

MILCA MICHELI CERQUEIRA LEITE

**TUTELA DA PERSONALIDADE E O DIREITO FUNDAMENTAL À
LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO TRABALHADOR: QUANDO
TRABALHAR É EXPRESSAR-SE**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Cidadania do Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia.

Orientadora: Prof^a. Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro

**CURITIBA
2017**

TERMO DE APROVAÇÃO

MILCA MICHELI CERQUEIRA LEITE

DIREITO FUNDAMENTAL DA PERSONALIDADE À LIBERDADE DE
EXPRESSÃO DO TRABALHADOR

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Programa em Direitos Fundamentais e Democracia do Programa de Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Prof^ª. Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro

Componentes:

Prof. Dr. Luiz Eduardo Gunther

Prof^ª. Dra. Laura Jane Ribeiro Garbini Both

Prof. Dr. Leonardo Vieira Wandelli

Curitiba, 2017.

A Deus, razão de tudo.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de agradecer a minha orientadora, professora Rosalice Fidalgo Pinheiro, pela acolhida nessa trajetória final, pelas observações preciosas e diligentes. Também agradeço ao professor Leonardo Vieira Wandelli, pelos seus generosos ensinamentos, seu aporte e dedicação no decorrer dessa pesquisa.

Igualmente agradeço ao professor Wilson Ramos Filho, que em uma tarde ensolarada, me entregou seu livro e me disse: “Estude. Quero te ver mestre!”; por me inspirar no debate do “Direito Capitalista do Trabalho” com tanta convicção e força nas palavras, por ter me honrado abrindo portas para além do que eu esperava.

Igualmente minha gratidão ao professor Luiz Eduardo Gunther, que através da sua brilhante pesquisa sobre a personalidade humana, me desafiou a expressar-me agora; por suas observações valiosas e pelo encorajamento.

Agradeço a professora Laura Garbini Both, por quem tenho grande afeto, pelo incentivo no tema de pesquisa e pela esperança que sempre fez brotar em meu coração. Igualmente meu agradecimento aos demais professores do Mestrado da UniBrasil, referenciais acadêmicos e de construção.

Ao meu amor Cleber, que traz sentido aos meus dias, a quem renunciei tantos momentos, pelas incontáveis vezes compreendeu minha ausência e apenas pode contar com a companhia leal dos nossos gatos Lex, Lois, Oliver, Clhoe e Lara.

Aos meus avôs que desde criança embalaram meus sonhos. Meu avô Lupércio Cerqueira Leite, pelas histórias que me contava e pelos valores semeados em meu coração e que partiu tão cedo; ao meu avô Belizário Alves Cândido, um lutador das causas sociais, que nos deixou sem se despedir, tão de repente, perto da linha de chegada dessa caminhada e que não poderá me abraçar agora.

À minha família, pela compreensão e amor, em especial à minha primeira professora, minha mãe.

A Deus, pelo seu incomparável cuidado.

Ela é tão livre que um dia será presa.

- Presa por quê?

- Por excesso de liberdade.

- Mas essa liberdade é inocente?

- É. Até mesmo ingênua.

- Então por que a prisão?

- Porque a liberdade ofende.

Clarice Lispector

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPITULO 1. O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO TRABALHADOR	14
1.1 A liberdade de expressão como direito da personalidade	14
1.2 Liberdade de expressão como direito humano e fundamental.....	35
1.3 O direito à liberdade de expressão do trabalhador e sua casuística ..	47
CAPITULO 2. O DIREITO FUNDAMENTAL DA PERSONALIDADE À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A CENTRALIDADE DO TRABALHO.....	73
2.1 O direito ao trabalho e a centralidade do trabalho.....	73
2.2 Trabalho, Identidade e Reconhecimento: quando trabalhar é expressar-se	99
2.3 A liberdade de expressão como elemento da personalidade do trabalhador.....	109
CAPITULO 3. A TUTELA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO TRABALHADOR NA EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO	117
3.1 Eficácia do direito fundamental à liberdade de expressão no contrato de trabalho	117
3.2 O direito fundamental à liberdade de expressão do trabalhador e o poder diretivo do empregador no contrato de trabalho.....	124
3.3 A irrenunciabilidade do direito à liberdade de expressão do trabalhador no contrato de trabalho.....	142
3.4 A relativização do direito de despedida em face da liberdade de expressão do trabalhador.....	149
CONSIDERAÇÕES FINAIS	157
BIBLIOGRAFIA	159

RESUMO

A presente investigação traz uma reflexão sobre a tutela do direito fundamental à liberdade de expressão do trabalhador em sua relação privada do contrato de trabalho, propondo uma meditação sobre o direito ao conteúdo do trabalho. Considerando que o trabalho tem papel importante na construção da identidade e no desenvolvimento da personalidade do trabalhador, propõe uma análise da liberdade de expressão do mesmo como elemento da sua personalidade, refletindo se a despedida poderia ferir direito irrenunciável à sua liberdade.

Palavras Chave: Personalidade; Desenvolvimento da personalidade; Liberdade de expressão; Direito ao trabalho.

RESUMEN

Esta investigación se presenta una reflexión sobre el acto de despido, si eso podría ser una violación de la libertad de expresión del trabajador proponiendo una reflexión sobre el contenido del trabajo, en oposición a la libertad. Ademais, considerando que el trabajo tiene un papel importante en la construcción de la identidad y en el desarrollo de la personalidad del trabajador, propone un análisis de la libertad de expresión del mismo como elemento de su personalidad, analizando si la despedida podría herir derecho irrenunciable a su libertad.

Palabras Llave: Personalidad; Desarrollo de la personalidad; La Libertad de Expresión; Derecho al trabajo.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
ANAMATRA	Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch ou Código Civil Alemão
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal de 1988
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	Código de Processo Civil
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
LCT	Ley de Contrato de Trabajo
MPT	Ministério Público do Trabalho
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONG	Organização Não Governamental
UCA	Pontificia Universidad Católica Argentina
STF	Supremo Tribunal Federal
TST	Tribunal Superior do Trabalho

INTRODUÇÃO

As relações baseadas na força do trabalho repetidamente foram, e ainda são, um campo de conflitos, principalmente no que se refere ao Direito constitucional à liberdade de expressão, seja ela no campo da religião ou do livre arbítrio (*liberum arbitrium*).

É certo que em função das peculiaridades relacionadas à personalidade, existe uma dificuldade em trazer respostas jurídicas efetivas no campo das relações de trabalho, justamente porque não se deve tratar os direitos relativos à personalidade como norma fechada, em razão das suas múltiplas expressões.

É nesse cenário que o presente trabalho se apresenta, com o objetivo maior de estudar a questão do direito à liberdade de expressão do trabalhador dentro de uma relação laboral subordinada, considerado que o trabalho é um direito fundamental e central para o desenvolvimento da sua personalidade.

A ênfase se dá ao uso de doutrinadores do Direito civil, do Direito Constitucional e Direito do Trabalho, do Brasil e do estrangeiro, além da leitura de outras áreas científicas, como a Psicologia, na parte relacionada à Psicodinâmica do trabalho.

Para melhor entender a questão, foi necessário correlacionar aspectos gerais da personalidade, tema inerente à esfera privada, com o direito à liberdade de expressão individual, verificando o significado do trabalho para o sujeito (inclusive com aproximação da psicodinâmica do trabalho) e sua relação com o trabalho.

Assim sendo, o primeiro capítulo aborda o conceito e ideias gerais de liberdade de expressão e dos direitos da personalidade, vislumbrados sobretudo sob o manto do direito do trabalho em sua vertente constitucionalizada.

Conforme será explanado, o direito à liberdade de expressão desfruta de características básicas da personalidade e, embora possa ser objeto de disposição com certa cautela, exige sacrifício que repercutem no plano jurídico, pontos que serão tratados nesta investigação.

O segundo capítulo, trata do Direito fundamental da personalidade à liberdade de expressão e a centralidade do trabalho, realizando um vínculo com a psicodinâmica do trabalho e sua importância para a construção da identidade do sujeito trabalhador.

Por fim, essa investigação tratará de discutir a carente adequação à obtenção da tutela relativa à liberdade de expressão do trabalhador durante o desenvolvimento do contrato de trabalho e sua extinção, restringindo essa análise, porém, aos elementos da liberdade individual e da personalidade, na relação de trabalho subordinado.

A pesquisa faz parte dos estudos de Direitos Fundamentais, de Direito Privado e, também, da Democracia. De forma pormenorizada, está enquadrada na linha de pesquisa 1 do Mestrado da presente Instituição, consistente em estudos sobre “Constituição e condições materiais da democracia”.

O problema de pesquisa é demonstrado por esse cenário de direito à liberdade de expressão, subordinação do trabalhador e direito à despedida do empregador, em que surgem muitas dúvidas de como o mundo do Direito deve proceder sem deixar de cumprir com as diretrizes constitucionais, ao mesmo tempo em que deve levar em consideração os direitos do empregador.

Assim, o trabalho se justifica na medida em que pretende desnudar tais questões e pontos problemáticos a partir da leitura da teoria. Contudo, o trabalho não dará respostas pré-prontas ou que se pode encontrar em manuais, nem se pretende que solucione todas as celeumas do trabalho, mas apenas pode fornecer nortes teóricos a serem observados.

CAPITULO 1. O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO TRABALHADOR

1.1 A liberdade de expressão como direito da personalidade

Antes de adentrarmos no campo da proteção dos direitos da personalidade, é importante destacar o que significa a palavra personalidade. Do latim, *personalitate*, é conceituada como caráter exclusivo da pessoa, sendo difícil estabelecer uma definição sobre a terminologia correta quando se fala em personalidade, pois se trata de uma palavra plurisemântica.

A personalidade confere um sentido de ser à pessoa, confirma o caráter único, inigualável e irreprodutível de cada um¹, sendo que pode ser considerada uma forma de disposição ou organização dinâmica, com conteúdo dinâmico e incindível, como um complexo de características relacionadas à pessoa. É o primeiro bem de todos², com traços e características únicos, que podem inclusive advir do exterior (por meio de experiências vividas) e até mesmo das percepções que fazem parte da vida social do indivíduo. Por isso, poderíamos afirmar que a personalidade pertence à pessoa, e seria um complexo de características interiores com o qual o indivíduo pode manifestar-se perante a coletividade e o meio que o cerca.³

Para Paulo Mota Pinto, a personalidade é um *prius* que o Direito encontra, e que merece amparo do ordenamento jurídico, um conjunto de direitos subjetivos. Segundo ele, esses direitos incidem sobre a própria pessoa ou sobre alguns fundamentais modos de ser físicos ou morais, da

¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 26. O autor comenta que: “a discussão sobre o conceito de pessoa, elementar para o estudo da personalidade, foi alvo de várias conceituações, passando por fundamentos morais, valorativos e éticos, até chegar em um conceito chamado por alguns doutrinadores, de existencialista, e que atribui identidade inconfundível e singular, ou seja, a unicidade da pessoa humana”.

² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo Bookseller, 2000. Tomo 7. p.39, *in verbis*: “(...) O primeiro deles (bens) é o da personalidade em si mesma, que bem se analisa no ser humano, ao nascer, antes do registro do nascimento de que lhe vem o nome, que é direito de personalidade após o direito de ter nome, já esse, a seu turno, posterior, logicamente, ao direito de personalidade como tal”.

³ NUNES, Sérgio Iglesias de. **Responsabilidade civil por danos à personalidade**. Barueri, SP: Manole, 2002, p.1.

personalidade inerentes , à pessoa humana – são direitos das pessoas que tutelam bens ou interesses da sua própria personalidade.⁴

Os estudos em torno da personalidade por sua vez, não colidem quanto ao fato de que é uma forma direta do que é inerente à pessoa humana, e trazem conexões significativas para entendermos sobre a personalidade, e sobre a dimensão do seu íntimo, considerando que cada indivíduo tem sua própria personalidade. Essas concepções passam pela ideia do indivíduo viver a vida como escolher, ter suas crenças, suas ideologias, e vão até a proteção integral dessa personalidade do sujeito, já que ela é essência que torna ou faz do ser humano.

Afinal, a pessoa é o valor fonte da personalidade⁵. Além disso, cada direito dessa personalidade corresponde a um valor, a começar pelo do próprio corpo, que é a condição essencial do que somos, do que sentimos, percebemos, pensamos e agimos.⁶ Em outro ponto, é como se a personalidade fosse a aptidão para ser pessoa; ou seja, personalidade é o *quid* que faz com que algo seja pessoa⁷, seu objeto é aquilo que diz respeito ao ser humano, desde sua integridade até a vida, sua liberdade. ⁸

A personalidade é um elemento tão forte e peculiar do ser humano que seus elementos são estudados pelas diversas ciências, com estudos voltados para a consciência, para os níveis de percepção, características da pessoa, individualidade, e inclusive a psicanálise dedica estudos sobre a personalidade para compreender perfis, e tem estudos sobre o que se chama hoje de ótica jurídica-psicanalítica⁹, encarando que a personalidade tem um sentido dinâmico. Afirma-se, ainda, que ela é construída de acordo com heranças

⁴ PINTO, Paulo Mota. Op. Cit, 62.

⁵ REALE, Miguel. Op. Cit p.1.

⁶ REALE, Miguel. Op. Cit p. 1.

⁷ MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.73 , nº 590, p.16, 1984.

⁸ NERY JR., Andrade, Rosa Maria. **Código civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: RT, 2005. p.173: O objeto dos direitos da personalidade é tudo aquilo que disser respeito à natureza do ser humano, como por exemplo, a vida, a liberdade (v.g. de pensamento, social, filosófica, religiosa, política, sexual, de expressão), proteção de dados pessoais, integridade física e moral, honra, imagem, vida privada, privacidade, intimidade, intangibilidade da família, auto-estima, igualdade, segurança.

⁹ Muitas ciências auxiliam o direito e a psicanálise, através de Freud foi possível demonstrar que existe um inconsciente, que produz efeitos e que justamente por isso, reconhece-se atos falhos, erros, lapsos, etc., do ser humano, e que esses efeitos repercutem diretamente no direito.

familiares, experiências marcantes na vida, etc.¹⁰ mesmo porque, a subsistência da identidade biológica e psíquica da pessoa, está condicionada à posse de determinados bens ou valores, de maneira que na ausência deles, embora se pudesse falar em existir um ente com vida biológica, não há que se falar em pessoa.¹¹

Porém, a essência da personalidade humana é diferente da chamada qualificação pessoal (estado civil, nacionalidade, profissão, domicílio) que é mera exterioridade, e que nada diz da essência própria do indivíduo.¹² Ao estudar sobre a personalidade, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa, questiona: “Que é, pois, personalidade para o Direito? Que elementos da individualidade física e moral do homem são protegidos pelo Direito? Que expressões da personalidade de cada homem são juridicamente tutelados?”¹³

Ele responde, dizendo que a estrutura do direito da personalidade é bastante reflexiva, e que por isso, a personalidade é definida como sendo o real e o potencial físico e espiritual do homem, como se fosse um complexo dinâmico, unificado, e que evolui os bens que integram por assim dizer, sua materialidade física e espírito reflexivo, que por sua vez se ligam.¹⁴

Em trecho que vale a pena lembrar, Adriano De Cupis relata que a personalidade não teria concretude sem outros direitos, sendo irrealizada:¹⁵

Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo— o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal.

