram a dúvida da interpretação que demonstra, se há, ou não invasão da privacidade ou intimidade, pois para um indivíduo que tenha um porte atlético levantar a camisa, não seria constrangedor, agora para outro que não está em mesma condições, levantar a camisa seria um exposição indesejável e constrangedora perante aos demais.

Não há direito de propriedade, poder diretivo ou qualquer outra espécie de direito que justifique, ao empregador desprezar os direitos fundamentais dos empregados, pois permitir ao detentor do capital o direito de proceder revista no corpo do empregado e em seus pertences, é trazer à baila a triste herança escravagista que não podemos mais tolerar, num Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Introdução ao Direito Civil**: 7edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARBOSA JUNIOR, Floriano. **Direito à Intimidade como Direito Fundamental e Humano na Relação de Emprego**: são Paulo: Ltr, 2008.

-
- ⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos: 3 edição. São Paulo: Saraiva, 2003 p. 20-21. *apud* MURARI, Marlon Marcelo. Limites Constitucionais ao Poder de Direção do Empregador e os Direitos Fundamentais do Empregado: São Paulo: Ltr, 2008. p. 33.
- ⁴¹ B, Freitag. A Questão da Moralidade: da razão prática de Kant à ética discursiva de Habermas, in Tempo Social: São Paulo: Revista de Sociologia USP 2 sem, 1989. p. 10. *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de.(Coord.). Op. cit. p. 12.
- ⁴² Ibid. p.13.
- ⁴³ Ibid. p.14.
- ⁴⁴ Ibid. p. 14.
- ⁴⁵ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional: 17 edição. São Paulo: Atlas, 2005. p. 16.
- ⁴⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de.(Coord.). Op. cit. p. 15.
- ⁴⁷ Loc. cit.
- ⁴⁸ Ibid. p.17.
- ⁴⁹ FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil: Rio de Janeiro: Renovar, 2000.p.283 *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de.(Coord.). Op. cit. p.19.
- ⁵⁰ Ibid. p. 20.
- ⁵¹ SANTOS, Boaventura de Souza. As Tensões da Modernidade: Revista do Programa Avançado Cultural Contemporâneo. p.12 *apud* Ibid. p. 27.
- ⁵² PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*: 2 edição.Napoli: ESI, 1982 *apud* Ibid. p. 42.
- ⁵³ Ibid. p.45.
- ⁵⁴ Ibid. p.48.
- ⁵⁵ Ibid. p.50.
- ⁵⁶ SIMÓN, Sandra Lia. A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado: São Paulo: Ltr, 2000. p. 61.
- ⁵⁷ GONÇALVES, Luiz da Cunha. Tratado de Direito Civil, em Comentários ao Código Civil Português: p.309 *apud* SIMÓN, Sandra Lia. Op. cit. p. 61.
- ⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil: 24 edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 118.
- ⁵⁹ SIMÓN,Sandra Lia . Op. cit. p. 62.
- ⁶⁰ Ibid. p. 62.
- ⁶¹ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 119.
- ⁶² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI. Rio de janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- ⁶³ SILVA. José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição: 5 edição. São Paulo: Malheiros, 2008. p.100.
- ⁶⁴ BARBOSA JUNIOR, Floriano. Direito à Intimidade como Direito Fundamental e Humano na Relação de Emprego: são Paulo: Ltr, 2008. p. 60.
- ⁶⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional: 9 edição. rev. e atual: São Paulo: Saraiva, 2005 *apud* MURARI, Marlon Marcelo. Op. cit. p. 113.
- ⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 132.
- ⁶⁷ CONCEPCIÓN RODRIGUEZ, José Luis. Honor, intimidad e imagen: um análisis jurisprudencial de la L.O: Barcelona: Bosch,1996 p.18-21. *apud* SIMÓN,Sandra Lia . Op. cit. p. 71.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Abuso do Direito**, Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Ed. RT,2007.

BRASIL. Decreto-Lei 5.452, 1º de maio de 1943, aprova a **Consolidação das Leis do Trabalho**. Ed. RT,2007.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Ed. Manole 2004.

CARPENA, Heloísa. **Abuso de Direito nos Contratos de Consumo**: Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Delgado. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**: 6 edição. São Paulo: Ltr, 2007.

⁶⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho: São Paulo: Ltr, 2005, p.19 *apud* BARBOSA JUNIOR, Floriano. Op. cit. p. 61.

⁶⁹ SIMÓN, Sandra Lia . Op. cit. p. 73.

⁷⁰ *Ibid.* p. 93.

⁷¹ *Ibid.* p. 91.

⁷² *Ibid.* p. 97.

⁷³ *Loc. cit.*

⁷⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Ltr, 2005. p. 556-557.

⁷⁵ *Loc. cit.*

⁷⁶ FILHO, João de Lima Teixeira. 2005 p. 646 *apud* MURARI, Marlon Marcelo. Op. cit. p. 115.

⁷⁷ BARROS, Alice Monteiro. 1997. p. 74 *apud* MURARI, Marlon Marcelo. *Loc. cit.*

⁷⁸ SIMÓN, Sandra Lia . Op. cit. p.148.

⁷⁹ BARBOSA JUNIOR, Floriano. Op. cit. p. 37.

⁸⁰ SIMÓN, Sandra Lia. Op. cit. p.148.

⁸¹ *Ibid.* p.149.

⁸² BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à Intimidade do Empregado: São Paulo: Ltr, 1997, p. 77-78 *apud* SIMÓN, Sandra Lia. Op. cit. p.149.

⁸³ *Ibid.* p. 145.

⁸⁴ *Ibid.* p. 146.

⁸⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit. p. 564-565.

⁸⁶ *Loc. cit.*

⁸⁷ *Loc. cit.*

_____. **O Poder Empregaticio**: São Paulo: Ltr, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**: 24 edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**: 6 edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Abuso do Direito**: Revista Forense.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**: 17 edição. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de.(Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MURARI, Marlon Marcelo. **Limites Constitucionais ao Poder de Direção do Empregador e os Direitos Fundamentais do Empregado**: São Paulo: Ltr,2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**: 23 edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Iniciação ao Direito do Trabalho**: 33 edição. São Paulo: Ltr, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: 21 edição. Rio de Janeiro: Forence, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** v.4: Responsabilidade Civil.20 ed. rev. atual. de acordo com novo Código Civil. Lei 10.406 de 10-1-2002. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROMITA, Arion Sayão. **O Poder Disciplinar do Empregador**: Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**: 5 edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

SIMÓN, Sandra Lia. **A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado**: São Paulo: Ltr, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil**: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional: 2edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: 4 edição. São Paulo: Atlas, 2004.