¹⁰ Freud usou pela primeira vez o termo “Psicanálise” em 1896, para descrever seus métodos, e depois de muitos estudos sobre a ciência do inconsciente, quis demonstrar que uma parte da consciência do homem não é consciente, é inconsciente, e isso diz respeito a um processo psíquico, cuja existência nos obrigamos a supor justamente por conta dos seus efeitos, mas que dele, nada sabemos. No meio desse inconsciente, é que para ele, se determinam, o que definiria a personalidade, suas fontes de energia psíquica, suas pulsões e claro, seus instintos. Para Sigmund Freud, a personalidade humana é separada em três grandes superestruturas que compreendem complexos psicológicos: Ego, Id e Superego. In: ARAÚJO, Max Elias da Silva. As teorias da personalidade - uma abordagem ampla e ontológica. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, nº 78, jul 2010.

¹¹ HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética & direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 74 -75.

¹² COMPARATO, 2001, Op. Cit, p. 26.

¹³ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral da personalidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2011. p. 14.

¹⁴ SOUSA, Rabindranath Valentin Aleixo Capelo de. Op. Cit, p. 117.

¹⁵ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 17.

Entretanto, quando ponderamos sobre personalidade, devemos compreender que existe um conceito jurídico, outro psíquico e a personalidade jurídica propriamente dita, esses conceitos não serão todavia explorados nessa investigação, sendo no entanto pertinente destacar que o termo personalidade contido nos Direitos da Personalidade, não é aqui entendido em seu sentido técnico, como mera capacidade, , pois a personalidade é um conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada objeto de proteção privilegiada por parte do ordenamento, um bem jurídico representado pela afirmação da dignidade humana.¹⁶

Com a influência do cristianismo, muito se discutiam os conceitos de indivíduo, inclusive para apresentar uma natureza humana e também divina para o homem, no sentido de saber se era filho de Deus, caso em que lhe seria inato ter direitos e dignidade.¹⁷ Através do debate sobre a identidade de Jesus Cristo, a filosofia estoíca apontava para uma noção de unidade moral do homem, afirmando que a dignidade era inerente ao mesmo, que sendo filho do Criador do Universo, por certo que tinha direitos inatos.¹⁸ Foi assim o cristianismo que desenvolveu essa ideia de dignidade da pessoa humana.¹⁹ Posteriormente, com o Iluminismo surge a necessidade de se desenvolver a teoria dos direitos subjetivos que prestigiava a tutela dos direitos fundamentais e da pessoa humana. Sob a influência do cristianismo, que afirmou-se o indivíduo como pessoa, e com isso, abriu caminhos para que houvesse o reconhecimento da pessoa humana e do amor fraterno,²⁰ já que a ideologia cristã defendia a ideia de liberdade, de autonomia, e a concepção de que a personalidade impõe que o homem não deva viver isolado.²¹ A proteção da

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo, BARBOSA, Heloisa Helena, MORAIS, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.04.

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Op. Cit., p. 18.

¹⁸ Ibid., p.18.

¹⁹ Houve uma contribuição também dos filósofos gregos na construção do direitos da personalidade. Capelo de Souza.1995, p.47.

²⁰ ESPANHA, Antonio. **Introduzione alla storia del diritto europeo**. Bologna: Il Mulino, 1999. p.176: Essa ideia voluntária e individualista do direito reinava no século XIX, e foi mantida na teoria da vontade de Kant e na doutrina cristã do livre arbítrio.

²¹ Ibid., p. 19, *in verbis*: "A construção da teoria que fundamenta os direitos da personalidade encontra-se e deve-se principalmente: a) ao cristianismo, em que se assentou a ideia da dignidade do homem; b) à Escola de direito natural, que firmou a noção de direitos naturais ou inatos ao homem, correspondentes à natureza humana, a ela unidos indissolúvelmente e

pessoa humana passa a ser enxergada em textos fundamentais, como o *Bill of Rights*, no ano de 1689, a Declaração de Independência das Colônias Inglesas, no ano de 1776, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Tais declarações revelam a preocupação do homem em positivar regras para proteger as pessoas. Mas, a ideia de que a proteção aos direitos do homem era assegurada pelo direito natural, pouco a pouco perdeu seguidores. e a tutela dos direitos da personalidade somente superou a concepção patrimonialista, que encerrava o direito da personalidade em um rol definitivo de direitos, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948. Com esta, um novo ambiente de tutela da personalidade floresceu sob a égide dos direitos fundamentais.²²

Lamartine e Muniz lecionam que a lesão aos direitos da personalidade foi sentida de forma insuficiente pelos tribunais, e somente passou a ser vista com mais consciência por esses com o auxílio das normas constitucionais. Eles destacam que a Alemanha foi o primeiro exemplo desse despertar, quando em 18 de agosto de 1896 foi promulgada a sua unificação, com influência do então Direito Romano sobre o Direito Alemão, existindo todavia, uma preocupação apenas em regular as relações patrimoniais, deixando de lado outras preocupações, como por exemplo, a justiça, a equidade; “o caráter generalizador e abstrator da técnica legislativa do BGB permitiu talvez ao grande código sua extraordinária sobrevivência em meio às vicissitudes histórico-políticas pelas quais passou a Alemanha.”²³

No entanto, o Código Alemão se preocupou em ampliar a tutela da personalidade, dispondo sobre a obrigação de indenizar aquele a quem se causar dolosa ou culposamente dano à vida, à integridade corporal, saúde e liberdade, demonstrando uma inquietação do Estado em tutelar o homem.

preexistentes ao reconhecimento do Estado; e c) aos filósofos e pensadores do Iluminismo, em que se passou a valorizar o ser, o indivíduo, frente ao Estado”.

²² FACHIN, Zulmar Antonio. **A proteção jurídica da imagem**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 26, *in verbis*: “(...) foi a partir do século passado, com a Revolução Industrial e com o progresso das comunicações, que os direitos da personalidade alcançaram grande desenvolvimento. Por outro lado, foi preciso proteger o indivíduo contra o arbítrio do Estado. E a teoria dos direitos da personalidade foi construída como resposta a tirania do Estado contra o indivíduo. Somente mais tarde se buscou proteger os direitos da personalidade contra as agressões dos indivíduos”.

²³ Lamartine, MUNIZ, Francisco José Ferreira. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 223-224.

Porém, essa enumeração limitativa viria a revelar-se amplamente insuficiente isso porque o progresso tecnológico não previstos pelo legislador haviam tornado possíveis agressões fora da esfera prevista, no caso de filmagens, fotografias.²⁴

Com isso, o Tribunal Federal criado pela lei Fundamental de 1949, *Bundesgerichtshof* (BGH), separando-se da jurisprudência do antigo Reich, delineou o direito geral da personalidade. O fundamento invocado, segundo Lamartine e Muniz, foi o princípio contido no artigo 1º da Lei de Bonn, como ficou conhecida a Constituição de 1949: “a dignidade do ser humano é intangível. Respeitá-la e protegê-la é dever de todo poder estatal. O povo alemão reconhece por conseguinte os invioláveis e inalienáveis direitos como fundamento da comunidade humana da paz e da justiça no mundo.” Na mesma lei, o artigo 2º igualmente afirmou o livre desenvolvimento da personalidade: “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral. Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei,”²⁵ sendo um marco importante para os direitos da personalidade, embora Lamartine e Muniz destaquem que a preocupação maior iria, para além do BGB, pois precisaria tornar mais intensa na Constituição, a sua defesa.²⁶

Mesmo na Alemanha oriental, o Código Civil de 1975, reconheceu o direito geral da personalidade, sendo um avanço em relação ao BGB, mesmo que com texto mais simples. Os autores em questão, também lembram o exemplo ocorrido com o Código Italiano, de 1942, que em pleno fascismo, regulou o direito ao nome e ao pseudônimo, direito ao próprio corpo, direito à imagem; que em suas disposições sofreram a insurgência dos fascistas, que acreditavam que bastaria a tutela publicística dos direitos da pessoa. Essa concepção enaltecia o fato de existir diferença entre o público e o privado.²⁷

²⁴ MUNIZ, Francisco José Ferreira. OLIVEIRA, Op. Cit., p. 225.

²⁵ DEUTSCHER BUNDESTAG, **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Trad. Aachen Assis Mendonça, Janeiro de 2011. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 01 mai 2017.

²⁶ MUNIZ, Francisco José Ferreira. OLIVEIRA, Op. Cit., p. 225-226.

²⁷ MUNIZ, Francisco José Ferreira. OLIVEIRA, Op. Cit., p. 226.

Pietro Perlingieri, ao falar do tema, diz que esse esvaziamento do conteúdo dos direitos individuais ocorreu em ambos os códigos (Alemão e Italiano) porque o momento era de separação da proteção dos direitos políticos do ser humano.²⁸ Posteriormente, com a redemocratização italiana, em 1947, surgiram novos horizontes que vieram a garantir no artigo 2º direitos invioláveis do homem, igualdade, dignidade e no artigo 3º destacava a remoção dos "obstáculos de ordem econômica e social que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país."

Com esses dois textos surge na Itália, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a relevante preocupação dos autores de demonstrar que a fragmentação da proteção aos direitos da personalidade é insatisfatória, extraíndo-se a dificuldade de adequar uma tutela jurisdicional da personalidade sem que haja no direito legislado uma cláusula geral apta a fornecer uma jurisprudência mais coesa e lógica, o que faz o direito se conectar com a vida real. Nesse sentido: ²⁹

Em segundo lugar o exemplo serve para demonstrar a impossibilidade de uma construção e se feche dentro do campo do Direito civil, ignorando os fundamentais princípios que asseguram o respeito à dignidade da pessoa humana.

No plano doutrinário, isso significa que só através do entendimento da ordem jurídica como um todo, que tem por base uma hierarquia de valores, dentro da qual ocupa lugar primacial a noção de que o ser humano é pessoa, dotada de inalienável e inviolável dignidade, é possível dar à noção de direitos da personalidade toda a sua real amplitude. Para tal, é necessário vincular a noção de direitos da personalidade à noção de direitos do homem. É verdade que a doutrina distingue tradicionalmente as duas noções.

Para Lamartine e Muniz é impossível analisar de forma isolada os direitos da personalidade dos Direitos do homem, sendo que, para eles, só no Estado de Direito essa tutela alcança real efetivação, e, reciprocamente, só há Estado de Direito se existir uma ordem jurídica baseada na proclamação de tais direitos e em sua efetiva proteção; expressando que no caso do Brasil, talvez estejamos em um mero Estado de legalidades, isso na ótica do

²⁸ Pietro Perlingieri, Pietro. **Perfis de Direito civil**; trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 41.

²⁹ Lamartine e Muniz, Op. Cit., p. 228.

positivismo, considerando que existe uma autorização expressa para alteração da Constituição e de várias leis ordinárias, porém, o cidadão comum não tem nenhuma oportunidade de influenciar na construção do Direito.³⁰

Todavia, os autores admitem que dado o momento histórico e em razão da ausência de uma construção do Direito era clara a falta de tutela dos direitos da personalidade.³¹

Comenta-se isso para justificar a dificuldade com relação aos direitos da personalidade, pouco importando se a Constituição de 1967 criou uma lista de direitos individuais, com o AI-5, a dificuldade de proclamar direitos e instituir garantias é real, o que para os autores é uma afronta à personalidade. Os autores afirmam que se fôssemos elencar, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos sobre tais direitos, seriam incontáveis as violações no Brasil, justamente por conta da ordem arbitrária vigente e da falta de uma adequada proteção à segurança jurídica do cidadão.³²

No enfrentamento de tais dificuldades, Lamartine e Muniz destacam alguns princípios, dentre eles, o da igualdade, que é ferido tanto em matéria de ordem privada, quanto pública. Referido princípio não implica que deva haver igualdade entre todas as pessoas, mas que compense as desigualdades, sem esse princípio, seriam inconciliáveis as relações fiscais, ou no Direito laboral, em face do seu caráter protetivo, sendo incongruente com o Estado de Direito as discriminações da personalidade:³³

Assim, são claramente incompatíveis com um verdadeiro Estado de Direito as discriminações contrárias ao direito da personalidade em matéria de Direito do Trabalho, quer se fundem em motivos de ordem racial, quer se fundem sobre o sexo de que é especificação a

³⁰ LAMARTINE E MUNIZ, Op. Cit., p. 234-235.

³¹ LAMARTINE E MUNIZ, Op. Cit., p.237, *in verbis*: “Nem fora dos quadros parlamentares, pois aí está todo um conjunto de normas restritivas destinadas a dificultar todas as possibilidades de utilização dos meios de comunicação para o debate político, todas as tentativas de aglutinação de forças políticas fora do estreito leito de Procusto do bipartidarismo, a amedrontar o estudante e a impedir-lhe a formação para a vida pública tradicionalmente exercitada na política acadêmica, a manter o trabalhador impedido de exercerem absoluta liberdade o direito de dirigir os organismos sindicais e de, através destes, influir na condução da política econômica e social do País. Nem através do Congresso, pois este vive sob a ameaça permanente das cassações e comum poder legislativo e constituinte que existem enquanto o consintam os titulares dos poderes absolutos emanados do AI-5. A magistratura não tem as tradicionais garantias. Vive o Brasil em pleno Estado absolutista esta é uma mera constatação, que independe de juízos de valor. O Estado-governo não se subordina ao Direito: produz e mantém o anti-Direito”.

³² LAMARTINE E MUNIZ, Op. Cit., p.237-238.

³³ LAMARTINE E MUNIZ, Op. Cit., p.240.

cláusula de celibato imposta à mulher que trabalha, ou a desigualdade de remuneração entre homem e mulher) quer se fundem, finalmente, sobre opiniões políticas ou ideológicas. Desta última espécie são as regras, estabelecidas no serviço público brasileiro que, para ingresso ou promoção, embora nem sempre de modo confessado, levam, em conta as posições políticas de servidor, conforme repetidas notícias veiculadas pelos jornais.

Importa entender assim, o fato de que, como bem assinala Lamartine Muniz se nos detivermos no plano dos direitos da personalidade, habitualmente catalogados nos Códigos Civis, facilmente nos convenceremos de como a ausência entre nós de um verdadeiro Estado de Direito faz com que inexista, no plano do concreto, a tutela de tais direitos.³⁴

Assim, como visto, em alguns sistemas, o direito geral da personalidade se impôs mais cedo, como é o caso da Alemanha,³⁵ e que ocorreu no meio da experiência da ditadura e sob a preocupação com a dignidade da pessoa humana.³⁶ Em Portugal os direitos gerais da personalidade foram consagrados no Código Civil, e conferiam proteção à personalidade física ou moral³⁷, até porque, ainda carecem de uma delimitação clara.³⁸

Com isso, a Constituição da Alemanha passa a hastear o princípio da dignidade da pessoa humana, e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em seu artigo 2º, dizendo que todos teriam direito ao livre desenvolvimento da personalidade.³⁹

Importa ressaltar que no Código alemão o conceito de pessoa de cunho jusnaturalístico tomou novos ares, sendo chamado por um “mínimo ético” que não pode ser violado pelo Estado nem pelos membros da sociedade.

Tais transformações no entanto, apenas se tornaram significativas depois da Segunda Guerra, em razão da afronta vista contra a dignidade

³⁴ LAMARTINE E MUNIZ, Op. Cit., p. 241.

³⁵ PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição Concretizada**: Construindo Pontes entre o Público e o Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 77, *in verbis*: “Aliás, também a jurisprudência constitucional alemã se pronunciou a favor da existência de um direito geral de personalidade e também na doutrina que se ocupa do artigo 2, parágrafo 1, da Lei Fundamental (onde se consagra o direito ao livre desenvolvimento da personalidade) se encontra a referência às dimensões protegidas pelo direito geral da personalidade”.

³⁶ PINTO, Paulo Mota. Op. Cit., p. 68-69.

³⁷ *Ibid.*, p. 69

³⁸ *Ibid.*, p. 72.

³⁹ “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”

humana nos ordenamentos jurídicos dos regimes nazifascistas, momento que renasce o debate acerca dos direitos da personalidade e sua proteção através de uma cláusula geral de tutela da personalidade humana.⁴⁰

No Brasil, os textos constitucionais já dispunham sobre as prerrogativas individuais. A Constituição do Império, já descrevia em seu artigo 179 e seus trinta e cinco incisos sobre os Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, dentre eles o direito a liberdade, a inviolabilidade de domicílio, dentre outros, esquecendo-se dos estrangeiros.

Depois, durante a fase chamada republicana (1889), a Constituição de 1891, abarcou no seu Título IV, sobre a Declaração dos Direitos, e pela primeira vez ampliou direitos e garantias para os estrangeiros residentes no país. Em seu texto exibiu ainda algumas inovações, dentre elas direitos de nacionalidade e direitos políticos, assim como disciplinou o princípio da inviolabilidade relativa ao sigilo da correspondência, o direito à propriedade intelectual- que incluía marcas, patentes- e claro, o direito autoral.

Com a Constituição de 1937, surge uma limitação aos direitos da personalidade, aqueles já capitulados anteriormente e previstos nas Constituições anteriores com algumas reservas, como o direito à inviolabilidade de domicílio e de correspondência, se ampliando hipóteses da pena de morte, para além dos casos dispostos na legislação militar sobre guerras, o que significou um atraso na história dos direitos da personalidade.

Em 1946, quando retornava-se para o Estado democrático, a Constituição volta a salvaguardar os direitos da personalidade, estatuidando garantias fundamentais, como a liberdade, o direito ao trabalho.

Posteriormente, a Constituição de 1967, anunciada na ditadura militar dispôs sobre garantias e direitos individuais, como o direito à vida, liberdade, sigilo, dentre outros. Logo depois, em 1969, houve a promulgação da Emenda Constitucional 1 de 17.10.1969 que mantinha os direitos da personalidade, embora os limitasse.⁴¹

⁴⁰ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 61-62.

⁴¹ Mencionado texto dizia: que “O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa”.

Com a Constituição de 1988 se consagra como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, se incluindo várias garantias até então inexistentes, como o habeas data, dentre outros, nascendo uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa.⁴²

O amparo aos direitos na lei civil caminhou lentamente, tratando de forma incipiente os direitos da personalidade. Por isso, em razão da ampliação das relações jurídicas, houve a necessidade de criar leis esparsas para tratar do tema, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), Lei que regula o transplante de órgãos (Lei 9.610/98), dentre outras.

A autonomia sobre o que seria um direito a personalidade passa a mudar, separando-se da ideia de que a personalidade era apenas um conceito, mas que a pessoa devia ser vista como um valor. Assim, depois da Segunda Guerra, foi que o personalismo avançou para as declarações de direitos humanos, e as constituições começam a encontrar no homem o embasamento ético e valorativo.

Rosalice Fidalgo Pinheiro destaca que a “democracia social, presente no Welfare State, foi responsável por inscrever os direitos fundamentais e sociais nas Constituições” e a dignidade ganha nova ótica.⁴³

Assim, assinala-se que foi com a Constituição de 1988, que adveio a discussão sobre a tutela dos direitos de personalidade, em razão do princípio da dignidade da pessoa humana estampado em seu texto, no inciso III do artigo 1º, reforçando, em linhas gerais, que o fundamento dos direitos da personalidade seria a importância da dignidade da pessoa humana e suas manifestações.

Com isso, segundo Gustavo Tepedino, a cláusula geral de tutela da personalidade restou positivada na Constituição nos artigos 1º, III que trata da dignidade humana como valor fundamental, no artigo 3º, III que trata da igualdade substancial, e nos artigos 5º, §2º que traz o rol dos direitos fundamentais. Essa ótica rompe com a técnica legislativa do Código Civil, que era puramente tipificadora, e amplia a tutela da pessoa humana, a fim de promover a tutela da personalidade para fora desse ementário de direitos

⁴² TEPEDINO, Gustavo. TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade do Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. **Temas de Direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 48.

⁴³ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 37.

subjetivos. O autor acredita ainda que essa visão sobre os direitos da personalidade é bastante delimitada, considerando as incontáveis manifestações que podem advir da personalidade.⁴⁴

Até a promulgação da Constituição de 1988, o Código Civil era ocupado de matérias privadas, que regulavam a vida dos cidadãos, seu nascimento e morte; havia nítida separação entre Direito Público e Direito Privado. Apenas posteriormente é que ocorreu uma reorganização dos direitos concernentes à justiça, igualdade, liberdade, propriedade, dentre outros, e que anteriormente constavam no Código Civil.

O próprio Direito civil sofreu alterações, e foi constitucionalizado, ocorrendo a “despatrimonialização do Direito civil, como conseqüência da sua constitucionalização” as mudanças em suas disposições o deixou publicizado, e já não mais se disciplinava apenas conteúdos da vida privada e individual, mas o mesmo passou a regulamentar a vida em sociedade e os interesses do homem que nela convive.⁴⁵

Isso porque, tradicionalmente, os direitos fundamentais se consideram direitos de personalidade no Direito Público, e os direitos de personalidade são os direitos fundamentais no Direito Privado. Porém, nos termos da Constituição, a pessoa clama por um amparo integrado, que supere a divisão entre direito público e Direito Privado, e permita o atendimento à cláusula geral fixada pelo texto constitucional, que é justamente a promoção da dignidade humana.⁴⁶

Essa afirmativa conduz à conclusão que os direitos da personalidade encartados pelo Código Civil Brasileiro encontram previsão expressa no art. 5º da Constituição, e mesmos os que não têm previsão clara nesse dispositivo, são citados como reflexos da dignidade humana, que está destacada no art. 1º, III, da Constituição. Deste modo, podemos afirmar que a dignidade humana,

⁴⁴ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnicas legislativas na Parte Geral do Código Civil de 2002. **Revista Forense**, ano 98, v. 364, nov./dez. 2002, p.118.

⁴⁵ FINGER, Júlio César. Constituição e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do Direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **A Constituição Concretizada**: Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 94.

⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo, Op. Cit., p. 50.

hasteada como valor fundamental dos sistemas jurídicos do século XX, se constitui a base axiológica que afirma a tutela dos direitos da personalidade.⁴⁷

O norte do Direito civil não era mais a vida privada somente, mas a regulação de seus interesses, chegando nesse momento a ser chamado de despatrimonialização do Direito civil,⁴⁸ e deixando de lado a noção de patrimônio para dar lugar à dignidade da pessoa humana e suas representações. A partir daí, passou-se a reconhecer que os direitos da personalidade são um mínimo necessário para o conteúdo da personalidade⁴⁹ e, por serem considerados direitos pessoais, sobretudo porque não lidam com patrimônio, mas se ligam direta e indiretamente ao titular, não sendo transmissíveis (hereditários) merecem tutela especial de proteção, embora para entendermos a medida de proteção dos direitos da personalidade, fosse necessário um trabalho empírico, dado a sua dinâmica nos vários campos (laboral, civil, etc.).⁵⁰

Assim, o conceito de propriedade, de liberdade passou por transformações e a própria noção de ordem pública também foi redesenhada pelo projeto constitucional, que trouxe enfaticamente proteção à dignidade humana; com isso, o conceito de direito subjetivo foi alterado, também em termos de direitos potestativos, de deveres, sendo que no centro do ordenamento está a pessoa, não como vontade de realizar-se libertariamente, mas como valor a ser preservado também no respeito de si mesma.⁵¹

Essa preocupação do homem com os valores ligados à pessoa e à sua dignidade, mesmo surgida antes da Constituição da República de 1988, é recente no que se refere aos debates sobre as tutelas não patrimoniais⁵² que anteriormente só tinham consistência no âmbito penal; e o Direito civil, que é palco da dogmática dos direitos da personalidade, e que apenas investia em suas explicações, no que se referia a responsabilização por reparação para o

⁴⁷ GEDIEL, José Antônio Peres; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **“Dos Códigos às Constituições: os direitos fundamentais da personalidade”**. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Direito Privado e Constituição** – Ensaio para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009, p. 62.

⁴⁸ FINGER, Júlio César. **Constituição e Direito Privado**: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do Direito civil. In: SARLET, Ingo Op. Cit., p. 94.

⁴⁹ PINTO, Paulo Mota. Op. Cit., p. 62-63.

⁵⁰ PINTO, Paulo Mota. Op. Cit., p. 83.

⁵¹ PERLINGIERI, Pietro. Op. Cit. p. 298-299.

⁵² COMPARATO, Fabio, Op. Cit., p. 26.

agente ofendido, e que se limitava a dizer que doutrinariamente, pessoa era o ente físico ou coletivo, suscetível de direitos, sendo sinônimo de sujeito de direitos, começou a mudar.⁵³

Ingo Sarlet comenta que a liberdade e autonomia privada durante muito tempo foram tidas como sinônimas, e de fato quando se falava apenas em igualdade formal era fácil acreditar nesse conceito, casos simples de proteção patrimonial em que se concedia ao indivíduo poder sobre os bens que ele possuía. O direito de propriedade protagonizava o sistema de Direito Privado, e significava pleno exercício do indivíduo para com seus bens, o sujeito que os possuía apenas velava pelos bens e pela família. O Código Civil fazia as vezes da Constituição.⁵⁴

Sob esse prisma a liberdade era absoluta, as restrições apenas tinham o condão de proteger as liberdades dos demais indivíduos. Essa ideia colocava o Direito civil como o “coração de toda vida jurídica” e o Direito Público como uma leve moldura que devia servir de proteção ao primeiro.⁵⁵

Rosalice Fidalgo Pinheiro por oportuno, destaca ao tratar sobre a vinculação dos particulares aos direitos da personalidade:⁵⁶

A menção à dignidade essencial da pessoa revela-se como a cláusula geral que confere permissão à entrada dos direitos da personalidade nas Constituições. Despindo-se dos contornos individualistas, que o cercavam, e revestindo-se de um sentido de solidariedade social, os direitos da personalidade constitucionalizaram-se. Trata-se de depositar no princípio da dignidade da pessoa humana, proclamado pelas Constituições, a moldura constitucional que integra os direitos da personalidade como direitos fundamentais.

O quadro contemporâneo superou a separação de Direito Público e Privado, e delinea o princípio da liberdade hoje em uma perspectiva de privacidade, de intimidade, de livre exercício da vida privada. A liberdade

⁵³ KELSEN, Hans, 1984, p. 38.

⁵⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. In SARLET, Ingo, Op. Cit., p. 135.

⁵⁵ G. Radbruch. Filosofia do direito. Coimbra: A. Amado, 1961, v.2, p. 8, citado por SARLET, Ingo. Op. Cit. p. 136.

⁵⁶ GEDIEL, José Antônio Peres e PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Dos Códigos às Constituições: os direitos fundamentais da personalidade. In: CONRADO, Marcelo e PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Direito Privado e Constituição**: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009. p. 73.

importa realizar, sem interferência as próprias escolhas individuais, o próprio projeto de vida.⁵⁷

Do outro lado, a personalidade jurídica, tratada pela Teoria Geral do Direito civil, dispõe no art. 1º do CC, sobre a aptidão para dar titularidade a direitos e obrigações, e afirma o entendimento de que personalidade seria o mesmo que (ter) capacidade de direito, o poder ser sujeito de direito⁵⁸, e a pessoa (ente físico ou coletivo) é quem está suscetível a esses direitos e obrigações, sendo por isso, sujeito de direito.⁵⁹ Porém, embora seja plausível a afirmação sobre a aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações, tratada no art. 1º, do Código Civil Brasileiro, essa seria uma visão bastante limitada, pois inegavelmente a personalidade hasteia várias bandeiras, como a dignidade da pessoa humana, a proteção da vida, da intimidade, e que engloba necessariamente o respeito e a proteção da integridade física e corporal do indivíduo.⁶⁰

Cumprir notar que a consolidação desse direito da personalidade e a ideia de um direito geral da personalidade se relacionam diretamente; defender que existe um direito geral de personalidade é assim afirmar que possibilitamos que quaisquer manifestações dos indivíduos, desde que relativas com a personalidade, retem amparadas pela Constituição, ainda que na mesma, não haja tipificação expressa.⁶¹

Importa destacar que o direito geral de personalidade por sua vez difere da personalidade jurídica, sendo o direito de todo o homem com relação ao conjunto da sua personalidade humana. É o homem como pessoa⁶² que constitui necessariamente o fundo básico da tutela geral da personalidade, e do ponto de vista jurídico, será aquele para quem se preordenará a regulamentação jurídica da tutela geral da personalidade⁶³, cabendo ao direito

⁵⁷ Ibid., p. 138.

⁵⁸ MIRANDA, Pontes de. Op. Cit., p. 207-209

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil Brasileiro**: Teoria Geral do Direito civil. Vol. 1, Saraiva: São Paulo. 2011, p. 242.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 107 e ss.

⁶¹ MIRANDA, Felipe Arady, O Direito Fundamental ao Livre Desenvolvimento da Personalidade, **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, ano 2, nº 10, 11175-11211, 2013, p. 11176.

⁶² Rabinadrath exclui obviamente a asserção das pessoas coletivas.

⁶³ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. Op. Cit., p.15.

geral da personalidade o dever de proteção do desenvolvimento dessa personalidade.

Para Washington Monteiro de Barros, parece razoável tratar do direito geral da personalidade separando tais direitos das pessoas no singular, porque a proteção da personalidade, separa-se para além da morte das pessoas⁶⁴, dizendo que a morte tudo resolve, já que a partir deste evento inexorável o ser não é mais ninguém,⁶⁵ ou seja, o indivíduo como pessoa tem personalidade, que é exercida na interação com outros indivíduos, mesmo porque se projeta na sociedade. Esse entendimento está prescrito no art. 2º do Código Civil⁶⁶ e ganhou *status* de direito fundamental em curto espaço de tempo, sendo afirmado pela Constituição no artigo 5º, X⁶⁷.

Já Paulo Mota Pinto, citando Wolfgang Fikentscher que nominava em sua perspectiva o direito geral da personalidade de “*direito-quadro*”, afirma que o conjunto de direitos da pessoa é ilimitado, variado e potencial, e assevera que o direito geral da personalidade cobre uma série de normas de comportamento, que tem de ser encontradas e aplicadas pela jurisprudência para proteção da pessoa.⁶⁸

Assim, do ponto de vista jurídico, os direitos da personalidade sofrem interpelações, justamente por não terem conceito único sobre quais elementos ele protegeria, quais expressões dessa personalidade se acastelariam. Entendimento que decorre do fato dos direitos da personalidade serem dotados de caracteres especiais, e em função de possuírem como objeto, os bens mais elevados da pessoa humana.⁶⁹

Assim, saber, no entanto, da tutela jurídica geral da personalidade é perguntar pelo homem ao Direito.⁷⁰ Nos apontamentos de Carlos Alberto Bittar, os direitos decorrentes da personalidade humana são suportes para a

⁶⁴ O autor Paulo Mota Pinto explica que isso não significa que os direitos de uma pessoa falecida subsistam, mas que os interesses da pessoa em vida não cessam. In: Op. Cit., p. 81.

⁶⁵ MONTEIRO, Washington de Barros, Curso de Direito civil, São Paulo: Saraiva, 2005 p. 78.

⁶⁶ A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

⁶⁷ X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

PINTO, Paulo Mota. Op. Cit., p. 72-73.;

⁶⁸ PINTO, Paulo Mota. Op. Cit., p. 72-73.

⁶⁹ BITTAR, Carlos Alberto. Op. Cit., p. 19.

⁷⁰ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral da personalidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2011. p.17.

preexistência da pessoa humana, que vêm do nascimento⁷¹ como se esses direitos pré existissem à norma.

É o caso do direito à vida. O homem não depende do Estado para ele existir, apenas o reconhece, pois este é o primeiro dos direitos naturais, do qual dependem todos os demais.⁷² Inclusive, para os *jusnaturalistas*, os direitos da personalidade advinham de uma norma jurídica previamente estabelecida, sendo próprias do ser humano, e a ideia central dos mesmos sobre a personalidade, era a de que os direitos da personalidade representam algo inerente ao homem⁷³, encarando-os como inatos.⁷⁴

Além dessa condição por assim dizer, os direitos da personalidade têm uma pluralidade taxativa de direitos, e que incidem sobre um aspecto específico da personalidade. Ele pode conceber como único e esgotante direito, que exclui autônomos e particulares direitos de personalidade, ou como “direitos-matriz ou direito fundante”.⁷⁵

Também por essa questão, ainda nos dias de hoje haja grande dificuldade em sustentar uma visão centrada nas construções dogmáticas tradicionais, na visão de Carlos Alberto Bittar, a tendência é que os direitos humanos se traduzam em direitos fundamentais e esses, em direitos da personalidade.⁷⁶

No decorrer desse estudo, é possível notar o quanto é indispensável compreender o que se define por liberdade e qual sua implicação para o desenvolvimento da personalidade do sujeito trabalhador.

⁷¹ BITTAR, Carlos Alberto. Op. Cit., p. 151.

⁷² RODRIGUES, Ivana Bonesi. Responsabilidade civil por danos causados ao direito da personalidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, n.º 09, jan./mar., 2002, p. 131.

⁷³ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVAL, Nelson. **Direito civil: Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 109, *in verbis*: “(...) os direitos da personalidade como inatos ao homem, ou seja, afirmam decorrer de uma ordem jurídica previamente constituída, por confundir o direito natural, (dever ser) com a experiência talhada, construída culturalmente, no plano do direito positivo”.

⁷⁴ REALE, Miguel. **Os Direitos da Personalidade**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em: 1 ago 2016. Destaque: “Segundo os partidários do Direito Natural clássico, que vem de Aristóteles até nossos dias, passando por Tomás de Aquino e seus continuadores, os direitos da personalidade seriam inatos, o que não é aceito pelos juristas que, com o Renascimento, secularizaram o Direito, colocando o ser humano no centro do mundo geral das normas ético-jurídicas. Para eles trata-se de categorias históricas surgidas no espaço social, em contínuo desenvolvimento. Não cabia ao legislador da Lei Civil tomar partido ante essas divergências teóricas, ainda que fazendo referência também ao Direito Natural Transcendental, na linha de Stammler ou de Del Vecchio”.

⁷⁵ PINTO, Paulo Mota. Op. Cit, 67.

⁷⁶ BITTAR, Carlos Alberto, **Direitos da Personalidade**, São Paulo, Saraiva, 2015. p. 61.

No direito ao desenvolvimento da personalidade, decorre que cada homem está juscivilisticamente tutelado⁷⁷, e o que o direito visa proteger é a individualidade, as características pessoais de cada um, considerando a personalidade como um porto onde se apoiam os direitos a ela inerentes.⁷⁸

É importante consolidar o direito da personalidade a partir da ideia de que há um direito geral da personalidade, e que seu livre desenvolvimento está encartado como direito fundamental, bem como a noção de personalidade, carrega consigo qualidades próprias, individuais; como sua ideologia, crença, sendo essas inerentes à pessoa; por isso, se realizadas de forma artificial, não promovem um desenvolvimento livre.

Isso porque, por certo que o homem desenvolve sua personalidade em várias e incontáveis atividades, desde atividades literárias e artísticas até o desenvolvimento da força do trabalho⁷⁹, sendo-lhe assegurado o direito a diferenças⁸⁰, e o desenvolvimento da sua personalidade, vai além da ótica da liberdade, mas integra primeiramente, uma vertente no que diz respeito ao seu desenvolvimento sem que haja interferência do Estado, e compreende a proteção da dignidade da pessoa humana, que engloba a tutela a outros bens jurídicos.

Levando em conta que a Constituição é o núcleo do ordenamento jurídico, e que o Código Civil deveria estar adequado às determinações constitucionais, que a partir das várias transformações sociais no decorrer dos tempos, levou a uma mudança de um estado autoritário para um estado de

⁷⁷ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. Op. Cit, p. 355. Para o autor, o indivíduo sofre interferências de terceiros, como perturbações, intromissões nas suas atividades individuais que decide livremente promover.

⁷⁸ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. Op. Cit, p. 47.

⁷⁹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. Op. Cit, p. 356: Atividades (sic) essas são tão variadas que vão desde a busca e a fruição da satisfação das necessidades básicas (máxime da habitação, da alimentação, da aprendizagem, do dormir e do vestuário), a atividade criativa literária, científica e artística, a formação e o desenvolvimento da força do trabalho, a actividade (sic) laboral por conta de outrem, o exercício profissional independente, o acesso e o desempenho de funções e de cargos públicos, a actividade de empresário individual de tipo industrial, comercial ou de serviços, a fruição cultural, a pratica desportiva, os descansos, os lazeres, a convivência e a reunião social, a expressão de pensamento, a manifestação social e a participação associativa, sindical e política, até à actividade, (sic) ética e religiosa, à busca da aventura e do desconhecido e à ânsia do infinito e do transtemporal.

⁸⁰CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o Direito**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 1ª Edição. São Paulo: Russell, 2004, p.18-19, *in verbis*: "(...) os homens são diferentes entre si: uns mais fortes que outros, uns mais jovens que outros, uns mais inteligentes que outros, uns mais bonitos que outros, uns mais bons que outros; nunca é idêntica a medida do mais ou do menos".

direito. A interpretação do Direito civil então mudou radicalmente, e muitas interpretações significativa dos textos foi sentida. Ocorreu então, segundo Luís Roberto Barroso, a constitucionalização do Direito.⁸¹

Isso no entanto ocorre em razão da mudança substancial advinda dos reflexos da Constituição na produção legislativa e também na forma de interpretar as normas jurídicas, indo adiante do Direito Privado no texto Constitucional.⁸²

No Direito Privado, essa constitucionalização em que as normas teriam efeito imediato sobre as leis infraconstitucionais, como observa Rosalice Fidalgo Pinheiro não está diante de “mera transposição de princípios do texto codificado para o texto constitucional, mas de uma mudança de cenário legislativo que traz consigo um significado axiológico.”

A autonomia privada começa então a ser relativizada e o ser patrimonializado perde força para o personalizado, prestigiando-se com isso a realização da dignidade da pessoa humana que como diz a autora é a trilha, a “linha mestra do Estado Democrático de Direito”, e com isso os direitos fundamentais adentram no âmbito das relações privadas com um caráter de normas imediatamente aplicáveis.⁸³

Essa despatrimonialização no entanto, ocorreu em alguns aspectos, como no caso de institutos que passarem a ser tratados no plano contemporâneo, como é o caso do direito de propriedade.⁸⁴

Pietro Perleugieri ao falar sobre essa “despatrimonialização” comenta que é necessário uma redefinição do sistema, e afirma “Não é uma moda, mas uma escolha de política legislativa de alcance histórico. Um caminho “difícil”, mas “possível”, sobre o qual as convergências não devem ser só teóricas.⁸⁵

⁸¹ BARROSO, Luis Roberto,. **O Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**, THEMIS - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, p. 24. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/neoconstitucionalismo-e-constitucionaliza%C3%A7%C3%A3odo-direito-o-triunfo-tardio-do-direito-constit>, acessado em 15.10.2016,

⁸² FABRO, Roni Edson; BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Constitucionalização da Autonomia da Vontade como Expressão do Direito Fundamental de Liberdade no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista UNOESC (Mestrado)**, 2014.

⁸³ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo, **Contrato e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 54.

⁸⁴ GEDIEL, José Antônio Peres e PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Op. Cit. 2009. P. 73

⁸⁵ PERLENGIERI, Pietro. **Perfis do Direito civil: introdução ao Direito civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 33.

Não há clara definição histórica sobre quando surgiram os direitos da personalidade; para alguns, seu nascimento ocorreu na Idade Média, quando o homem cultuava a espiritualidade e procurava curas e respostas interiores, e dessa forma, passou a ter consciência da sua personalidade e da necessidade de sua proteção,⁸⁶ porém, foi a partir do século XIX que os direitos da personalidade lograram êxito em se afirmarem no Direito Privado como categoria autônoma.⁸⁷

Para Rabinadrath Valentino Aleixo, o objeto de proteção do direito geral da personalidade é justamente a personalidade humana, e o que predomina na doutrina da concepção dos direitos da personalidade como poderes que o indivíduo exerce sobre sua própria pessoa – *ius in se ipsum*, ou seja, seu objeto é justamente a personalidade humana do seu titular, e não a personalidade humana de terceiros⁸⁸, de forma que se todas as pessoas são titulares de personalidade, e dos direitos que a envolvem, são esses considerados direitos gerais.

O autor vai além, e conclui que, o direito da personalidade não é estático, mas dinâmico, elencando elementos da dinâmica: as capacidades, potencialidades, níveis evolutivos através do que ele intitula “poder de autodeterminação do seu titular” (que seria o poder sobre o próprio corpo e toda a questão da dinâmica da criação).⁸⁹

Por isso, a concretização do direito da personalidade implica em passar pelo desenvolvimento da personalidade, pois lida com direitos especiais de personalidade, como o pseudônimo, a imagem e a reserva da vida privada, direitos esses específicos e que têm relação com as manifestações da personalidade humana e com o bem da personalidade, que é bem mais dinâmico do que os direitos especiais; e por isso é que se afirma que a cláusula geral da personalidade somente complementa a idéia de proteção à pessoa e sua dignidade.⁹⁰

Isso porque, no ordenamento interno existe um direito geral da personalidade, que é concebido e tem como objeto a personalidade humana

⁸⁶ AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁸⁷ PINTO, Paulo Mota: Op. Cit p. 62.

⁸⁸ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. Op. Cit p. 515.

⁸⁹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. Op., Cit., p. 218.

⁹⁰ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. Op., Cit., p. 559-560.

em suas várias manifestações, atuais e futuras, previsíveis, imprevisíveis, e esse direito geral, é que ampara a livre realização e desenvolvimento, inclusive das particularidades da personalidade. Inclusive no que se refere à titularidade dos direitos da personalidade, existe na doutrina estrangeira (em especial na doutrina espanhola) o reconhecimento para as pessoas coletivas, de alguns direitos da personalidade, ótica que em nosso ordenamento não foi tratada expressamente,⁹¹ O artigo 52 do Código Civil por sua vez trata dos direitos da personalidade para a pessoa jurídica, destacando que “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade,” inclinação confirmada pela jurisprudência no sentido de reconhecer também para a pessoa jurídica a proteção que antes era apenas para as pessoas naturais.

Por oportuno, destaque-se que o Código Civil dispõe sobre os direitos da personalidade, especialmente na Parte Geral, Livro I – Das Pessoas, Título I – Das Pessoas Naturais, no Capítulo II – Dos Direitos da Personalidade, ainda nos artigos 1140 até o 21. Mesmo o corpo humano e o direito à integridade física, é tratado nos artigos 13 até 15, o direito ao nome, e ainda no artigo 16 trata do direito à honra e à vida privada; também nos artigos 20 e 21, destacando as cláusulas gerais nos artigos 12 e 21.

Para Gustavo Tepedino, em razão da sua importância, os direitos da personalidade se relacionam com os direitos humanos, visto que ambas as categorias protegem o mesmo objeto. Os direitos humanos, em princípio são os mesmos da personalidade; todavia, quando se fala dos direitos humanos, referimo-nos aos direitos essenciais do indivíduo em relação ao Direito Público, quando desejamos protegê-los contra as arbitrariedades do Estado.⁹²

Embora a Constituição Federal tenha se ocupado de tratar no art. 5º e em vários dos seus incisos, sobre a personalidade, sua tutela ainda é genérica, (inc. XLI),⁹³ e apenas faz uma referência de que a lei punirá qualquer forma de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Assim, no Brasil, embora a teoria do direito geral da personalidade não individualize a proteção da personalidade, nem condicione a proteção da pessoa a direitos previamente firmados, foi necessário uma cláusula geral que

⁹¹ Tal entendimento é principalmente revelado no direito espanhol.

⁹² TEPEDINO, Gustavo. Op. Cit.p.33.

⁹³ XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

admitisse a proteção da personalidade, o que dá maior concretude na proteção humana; essa cláusula geral é o princípio da dignidade humana.

Por outro lado, os direitos da personalidade não necessitam de norma expressa para seu reconhecimento, eles têm características próprias e dependem de certos direitos chamados essenciais, sem os quais a personalidade restaria irrealizada⁹⁴. Inclusive, a visão de Luís Roberto Barroso é no sentido de que os direitos da personalidade são emanações da personalidade humana, reconhecidos a todos os homens e por isso são oponíveis a toda coletividade.⁹⁵

No âmbito dessa coletividade, em um entrelace entre o direito da personalidade com direitos básicos fundamentais, encontra-se a discussão sobre a liberdade de expressão no âmbito do contrato de trabalho. Por isso mesmo, nos próximos subtópicos passa-se a explicitar o que seria a liberdade de expressão, e, mais especificamente, esta liberdade no contrato de trabalho.

1.2 Liberdade de expressão como direito humano e fundamental

A liberdade de expressão nem sempre foi considerada como um direito, muito pelo contrário. A aquisição da liberdade de expressão também passa pela história e pelas lutas contra o Estado.

Nesse sentido, interessante ver que a liberdade de expressão, nos moldes como conhecemos, advém em um primeiro momento da esfera do Direito Público, já que se constitui um direito que foi adquirido para fortalecimento dos Estados Liberais. Por via de consequência, a liberdade de expressão não foi regulada em um primeiro momento pelo Código Civil, mas pelo Direito Público.

Foi a liberdade de expressão uma aquisição em prol da construção do Estado Liberal, sendo sua conquista maior o seu reconhecimento em texto

⁹⁴ DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 17: Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais à personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados ‘direitos essenciais’, com os quais se identificam, precisamente os direitos da personalidade.

⁹⁵ Ibid, p.1.

constitucional, para assegurar que o Estado não tivesse intervenção sobre a expressão do indivíduo autocentrado.

Na história, esse reconhecimento constitucional da liberdade de expressão como um direito em detrimento do Estado pode ser exemplificado sobretudo pela Revolução Americana e pela Revolução Francesa, tidas como revoluções liberais. Esses momentos, sem dúvida, “assinalam o fim de uma época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada na história do gênero humano.”⁹⁶

Liberdade, igualdade e fraternidade, lema conhecido da Revolução Francesa que trouxe ao campo constitucional o direito à liberdade de expressão. Norberto Bobbio, ao estudar a era do advento dos direitos, chega a considerar a Revolução Francesa como a principal revolução que trouxe consequências para toda história mundial⁹⁷.

Além de ficar circunscrita no direito interno, a Revolução Francesa trouxe mudanças no cenário internacional, com noções como a garantia da liberdade de expressão não só em Constituições, mas como também em tratados internacionais, em uma ideia de contratualismo em contraposição à conceituação das liberdades como direitos naturais⁹⁸.

Assim, a liberdade de expressão também passou por uma internacionalização, sendo destaque em notáveis documentos internacionais, como na Declaração Universal dos Direitos do Homem, no Convênio Europeu de Direitos Humanos, que têm redação quase idêntica a Declaração Universal dos direitos Humanos; assim como está presente na Declaração Americana Sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica⁹⁹, e até na Declaração Internacional de Chapultepec¹⁰⁰.

⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho, 7ª ed. Rio de Janeiro: Nova Edição, 2004, p. 81.

⁹⁷ *Ibid.*, p. XIII.

⁹⁸ *Ibid.*, *idem*

⁹⁹ “Liberdade de pensamento e de expressão - Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões” In: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 22 nov 1969.

Carlos Alberto Bittar cita que o direito à liberdade faz parte das liberdades públicas, que os doutrinadores e as declarações internacionais mencionam, e destaca a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que entrou em vigor em 1953, e elencou direitos como o direito à vida, liberdade, também direitos que ele chama de individuais da coletividade, como a nacionalidade, propriedade, direito às liberdades públicas e direitos políticos que são aqueles relativos à religião, opinião, direitos econômicos e sociais que decorrem das relações laborais, além do direito moral que se liga com autoria.¹⁰¹

Da mesma forma, a liberdade de pensamento que foi tratada na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948¹⁰² e propagava em seu texto sobre a liberdade, a dignidade, e foi mencionada inúmeras vezes, no artigo 2º, 18º e em outros¹⁰³ tem essa marca criativa, particular do indivíduo.

A liberdade de expressão e a de pensamento ganharam destaque como direitos humanos após o período da Segunda Guerra Mundial, quando então o tema passou a interessar a sociedade internacional e passou a ser consolidado como “unidade indivisível, interdependente e interrelacionado, na qual os valores da igualdade e liberdade se conjugam e se completam”¹⁰⁴.

Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 08 mai 2017.

¹⁰⁰ "Não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão e de imprensa. O exercício desta não é uma concessão das autoridades; é um direito inalienável do povo. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber informação, expressar opiniões e divulgá-las livremente"

¹⁰¹ BITTAR, Carlos Alberto. Op. Cit., p. 206.

¹⁰² Art. 18: Todo o homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

¹⁰³ "Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade", diz o art. 1º. Art. 2º DUDH: Todos têm direito à liberdade, "sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição" (art. 2º).

No artigo 9º, proíbe prisões e exílios arbitrários; no art. 12º, dispõe que "ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação".

Artigo 18º: Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

¹⁰⁴ PIOVESAN, Flávia; **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010, 11ed, p. 13.

A liberdade de expressão eleva-se à categoria internacional, não se reduzindo ao domínio reservado do Estado e por ser tema de legítimo interesse internacional¹⁰⁵, bem como direito fundamental por encontrar força normativa nos próprios textos constitucionais de direito interno, como no caso a Constituição Brasileira.

O direito à liberdade de expressão, seja interna ou internacionalmente, pode ter sido fruto das Revoluções Liberais (como Revolução Americana e Revolução Francesa), sendo consolidado ao longo da história, mas mesmo na sociedade contemporânea encontra debates tanto na esfera pública quanto na privada, em uma mistura entre as duas matérias, haja vista que este direito não é a de um indivíduo isolado e autocentrado, mas, pelo contrário, é de uma pessoa com relações e vínculos com a comunidade¹⁰⁶ por isso seu exercício depende tanto dos direitos da personalidade.

A questão estudada, da tutela da liberdade expressão na esfera do Direito do Trabalho é um bom exemplo dessa fusão entre Direito Público e Direito Privado. Direitos Fundamentais aqui se entrelaçam com os direitos da personalidade, como já visto.

O próprio Direito do Trabalho já foi cercado de dúvidas quanto sua natureza, se pertencente ao Direito Público ou Direito Privado. Chegou-se à ideia de que o Direito do Trabalho é ramo do Direito Privado, possuindo como “pai” o Direito civil, mas que atualmente não deixa de ter uma abordagem constitucionalizada.

No Direito civil, a liberdade de expressão foi reconhecida historicamente por meio do Código Civil Alemão (BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch*). Também foi na Alemanha, no ano de 1958, que um importante caso fático sobre a liberdade de expressão foi colocado em julgamento, sendo conhecido como caso Luth. Esse caso tem sua importância não só pela temática do direito à liberdade de opinião e de expressão, mas também porque contou com a ideia

¹⁰⁵ PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho e proteção dos direitos sociais no plano internacional e constitucional. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana de Paula Vaz (coord.). **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 05.

¹⁰⁶ SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p.114.

de eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares.¹⁰⁷

O caso Luth também faz parte de todo um processo histórico de evolução posterior às ideias como colocadas no Estado Liberal¹⁰⁸. Ao longo do tempo, a “tradicional concepção de organização estatal começa a mudar, apoiada no princípio da autoridade do Estado à liberdade da sociedade, de certo modo um modo de equilíbrio da lei”¹⁰⁹.

Com a crise do Liberalismo e com a conseqüente crise do Direito Privado, tomado especialmente por conta da interferência do legislador na autonomia privada, trazendo grande complexidade e legislações contraditórias, abriu-se espaço para uma fusão entre Direito Público e Direito Privado, algo que Gustavo Zagrebelsky chamou de “ductibilidade do direito”. É aí então que surge a constitucionalização do Direito Privado¹¹⁰, que também atingiu o Brasil.

Na relação do Direito do Trabalho, como ramo privado, com os direitos constitucionais, como o da liberdade de expressão, assim explica Carmen Lucia Antunes Rocha: ¹¹¹

As conquistas dos direitos sociais, principalmente aquelas relativas ao trabalho e a previdência social, brotaram, no direito, primeiramente em normas infraconstitucionais. Surgiram antes como brotos menores num dos ramos do direito, para depois se mostrarem semente nova integrando a seiva firmada na raiz mesma do direito contemporâneo. Os direitos sociais foram, inicialmente, formas de manifestação legítima e necessária da intervenção do Estado em matéria econômica e de política social. Sem essa intervenção — viu-se bem na história —, a dignidade e a liberdade do homem não teriam efetividade.

De um modo geral, no Brasil o direito à liberdade de expressão também foi fruto de muitas lutas e evoluções. Ora, antes da Constituição e do Código Civil Brasileiro vigentes, o país vivenciou momentos de maiores restrições ao direito à liberdade de expressão, com reflexos na esfera trabalhista.

¹⁰⁷ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares**: o caso das Relações de Trabalho. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 77, p. 130-170, 2011.

¹⁰⁸ O caso Luth, devido à sua importância, será melhor estudado no capítulo 03, quando então o trabalho estudará a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

¹⁰⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil** – ley, derechos, justicia. 7ª ed., Torino: Ed. Trotta, 2007, p. 83.

¹¹⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit. p. 83-84.

¹¹¹ ROCHA, Carmen Lucia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999, p. 27.

Para compreender as mudanças trazidas pela Constituição e seus reflexos no mundo privado, cabe colocar que no período de 1964 a 1985 o Brasil vivenciou a ditadura militar, o que maculou diversos direitos e trouxe a necessidade de uma reação das forças sociais e políticas.¹¹²

Isso porque o período da ditadura foi marcado pela bandeira do autoritarismo, em que liberdades fundamentais foram esquecidas. O período da ditadura ficou conhecido pelas prisões políticas, pela censura e pela repressão aos indivíduos, que já haviam sido esquecidos no texto da Constituição de 1967, que embora tenha sido sendo posterior à segunda guerra mundial, não trouxe qualquer preocupação com a dignidade humana, com o homem em si.¹¹³

A ditadura representava um caos para a liberdade, mesmo a imprensa era proibida de informar aos cidadãos a real situação. Nesse sentido, assim relatou Clóvis Rossi, membro do Conselho Editorial da Folha de São Paulo, acerca da notícia do advento¹¹⁴ do Ato Institucional nº 5:¹¹⁵

(...) Jornalistas, salvo aqueles engajados em atividades político-partidárias (ou, naquela época, armadas), reagem normalmente com tremenda excitação a qualquer notícia grande, boa ou ruim. A edição do AI-5, ao contrário, foi elaborada com notável desânimo (...).

Éramos seis, no máximo. Todos sem militância outra que não o jornalismo. O único consenso perceptível era o de que as portas do futuro de repente se haviam fechado. A única saída parecia ser o aeroporto (de Congonhas, então o único aeroporto internacional de SP). Acho até que foi naquela ocasião que se criou essa piadinha, que depois se tornou recorrente. Pessoalmente, embora nunca tivesse sido vítima direta do AI-5, essa piadinha virou verdade: a partir daí, dediquei-me muito mais ao noticiário internacional (menos vigiado pela censura) do que ao nacional. Não foi solução, mas foi

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. p. 52.

¹¹³ Ibid., p. 63: No que concerne ao processo de elaboração da Constituição de 1988, há que fazer referência, por sua umbilical vinculação com a formatação do catálogo dos direitos fundamentais na nova ordem constitucional, a circunstância de que esta foi resultado de um amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do País após mais de vinte anos de ditadura militar.

¹¹⁴ No período de abril de 1964 a dezembro de 1968 quatro atos institucionais foram editados, e intuía fortalecer as autoridades da ditadura. O AI-1 de 09 de abril de 1964, que cassou políticos, demitiu mais de dez mil funcionários públicos e abriu milhares de investigações contra mais ou menos quarenta mil pessoas. O AI-2 de outubro de 1965, que acabou com os partidos políticos, o AI-3 de fevereiro de 1966, que tornou as eleições para governadores dos Estados indiretas, e o AI- 4, de 24 de novembro de 1965, que criou o sistema bipartidário no país. Por fim, o AI 5 foi a alternativa contra o que assolava o país. In: Acervo da Luta contra a ditadura. Disponível em: <<http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao.htm>>. Acesso em: 15 dez 2016.

¹¹⁵ Íntegra disponível em: <<http://novo.fpabramo.org.br/content/clovis-rossi-0>>. Acesso em: 08 mai 2017.

rima, ainda mais que, pouco a pouco, as trevas que o AI-5 lançara sobre o Brasil se foram estendendo ao conjunto da América Latina.

No âmbito jornalístico, a censura à imprensa ficou demasiada, tanto que foram publicados fragmentos da obra de Luís de Camões, *Os Lusíadas*, indicando um noticiário censurado, sob pretexto de proteção da segurança nacional ¹¹⁶.

Inclusive, a lei nº 5.250/1967, chamada Lei de Imprensa, que remete à época ditatorial, trata em uma seção inteira (artigos 12 ao 28) sobre os abusos a liberdade, chamada “Dos Abusos no Exercício da Liberdade de Manifestação do Pensamento e Informação”, essa lei foi editada no auge da ditadura militar e as ocorrências históricas marcaram sua criação. Referida lei sofre crítica de constitucionalistas como Luís Roberto Barroso, pois embora apresentem preocupação com a manutenção da democracia, liberdade e garantias essenciais, aduz que se houver interesse público na divulgação de fatos noticiáveis, não há crime, entretanto, interesse é presumido e em tese, só poderia ser excluído com comprovação expressa da ausência e do dolo.¹¹⁷

Lembra Daniel Sarmiento¹¹⁸ que nessa época, os atos de censura eram graves erros morais, e que mereciam reprovação; o preço pago era alto demais pois dizia respeito a integridade física e até a própria vida em si dos indivíduos. O autor fala da importância desse cenário para que a liberdade de expressão, do ponto de vista dos direitos fundamentais, fosse protegida, seus limites fossem estabelecidos, assim como também era importante dar ouvidos a outros direitos igualmente importantes, como igualdade, privacidade, honra e o acesso à justiça.

Diga-se de passagem, que apesar de na ditadura a questão das liberdades em detrimento do Estado ser problemática, esta relação conflituosa não é recente, já que a história das civilizações é marcada por colisões ao direito à liberdade. A bem da verdade, a liberdade de expressão era vista como inimiga da censura, era como se fosse um debate apreendido.

¹¹⁶ O ESTADÃO. *Obra de Camões denunciou censura*. 25 Setembro 2002. Disponível em: <<http://cultura.estadao.com.br/noticias/geral,obra-de-camoes-denunciou-censura,20020925p6958>>. Acesso em: 07 mai 2017.

¹¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 05-06.

¹¹⁸ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do *'Hate Speech'*. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 4, p. 53-106, 2006.

Celso Ribeiro Bastos traz uma reflexão sobre a liberdade de expressão, dizendo que o homem não se conforma em ter uma opinião sobre determinado assunto, sendo instintivo querer convencer às demais pessoas que suas teses são as corretas, que o mundo à sua volta tem que ser enxergado através de seus olhos.¹¹⁹

Do mesmo modo, períodos considerados como verdadeiras ditaduras não atingiram apenas o Brasil, mas como também se fizeram como uma realidade em variados países e em diversos momentos históricos.

Da relação entre ditadura e liberdade, interessante mencionar, ainda que exemplificativamente, estudos sobre o chamado direito ao esquecimento, ligado com a proteção dos direitos da personalidade, com origens no campo do direito penal e diretamente ligado à ressocialização, com discurso teórico pautado no amparo do direito do indivíduo de debater o uso de informações pretéritas.¹²⁰

Assim, atualmente o direito à liberdade de expressão consta da Constituição de 1988, nos artigos 5º (incisos IV, IX e XIV) e também no artigo 220 (§ 1º e 2º), sendo o direito do indivíduo de manifestar sua opinião, suas ideias, de forma livre. No ordenamento jurídico brasileiro, através da Constituição de 1988, e no mesmo art. 5º, inciso II,¹²¹ há também a definição da liberdade civil, que outorga para a pessoa humana uma esfera de liberdade própria.

¹¹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p.187.

¹²⁰ Dois casos são emblemáticos no Brasil e foram julgados pelo STJ. O primeiro trata-se do julgamento do Recurso Especial nº 1.334.097, que diz respeito à Chacina da Candelária no Rio de Janeiro, crime ocorrido em 1993. A ação de indenização foi proposta por um homem contra a Rede Globo, após o programa Linha Direta exibir uma matéria que o apontava como um dos envolvidos no crime. A emissora explicava sobre sua absolvição, mas segundo ele, as consequências foram desastrosas para a sua vida pessoal, familiar e profissional, pois a comunidade o via como um homicida. A Corte Superior reconheceu seu direito ao esquecimento e condenou a emissora a pagar danos morais.

O segundo caso, relacionada com o Recurso Especial nº 1.335.153, trata do homicídio que vitimou Aída Curi. A família da mesma também pediu indenização contra a Rede Globo, que levou ao ar no mesmo programa antes mencionado a reconstituição do crime que a vitimou. A família alegou que sofreu profunda e desnecessária dor ao rever sobre o crime. O STJ entendeu que a família de Aída também tem direito ao esquecimento, todavia, não lhe foi deferida indenização sob o fundamento de que trata-se de um fato de interesse público.

¹²¹ Art. 5º (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. *In*: BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

No Brasil, a Constituição preleciona no art. 5º, inciso IV, sobre a liberdade de pensamento, segundo a qual “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Ora, a possibilidade de pensar está presente em todas as pessoas com saúde mental e discernimento; o pensamento de cada um está ligado com sua intimidade, que é mais restrita que a própria intimidade.

Grande parte dos embates sobre a liberdade situa-se na discussão sobre a liberdade de expressão, ou sobre a colisão dessa com os direitos da personalidade. A Constituição de 1988 frisa no artigo 220¹²², sua proibição à censura, que limita não só a liberdade de se expressar, mas como também os direitos da personalidade.

A Constituição, portanto, outorgou à liberdade de expressão *status* e dignidade de direito fundamental, bem como versou nos incisos IX e XIV, do artigo 220¹²³, sobre a liberdade de expressão em atividades intelectuais, fazendo constar que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, resguardando, com isso, ainda mais a dignidade humana, de forma que ninguém pode renunciá-la.

A Constituição, ainda, prestigiou adiante a comunicação social, dizendo que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”¹²⁴ e caminhou defendendo no texto constitucional, no art. 5º, inciso II,¹²⁵ a definição do que seria a liberdade civil,

¹²² Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. *In: Ibid.*

¹²³ Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (...) XIV - e assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; (...). *In: Ibid.*, grifo nosso.

¹²⁴ Artigo 220 da Constituição Brasileira. *In: BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹²⁵ Art. 5º (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. *In: Ibid.*

uma espécie de autorização ou cessão legítima da pessoa humana em sua esfera de liberdade própria e individual, intransferível e inafastável.¹²⁶

De um modo geral, a liberdade passa então a ser encarada como um direito fundamental, com suporte constitucional, e como pressuposto para a liberdade de pensamento, tendo valor elevado frente ao que se chama de demais liberdades, assumindo lugar de matriz em relação a essas. Tal afirmação perpassou marcos revolucionários históricos, e pouco a pouco supera o cunho eminentemente individualista, conforme visto ao longo desse tópico¹²⁷.

Ora, a liberdade de expressão é uma marca criativa do indivíduo, um registro próprio do seu pensamento, sendo que sua forma muitas vezes é manifestada indiretamente. Um clássico exemplo ocorreu com obra “Guernica” do pintor Pablo Picasso: a Espanha sofria os horrores da guerra civil, e Picasso tomado por um sentimento de revolta por conta dos acontecimentos de 1937, em um momento de aflição, produziu em sua pintura a destruição de uma aldeia espanhola durante a Guerra Civil comandada pelo ditador Francisco Franco. Na memorável pintura, Picasso expressou sua indignação e revolta pelas tropas republicanas¹²⁸ e, com isso, Guernica imortalizou-se através da expressão do pintor, que marcou em uma tela a sua impressão livre da tragédia.

Essa passagem simboliza bem a marca individual, subjetiva e personalíssima da liberdade de expressão, que tem vários desdobramentos, como a liberdade de informação, a de pensamento, a religiosa e a de informação, que serão posteriormente comentadas.

Outro destaque que merece dar dado é quanto à liberdade em espaços democráticos, local no qual, para Ingo Wolfgang Sarlet, se pressupõe a plena

¹²⁶ O direito à liberdade de expressão, tem como destinatário toda pessoa, inclusive a jurídica, e por estar garantido constitucionalmente em cláusula pétrea, nos termos do disposto no artigo 60, § 4º, IV, da Constituição, não pode ser suprimido, nem por emenda constitucional.

¹²⁷ CONDESSO, Fernando dos Reis. Op. Cit., p.143, *in verbis*: “A liberdade de expressão é uma liberdade da primeira geração, reconhecida nas declarações revolucionárias do século XVIII e nos primeiros textos constitucionais, como um direito de liberdade que é, de carácter basicamente negativo, impondo ao Estado como principal dever o de se abster de qualquer ingerência na actividade (sic) comunicacional dos sujeitos privados”.

¹²⁸ AGUIAR, Lilian Martins, **A leitura da obra “Guernica”, de Picasso**, para o estudo da história. Mundo Educação. Disponível em: <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/historiageral/a-leitura-obra-guernica-picasso-para-estudo-historia.htm>>. Acesso em: 29 jul 2016.

disposição dos direitos e liberdades fundamentais, que, no entanto, para que sejam efetivamente exercidos pela sociedade, e alcancem o plano material, não podem se limitar a garantia que é expressa na Constituição:¹²⁹

A Constituição [...] na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional.

No tocante à liberdade de expressão e valoração do direito afetado, essa, enquanto um direito que tem dimensões compreendidas dentro de outras liberdades, que vão desde a liberdade religiosa, intelectual, até a moral e de expressão, não prescinde de limites, pois pode ultrapassar barreiras do tolerável, visto que, em todo tempo e incontavelmente, se violam liberdades alheias.

Abre-se um parêntese para destacar o quanto esse duelo é complexo, dada a falta de hierarquia das normas constitucionais, e por esbarrar na questão da busca pela verdade, ponto que não se discute na presente investigação. Assim, na análise do fato concreto com suas particularidades; a solução para um conflito que envolva direitos da personalidade e liberdade de expressão seria a ponderação, que é um método, que auxilia a decisão e é utilizada para casos difíceis, harmonizando princípios constitucionais.¹³⁰

Assim, em caso de colisão de direitos (manifestações de direito diferentes, mas com valor idêntico) devem ceder na medida necessária para que todos os direitos ao desenvolvimento da personalidade produzam igualmente efeitos.¹³¹

Isso tudo porque, como dito, a liberdade de expressão não é um direito absoluto, e por se inserir na intimidade, na vida privada, embora tenha proteção constitucional, enfrenta várias limitações pela sua complexidade. Nos dizeres de Luís Roberto Barroso, os direitos à intimidade e à vida privada protegem as

¹²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 82.

¹³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 11, *in verbis*: “De toda sorte, a ponderação será a técnica empregada pelo aplicador tanto na ausência de parâmetros legislativos de solução como diante deles, para a verificação de sua adequação ao caso”. Contudo, esse ponto não será objeto de aprofundamento nessa investigação.

¹³¹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. Op. Cit, p. 358.

peças na sua individualidade e resguardam até mesmo o direito de estar só.¹³² Por isso é que se afirma a dificuldade relacionada com personalidade e liberdade.

Ao falarmos ainda sobre o conteúdo normativo da liberdade é importante destacar que a liberdade é a possibilidade de escolher como se quer pensar, agir; em razão da peleja relacionada com o termo em si, a Constituição garantiu esse direito no rol dos direitos e garantias individuais em suas diversas modalidades. Por essa razão, alguns doutrinadores chegam a denominar direito às liberdades, devido à pluralidade de liberdades abordadas por nossa Carta Constitucional.

Nota-se então, o quanto a liberdade, seja de expressão, seja de pensamento tem aspectos amplos, não sendo possível definir taxativamente seu âmbito de proteção, pois se relaciona com personalidade, instituto complexo, e além disso, a própria noção de personalidade já enseja, uma conotação de liberdade.¹³³

Os direitos fundamentais constam de um rol que outorga ao indivíduo a possibilidade de exercê-los livremente, estabelecendo que a pessoa poderá agir como for conveniente para si. O direito à liberdade de expressão chega a ser confundido com outro direito, direito esse que forma parte do seu conteúdo, que é a liberdade de pensamento e de opinião.

Gloria Rivero Rojas assevera que a liberdade pressupõe diálogo livre, o que ela intitula de dimensão negativa da liberdade, um direito de comunicação livre, que pode se dar através de ideias, de opiniões, não só opiniões escritas ou orais, mas até mesmo as transmitidas através de emoções.¹³⁴ Assim, ao falar sobre a liberdade de expressão, temos que esse direito subentende uma conduta do indivíduo baseada em sua criatividade, sentimento, pensamento, separada na maioria das vezes de juízos de valor.

Notadamente no âmbito laboral, embora se pressuponha que as partes devam agir com autonomia e liberdade, se reconhece mais facilmente

¹³² BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit.

¹³³ AMARAL, Felipe Arady, p. 11176.

¹³⁴ RIVERO ROJAS, Gloria. **La libertad de expresión del trabajador**. Madrid: Trotta, 1991. p. 31-32. A autora chama isso de dimensão negativa da liberdade de expressão, aquela que se reconhece quando as manifestações são mantidas em segredo, quando o pensamento é mantido em sigilo. Essa proteção foi disciplinada pela Constituição Espanhola em seu artigo 16.2º "ninguém poderá ser obrigado a declarar sua ideologia, religião ou crença. (tradução livre).

situações em que a liberdade de um modo geral é tolhida, e por isso, seu desenvolver, como pacto sucessivo que é, convive com tantas imposições conflitantes. Isso faz com que ocorra a colisão de direitos fundamentais, porém, todo princípio e todo direito fundamental pode ser passível de restrições, haja vista, a ideia de que não há nenhum direito fundamental absoluto¹³⁵.

1.3 O direito à liberdade de expressão do trabalhador e sua casuística

A liberdade de expressão possui múltiplas facetas e uma delas se dá na sua exteriorização no contrato de trabalho. Nesse tópico a presente investigação estudará especificamente a questão do direito à liberdade de expressão do trabalhador em contraposição à autonomia privada do empregador, apresentando uma análise casuística para basear os estudos.

São muitas as questões que influenciam o desenvolvimento do trabalhador enquanto homem, e claro, como parte do contexto laboral. Afinal, o homem não é um ser estático e isolado, mas está em permanente e renovada dialética consigo mesmo, com os demais homens, com o universo e com Deus ou com a negação D'Ele.¹³⁶

Poderíamos citar inúmeros casos em que o trabalhador foi tolhido em seus direitos, perseguido por ser alguém que expressa de forma livre sua forma de se vestir, o que acaba incomodando o empregador e até causando constrangimento para ele próprio.¹³⁷ Vale dizer, geralmente, em casos assim, o empregador não concorda que está demitindo o empregado pela sua forma de expressão corporal, e nem precisaria, pois está absolvido pela lei, de ter que motivar sua dispensa¹³⁸.

Muitas vezes o empregado é condenado ao silêncio, o que igualmente incomoda seus superiores. John Mill, estudioso do tema liberdade, revelou em uma das suas passagens que se qualquer opinião é compelida ao silêncio,

¹³⁵ À exceção, segundo alguns doutrinadores, como Norberto Bobbio, do direito de não ser torturado e não ser escravizado.

¹³⁶ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. Op. Cit, p. 18.

¹³⁷ BELMONTE, **Alexandre Agra**. Essa liberdade pode sofrer restrições na relação de trabalho, desde que se levem em conta três critérios: a necessidade da regra imposta, a adequação dessa regra e a proporção em que ela é imposta. O principal critério é que a liberdade de pensamento e expressão do empregado não pode atentar contra a finalidade principal da empresa”.

¹³⁸ Esses exemplos casuísticos serão vistos ao longo de todo o tópico.

aquela opinião pode, por alguma razão, ser verdadeira. Negar isso é assumir nossa própria infalibilidade.¹³⁹ Essa disposição polêmica implica que a negação da liberdade igualmente pode ofender e gerar incômodos, inclusive no meio acadêmico. Assim, o tema em questão também é importante de análise do meio científico e da Academia, que guarda o compromisso de discutir problemas que nem sempre a sociedade quer enfrentar, trazendo para o plano prático a teoria.

José Afonso da Silva, ao falar sobre a questão da liberdade humana ensina que ao passo que se dominam a natureza e as relações sociais, o homem se torna mais livre, uma consequência da sua busca pelo conhecimento, pelas leis naturais e de compreensão sobre o que o cerca; essas aquisições acabam influenciando e transformando sua personalidade.¹⁴⁰

Outro autor que estudou a liberdade, e dirigiu sua atenção para os fins que tornam o desenvolvimento importante foi Amartya Sen, considerando central para o processo de desenvolvimento a livre condição do indivíduo, referindo-se a liberdade como antecipatória¹⁴¹. Ele assevera que para que o indivíduo possa exercer de forma plena a liberdade, passa por um processo de desenvolvimento, que inclui a eliminação do que ele diz ser a privação desse indivíduo, para o autor, mesmo quando não se quer exercer a liberdade de expressão ou da participação, mesmo assim o indivíduo está sendo privado, pois isso implica que ele não pode escolher livremente.¹⁴² Ou seja, desenvolvimento é um processo que associa a ampliação de liberdades.

¹³⁹ MILL, John Stuart, **Sobre la Libertad**, tradução de Josefa Sainz Pulido, Madrid: Aguilar, 1974, p. 66. (tradução livre).

¹⁴⁰ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 231-232. O autor ainda classifica a liberdade em interna e externa; a liberdade interna também chamada de liberdade subjetiva, psicológica ou moral é a liberdade de indiferença, que se exprime em manifestações artísticas ou literárias; e a liberdade externa, relacionada com a liberdade de fazer, ou ainda liberdade objetiva, caracterizada pela objetividade e que também representa o poder.

¹⁴¹ SEN, Amartya. Op. Cit. Cumpre notar as anotações da Apresentação da obra: “1: Sen construiu sua visão alternativa apoiado na convicção de que a promoção do bem-estar (o que se quer afinal com o desenvolvimento) deve orientar-se por uma resposta adequada à pergunta ética por excelência: onde está o valor próprio da vida humana? Na vida de qualquer pessoa, certas coisas são valiosas por si mesmas, como, por exemplo, estar livre de doenças evitáveis, escapar da morte prematura, estar bem alimentado, ser capaz de agir como membro de uma comunidade, agir livremente e não ser dominado pelas circunstâncias, ter oportunidade para desenvolver suas potencialidades”.

¹⁴² Ibid., p. 1, *in verbis*. “(...) o desenvolvimento é essencialmente um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam”.

Em seu pensamento, são os males sociais que acabam privando as pessoas de viverem dignamente: pobreza extrema, fome, subnutrição, privação de direitos básicos, marginalização, falta de oportunidades, sendo que todos esse males compartilham uma mesma classe: são variedades de *privação de liberdade*.¹⁴³

Mencionado autor defende que a justiça é medida pela sua capacidade de promover liberdades, isso liga Justiça e Desenvolvimento, em que o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam.¹⁴⁴

A liberdade também é objeto de estudo do Stephan Kirste, que afirma ser ela um requisito fundamental do Direito. A liberdade do homem é um pré-requisito fundamental do Direito, as leis e os contratos são compreendidos como expressão da liberdade política. Direito é, então, o “estar-aí” (*Dasein*) da vontade livre”, como Hegel o chama.¹⁴⁵

Compartilhando sutilmente da ideia de Amartya Sen, o autor alemão Kirste diz que os direitos humanos fundamentais e a democracia somente podem se justificar, se o sistema jurídico (*Rechtsform*) em si estiver baseado na liberdade.¹⁴⁶

De fato, a liberdade é um atributo da pessoa que se liga diretamente com a sua personalidade, e por essa razão, torna-se delicado falar de ambos ao mesmo tempo, já que a medida da liberdade é algo complexo.

No direito ao desenvolvimento da personalidade, decorre que cada homem está juscivilisticamente tutelado¹⁴⁷, e o que o direito visa proteger é a individualidade, as características pessoais de cada um, considerando a personalidade como um porto onde se apoiam os direitos a ela inerentes.¹⁴⁸

Sobre as perspectivas do trabalho e o escasso desenvolvimento dessa categoria, Leonardo Wandelli frisa que questionar o direito ao trabalho apenas

¹⁴³ *Ibid.*, p. 1.

¹⁴⁴ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p.17.

¹⁴⁵ KIRSTE, Stephan. **Introdução à Filosofia do Direito**. Trad. Paula Nasser, Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 164

¹⁴⁶ KIRSTE, Stephan. O Direito Humano Fundamental à Democracia. Trad. Marcos Augusto Maliska, **Rev. Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 20, nº 20, p. 5-38, jul./dez. 2016, p. 7.

¹⁴⁷ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. Op. Cit, p. 355. Para o autor, o indivíduo sofre interferências de terceiros, como perturbações, intromissões nas suas atividades individuais que decide livremente promover.

¹⁴⁸ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. Op. Cit, p. 47.

pensando no trabalho abstrato, desrealizador, leva a uma paralisia sobre o intento emancipador que este possui.¹⁴⁹

A par dessas considerações, é forçoso afirmar que o trabalho contribui para o desenvolvimento do trabalhador, de forma que retirar dele o Direito ao trabalho do sujeito é condená-lo a estagnação do seu livre desenvolvimento.¹⁵⁰

Importa destacar, que o livre desenvolvimento compreende autonomia, autodeterminação, e que pode ser visto como um direito humano e fundamental, pois assim como os demais direitos humanos se complementam, considerando que solidariedade e igualdade não se separam, o direito ao desenvolvimento da pessoa também. Um acordo semântico é proposto por Rodrigo Pereira Moreira, de forma que podemos chamar de “pleno desenvolvimento da pessoa humana”, “livre desenvolvimento da pessoa humana” e “livre desenvolvimento da personalidade”.¹⁵¹

As disposições sobre os direitos da personalidade têm estreita relação com o livre desenvolvimento da personalidade e com o sujeito trabalhador. Por isso, o contrato de trabalho, como instrumento, não pode ser um legitimador de restrições desses direitos, ainda que não sejam tratados expressamente pela Consolidação das Leis Trabalhistas e pela Constituição, como visto anteriormente.¹⁵²

Ora, os direitos da personalidade, também denominados de direitos personalíssimos, são aqueles direitos inerentes à pessoa humana, como o nome e a honra, compondo a personalidade um atributo conferido pela lei, em que o sujeito é titular de direitos e deveres contraídos em suas relações jurídicas, e a capacidade seria um qualificativo desse atributo, ambas necessárias para realização de relações jurídicas.¹⁵³ Ou seja, sem o

¹⁴⁹ WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho**. Fundamentação e exigibilidade, São Paulo, 2012, LTR, p.6.

¹⁵⁰ Existem outros titulares de direitos e deveres relacionados com o livre desenvolvimento, como é o caso do idoso, do adolescente.

¹⁵¹ MOREIRA, Rodrigo Pereira. **Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade - Proteção e Promoção da Pessoa Humana**, Curitiba, Juruá, 2016, p. 83.

¹⁵² Em vários dispositivos a CLT indiretamente trata da tutela dos direitos da personalidade como ocorre no art. 483 da CLT.

¹⁵³ LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no Direito Privado brasileiro. In: Judith Martins-Costa. (Org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p 277.

reconhecimento da pessoa não haveria de se falar em relações jurídico-privadas.

Segundo o Código Civil temos duas espécies de sujeitos: a pessoa natural (pessoa física) e a pessoa jurídica. Há também “corpos intermediários”, com personalidade apenas no campo processual, como seria o caso do condomínio e da massa falida. Como iremos estudar o trabalhador, nosso foco será sobre a pessoa física, sem desconsiderá-la que ela convive com outros sujeitos de direito.

Segundo explica Luiz Edson Fachin, essa convivência, a princípio, seria considerada juridicamente igualitária para todos. Contudo, com a crise da era liberal viu-se a necessidade de observar que o ser humano, sujeito de “carne e osso”, não era algo abstrato, sendo que haveria de se ter diferenciações e foi apenas com esse reconhecimento que se teve um giro repersonalizante, colocando não mais o patrimônio em primeiro lugar, mas sim a pessoa humana¹⁵⁴ Com o reconhecimento dessas diferenciações, abriu-se espaço para discussão de temas como das peculiaridades do contrato de trabalho e da relação patrão-empregado.

Rodrigo Pereira Moreira também lembra que a explicação para fundamentar essa diferenciação é marcada pelo ponto de desequilíbrio de poder e exercício normativo nas relações de trabalho e pela desigualdade que há entre as partes.¹⁵⁵ Em outra análise, Fabio Andrade Siebeneichler comenta que o direito do trabalho constrói vários princípios de proteção ao trabalhador para atenuar no plano fático essa situação, escolhendo regras e princípios que mais o favoreçam, como princípio da irrenunciabilidade, da primazia da realidade, da proteção.¹⁵⁶

O direito da personalidade também é considerado como direito originário e que pode se impor a todos (natureza de direito subjetivo absoluto),

¹⁵⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro, São Paulo: Ed. Renovar, 2001, p. 247.

¹⁵⁵ MOREIRA, Rodrigo Pereira. Op. Cit. p. 85.

¹⁵⁶ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; GUDDE, Andressa da Cunha. **O Desenvolvimento dos Direitos da Personalidade, sua Aplicação às Relações de Trabalho e o Exercício da Autonomia Privada**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 8, n. 2, dez. 2013. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43134>>. Acesso em: 05 Fev. 2016, p.424.

caracterizado por ser extrapatrimonial, intransmissível, imprescritível e vitalício.

157

Entretanto, como visto, o *status* de direito fundamental dado ao trabalho, embora inefetivo, como tem se tratado, colide em certa medida com os direitos da personalidade que tem a marca da autonomia privada, com a manifestação do pensamento livre e outras concepções de cunho privado, o que torna complexo o debate que gira em torno da sua aplicabilidade no âmbito das relações laborais, também face a sua intangibilidade; sendo necessário bem mais que ponderação de valores, mas, análise do caso concreto.¹⁵⁸

É igualmente relevante então tratar da harmonização com os direitos fundamentais e direitos da personalidade, no âmbito da relação laboral. Esta relação se trata da esfera privada, pois o direito ao livre desenvolvimento como se verá adiante, pressupõe exercício livre de um direito e nos remete ao franco projeto de vida, ao direito geral de ação. No entanto, o ambiente de trabalho normalmente é um espaço marcado por dominação, privação, restrição, o que traduz a grande dificuldade de se aliar, na prática, trabalho e desenvolvimento livre do sujeito trabalhador.

Assim, cabe apresentar uma análise casuística para compreensão geral do tema estudado, em um rol exemplificativo de situações cotidianas que chegam para análise no Judiciário.

É de extrema importância, porém diferenciar antes a liberdade de expressão da liberdade de informação, que não são a mesma coisa, apesar de possuírem em sua gênese os movimentos revolucionários do século XVIII. O direito humano e fundamental à liberdade de expressão seria inserido como uma espécie de Direito civil e político, já o direito à informação seria inserido dentro dos direitos sociais e culturais, pois estariam circunscritos à ideia de vida social e coletiva do sujeito. E quanto à diferenciação conceitual, explica Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho que enquanto o direito de

¹⁵⁷ BODIN de MORAES, Maria Celina. O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo. In: Ingo W. Sarlet. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 107-151.

¹⁵⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013. p. 207-211. Autores como Mauricio Godinho, defendem que apenas a prescrição e a decadência são casos de disponibilidade dos direitos trabalhistas, analisando que até mesmos os casos de renúncia como do dirigente sindical, do trabalhador que opta por banco de horas, é um fato que só pode ser cancelado se não causar prejuízos ao trabalhador

informação está inscrito penas à divulgação do fato, o direito de expressão é o poder de manifestar seu pensamento por qualquer meio.¹⁵⁹

Assim, no caso da liberdade de informação, mesmo sendo “livre”, não pode manipular a opinião pública ou fraudar dados e informações, pois ela compreende informações, acesso e recebimento, sem censura.¹⁶⁰ A informação tem poder de influenciar, de alterar, de convencer, ele decorre da liberdade de expressão.¹⁶¹

Mas a liberdade de informação também está ligada com a esfera individual, e traduz uma limitação do Estado em sua expressão, pois embora tenha o indivíduo liberdade de pesquisar, divulgar, informar, sem interferência do Estado, existem matérias sigilosas que lhe são vetadas pela Constituição, nos exatos termos do art. 5º, XXXIII.¹⁶² José Afonso da Silva inclusive assevera que o acesso de todos à informação é um direito individual consignado na Constituição, que resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao sigilo profissional.¹⁶³ A partir da leitura desse dispositivo, nota-se a preocupação do Estado em proteger o direito à comunicação, e de outro lado uma preocupação para que o próprio Poder Público não bloqueie a liberdade de informar.

Por isso é necessário entender que o direito da informação, ao lado da liberdade, diz respeito não só a divulgação de fatos, mas a livre expressão do pensamento, por qualquer meio, seja a criação artística ou literária, que inclui o cinema, o teatro, a novela, a ficção literária, as artes plásticas, a música, até mesmo a opinião publicada em jornal ou em qualquer outro veículo.¹⁶⁴

A liberdade de informação está intimamente ligada à liberdade de imprensa, já que esta última não deixa de ser um bem coletivo, que perpassa a

¹⁵⁹ CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Direito de Informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25.

¹⁶⁰ Idem, p. 249.

¹⁶¹ MACHADO, Jônatas E. M. **Liberdade de Expressão**. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 474-475: No entanto, importante salientar que, particularmente no domínio da autodeterminação político-democrática da comunidade, as ideias de verdade e objetividade, a despeito de suas limitações, assumem centralidade como instrumentos de salvaguarda de bens jurídicos de natureza individual e coletiva. Isso se traduz na existência de uma obrigação de rigor e objetividade por parte das empresas jornalísticas e noticiosas para além de uma obrigação de separação, sob reserva do epistemologicamente possível, entre afirmações de facto e juízos de valor, informações e comentários.

¹⁶² SILVA, José Afonso da. Op. Cit, p. 245.

¹⁶³ SILVA, José Afonso da. Op. Citp. 245.

¹⁶⁴ CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Direito de Informação e liberdade de expressão**, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25.

atividade dos profissionais ligados a essa atividade, mas revela um direito abrangente que assegura o direito de veiculação em impressos, sem que o Estado interfira.¹⁶⁵ Sobre o assunto, pode-se citar que questões atinentes à atividade jornalística também aparecem, afinal, como pode o jornalista expressar sua opinião e fornecer a informação?¹⁶⁶

A liberdade de cátedra também é tutelada pela Constituição Brasileira, em seu artigo 206, como forma de liberdade de expressão. Nesse artigo, a Constituição traz princípios norteadores do ensino de maneira geral e trata da valorização dos trabalhadores professores e suas concepções pedagógicas, embora não cogite expressamente, de garantia para a expressão dos mestres.

Aludido texto constitucional consigna que a liberdade de cátedra compreende a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o pluralismo de ideias¹⁶⁷, tendo em vista que a liberdade de cátedra é o alvedrio de ensinar, a liberdade acadêmica, que não deixa de ser um princípio, que garante a liberdade de ensino de forma ampla.

Além disso, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, (LDB, Lei nº 9.394/96), em seu artigo 3º, incisos II, III e V também estatuiu de forma específica princípios norteadores do ensino e trata com inspiração sobre os princípios da atividade de ensino, sendo que cada um dos incisos daria, inclusive, uma boa discussão.¹⁶⁸

¹⁶⁵ PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 90. A liberdade de informação jornalística compreende o direito de informar e, bem como o do cidadão de ser devidamente informado. Qualquer legislação infraconstitucional que constitua embaraço à atividade jornalística, por expressa disposição da nossa Carta Magna, deve ser declarada inconstitucional, conforme o art 220, §1º. Tal liberdade, deve ser exercida de forma compatível com a tutela constitucional da intimidade e da honra das pessoas, evitando situações de abuso ao direito de informação previsto na Constituição.

¹⁶⁶ A questão do jornalista não será aqui investigada por conta de sua especificidade, mas se pretende que seja fruto de futuros estudos.

¹⁶⁷ Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, ..

¹⁶⁸ Art. 3º. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas; 233

IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância; V - coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

VI - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

VII - valorização do profissional da educação escolar;

VIII - gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino;

Mencionada lei em seu artigo 53 § único, inciso V, assegura também autonomia didático-científica aos professores, delegando aos colegiados de ensino e pesquisa das universidades, a decisão sobre a contratação e dispensa de professores.¹⁶⁹

A liberdade de cátedra é uma liberdade individual e merece um parêntese, no que diz respeito a questão da proteção da personalidade, justamente por ser um instituto bastante delicado e porque pode inclusive substituir a liberdade de expressão do docente. Nas palavras de Eunice Durhan a autonomia de que gozam os professores é restrita ao exercício de suas atribuições e não tem como referência o seu próprio benefício, mas uma finalidade outra, que diz respeito à sociedade.¹⁷⁰

O papel de educar ligado ao exercício de cátedra é importante não apenas pelo aprendizado, mas tem como finalidade a garantia do pluralismo de ideias, tratando-se de um direito basilar para a formação da pessoa. Nas palavras de Ana Paula Barcellos, é elementar no desenvolvimento da pessoa, no seu preparo para a cidadania e em sua qualificação para o trabalho. O aprendizado e a alfabetização contribuem para formar a consciência no exercício de direitos fundamentais, na informação sobre seus direitos fundamentais e no seu exercício, a exemplo do ato de votar.¹⁷¹

O professor enfrenta dilemas ao desempenhar suas funções, pois no geral não poderia desenvolver com liberdade de cátedra seu ofício, expor seu pensamento, trazer para a sala de aula sua carga ideológica, sendo que se chega a afirmar que a liberdade de cátedra se choca com a liberdade de expressão, sendo o professor responsável por proteger o direito fundamental que é a educação, que contribui para o desenvolvimento da pessoa.

Oportuno destacar um caso julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (Paraná), que envolve reclamatória trabalhista em que o autor

IX - garantia de padrão de qualidade;

X - valorização da experiência extra-escolar;

XI - vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.

¹⁶⁹ Parágrafo único. Para garantir a autonomia didático-científica das universidades, caberá aos seus colegiados de ensino e pesquisa decidir, dentro dos recursos orçamentários disponíveis, sobre:

¹⁷⁰ DURHAN, Eunice Ribeiro. **A autonomia universitária: o princípio constitucional e suas implicações.**, p. 3. NUPES - Núcleo de Pesquisas sobre Ensino Superior Universidade de São Paulo e Departamento de Antropologia – FFLCH. Disponível em: <<http://nupps.usp.br/downloads/docs/dt8909.pdf>>. Acesso em: 07 jul 2016.

¹⁷¹ BARCELLOS, Ana Paula. Ob. Cit. p. 615-616.

postulou danos morais e anulação do ato demissional, sendo o empregador condenado a indenizá-lo por danos morais e reintegrar o mesmo ao Departamento de Filosofia e à cátedra semelhante a que o professor vinha ministrando, que era Introdução à Filosofia e Metodologia da Pesquisa em Filosofia I. Em decisão recursal, o Tribunal regional reconheceu que as duras críticas dirigidas ao autor que atuava com afinco na organização sindical motivaram atitudes de perseguição persecutórias. O voto do relator destacou o direito à livre manifestação de pensamento e à honra do professor, tolhida no processo que, determinou à época, que o professor somente poderia lecionar apenas disciplinas básicas, após mais de duas décadas à frente do departamento de filosofia.¹⁷²

Esse caso nos remete à laboriosa questão que é a cátedra nas universidades, seja ela de iniciativa privada ou não. Muitas vezes o empregado é demitido por expressar-se, por não comungar das mesmas ideias do empregador e isso jamais é revelado. Nesse sentido, por exemplo, obviamente que instituições de ensino assumidamente cristãs não enxergam com bons olhos professores ateus, agnósticos ou que defendam valores contrários aos que constam na Bíblia e o façam publicamente ou no exercício da docência. Entretanto, é um corolário lógico dessas instituições, e, por isso, discutível se representaria afronta à liberdade de cátedra de um professor que é contratado tendo conhecimento do estandarte da instituição, pronunciar o oposto.

Entretanto, é preciso ter em mente que a liberdade tem limites, dispostos pela lei, como bem preleciona José Afonso da Silva, já que o princípio maior é o de que todos têm a liberdade de fazer e de não fazer o que bem entenderem, salvo quando a lei determine o contrário.¹⁷³ E assim, não se pode afirmar que o professor tem a integral liberdade de cátedra.

O revés todo está quando a liberdade, mesmo que indiretamente, é posta em xeque. O professor, como dito, dentre os inúmeros empregados, talvez seja um dos trabalhadores que encontra mais desafios em sua jornada,

¹⁷² Processo nº. 1409100-39.2004.5.09.0014, julgado em 09 de março de 2010, publicado em 11 de junho de 2010 no Diário da Justiça, Desembargador Relator: Ana Carolina Zaina, 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região.

¹⁷³ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 236.

pois sua atividade reflete quase que um mural, que o expõe em face de sua posição ou mesmo de sua omissão.

Existe, por isso, uma delicada discussão em torno da liberdade de cátedra: considerando que a educação é um direito fundamental disposto no artigo 6º e artigo 205 da Constituição¹⁷⁴, até que ponto pode ser um professor penalizado por exercê-la? Qual é o limite desse exercício?

Oportuno lembrar o que Daniel Hachen, citando o pensamento de Ana Paula de Barcellos, afirma sobre a natureza material e o caráter instrumental de educar: ¹⁷⁵

(...) Sua explicação assenta-se em um raciocínio lógico. A saúde e a educação ensejam um primeiro momento da dignidade humana, garantindo condições iniciais para que o indivíduo possa desenvolver sua personalidade de forma autônoma. Ademais, a educação configura um pressuposto para a participação do cidadão no Estado e para o exercício da cidadania.

No caso de um professor, empregado público por exemplo, é igualmente enredado lidar com questões da liberdade, seja por conta da ordem subjetiva de seu conteúdo, seja porque existe uma sistemática no âmbito da sua contratação, efetivação e dispensa, necessitando de processo administrativo, que em linhas gerais é um instrumento de proteção ao seu direito de expressão.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB)¹⁷⁶, por sua vez, dispõe expressamente que a dispensa de professores só poderia ocorrer mediante a instauração de procedimento administrativo, observadas as fases de contraditório e da ampla defesa, e inclusive não separa dessa regra os professores concursados dos professores de entidades privadas. Essa mesma

¹⁷⁴Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

¹⁷⁵HACHEN, Daniel Wunder. **A maximização dos Direitos Fundamentais Econômicos e Sociais pela via Administrativa e a Promoção do Desenvolvimento**, Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, janeiro/junho de 2013, p. 340-400, p. 359.

¹⁷⁶ Lei 9394/96 de 20 de dezembro de 1996.

Lei, em seu art. 67¹⁷⁷ trata da valorização do profissional de educação e fala sobre o ingresso do professor por meio de prova de títulos, reforçando o entendimento de que, para o desligamento do professor, é necessária a motivação do ato pelo empregador, sob pena de infração a direito da personalidade, da imparcialidade e da impessoalidade na contratação, requisitos que se não observados resultam na constatação de discriminação.

Geralmente, consta nos regimentos das instituições que o professor poderá defender-se ou justificar seus atos, tendo direito à ampla defesa e ao contraditório, direito esse que já foi primeiramente amparado pelo artigo 5º inciso LV da CF.¹⁷⁸ Para tanto, prevê defesa para o professor que teve um justo motivo como causa da sua demissão, e a instauração de processo administrativo para constatação das supostas faltas, com todas as etapas processuais. Contudo, deixa uma brecha para os casos em que, não tendo ocorrido falta grave pelo professor, e simplesmente uma falha, possa esse ser demitido sem a oportunidade de defender-se.¹⁷⁹

Um professor que esteja respondendo um processo administrativo pode adotar, como estratégia, a demonstração, por prova, que seu direito à liberdade de cátedra foi suprimido ou reduzido, podendo também buscar, comprovadamente, que sofreu violação a outros direitos fundamentais pela não observância às regras de retratação por parte da instituição, e, vendo sua

¹⁷⁷ Art. 67. Os sistemas de ensino promoverão a valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes, inclusive nos termos dos estatutos e dos planos de carreira do magistério público:

I - ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos;

II - aperfeiçoamento profissional continuado, inclusive com licenciamento periódico remunerado para esse fim;

III - piso salarial profissional;

IV - progressão funcional baseada na titulação ou habilitação, e na avaliação do desempenho;

V - período reservado a estudos, planejamento e avaliação, incluído na carga de trabalho;

VI - condições adequadas de trabalho.

§ 1º A experiência docente é pré-requisito para o exercício profissional de quaisquer outras funções de magistério, nos termos das normas de cada sistema de ensino. (Renumerado pela Lei nº 11.301, de 2006)

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico. (Incluído pela Lei nº 11.301, de 2006).

¹⁷⁸ LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹⁷⁹ No Brasil a LDB, tem nítido caráter geral e confere às universidades a atribuição de estabelecer, por meio de colegiados, critérios internos de admissão e dispensa de professores.

dispensa mantida, pode propor anulação judicial do ato praticado pelo empregador.

À liberdade de cátedra é imprescindível equilibrar a importância da educação com o direito que assiste aos professores de exercer sua atividade docente, e, posteriormente, conectar esse exercício profissional ao direito de liberdade, de modo a não o violar. Não obstante, em que pese o texto constitucional dê ao trabalho características de direito individual essencial, compete ao Estado impor regras e proibições, inclusive quando essa lida implique em atividade de cátedra.

Por conseguinte, retomando novamente o exemplo das instituições cristãs com professores de outras crenças, decorre da liberdade de expressão o direito à liberdade religiosa, considerada ao longo do tempo, em especial nas teorias filosóficas do século XVIII ¹⁸⁰, como um direito inato do homem.

Essa liberdade de crença surgiu no pensamento jurídico por força da Declaração de Direitos da Virgínia (1776), que trazia em seu bojo que “todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião, segundo os ditames da consciência”; posteriormente, a primeira emenda à Constituição Americana em 1789 tratou do tema e dispôs que o “Congresso não poderá passar a lei estabelecendo uma religião, proibindo o livre exercício dos cultos”.

Em 1789, então na França, a Declaração de Direitos do Homem, também revelou preocupação com o tema e dispôs no artigo 10 que “ninguém deve ser inquietado por suas opiniões mesmo religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei” e ainda no artigo 4º. ¹⁸¹ Depois disso, após a Convenção Nacional, ordenou-se que a igreja deveria ser separada do Estado, e Napoleão então assinou uma concordata com a Igreja Católica e a tornou a religião oficial, só então em 1905, é que houve definitiva separação da Igreja e do Estado. Posteriormente, em

¹⁸⁰ Santo Agostinho, por exemplo, não falava apenas em liberdade, mas em livre-arbítrio, e em seus ensinamentos contribuiu para enobrecer a liberdade do homem em poder escolher quais caminhos iria trilhar no que se refere a sua orientação espiritual.

¹⁸¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos.**, 1948 Disponível em: <http://www.comitepaz.org.br/download/Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 15 out 2015, *in verbis*: A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique a outrem. Assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem limites, senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente a lei poderá determinar.

1824, a Constituição Brasileira tratou da religião católica e a instituiu como religião oficial do império, autorizando o culto livre a todos as demais religiões.

Todavia, através de culto doméstico, ou seja, sem divulgação pública, a disposição constitucional não só garantiu uma justa tolerância, mas concedeu a liberdade essencial, não só ao culto, mas mesmo em edifícios apropriados e para isso destinados, não devendo somente ter formas os exteriores de templos.¹⁸²

A influência da religião, contudo, não esteve circunscrita ao direito arcaico, durante séculos religião e direito mantiveram entre si relação bastante estreita. Engana-se quem supõe que, sob a batuta da secularização e da laicização do Estado, o estranhamento entre dois fenômenos tenha redundado em uma completa dissociação.¹⁸³

O catolicismo foi considerado a religião oficial do Brasil até a Proclamação da República em 1891, quando o país passou a se nominar como laico, e o catolicismo deixou de ser a religião oficial, tendo sido autorizado pelo artigo 72 do seu texto, que o indivíduo poderia escolher, caso quisesse, uma religião.¹⁸⁴

Embora alguns censos demonstrem que no Brasil há declínio da participação católica na população, esses mesmos estudos demonstram que houve aumento no número de pessoas que declaram a sua religião, de praticantes; sobretudo por conta do movimento carismático. Cristovam Aloísio destaca que o percentual de praticantes entre evangélicos é maior do que católicos, e destaca que ao passo que os evangélicos tendem a romper com a tradição de frequentar uma religião, os carismáticos são mais organizados e comprometidos ¹⁸⁵. Ainda, comenta ¹⁸⁶:

¹⁸²BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito Público brasileiro e a análise da Constituição do Império**. Brasília: Universidade de Brasília, 1978, p.389.

¹⁸³ JUNIOR SANTOS, Cristovam Aloísio. **Liberdade Religiosa e contrato de trabalho: A dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho**. Niteroi, Editora Impetus, 2013, p.7.

¹⁸⁴Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

§ 3º - Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum. (...)

§ 7º - Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados.

¹⁸⁵ JUNIOR SANTOS, Cristovam Aloísio. Op. Cit. p. 13.

(...) a despeito da relativização de valores que caracteriza a presente época e de tantos vaticínios desfavoráveis surpreende que na contemporaneidade a religião tenha se reinventado e, de diferentes formas tornado a ocupar um lugar de importância no espaço público, destacando-se aí pela congruência com a temática aqui abordada, a sua presença no setor econômico, onde cada dia mais as crenças religiosas consolidam a sua influência no Brasil

O termo laicidade é bastante citado quando se fala em religião e alça grandes discussões, comportando vários conceitos.¹⁸⁷ Daniel Sarmento, ao citar JJ Canotilho, explica: ¹⁸⁸

A laicidade impõe que o Estado se mantenha neutro em relação às diferentes concepções religiosas presentes na sociedade, sendo-lhe vedado tomar partido em questões de fé, bem como buscar o favorecimento ou o embaraço de qualquer crença.

Assim como a afirmação de Estado laico gera polêmica e debates conceituais, no que se refere à ideia de fé, que não é consensual, ela se liga com a condição do homem de consagrar sua crença e de professá-la no ambiente social:¹⁸⁹

A despeito da afirmação do caráter laico do Estado Constitucional contemporâneo, como também se verifica no caso brasileiro desde a proclamação da República, nunca é demais lembrar que as liberdades de consciência, de crença e de culto, as duas últimas usualmente abrangidas pela expressão genérica “liberdade religiosa”, constituem uma das mais antigas e fortes reivindicações do indivíduo. Levando em conta o seu caráter sensível (de vez que associado à espiritualidade humana) e mesmo a sua exploração política, foi uma das primeiras liberdades asseguradas nas declarações de direitos e uma das primeiras também a alcançar a condição de direito humano e fundamental consagrado na esfera do direito internacional dos direitos humanos e nos catálogos constitucionais de direitos.

Foi então com a Constituição que a religião foi transplantada definitivamente como direito fundamental, e no artigo 5º, VI e VIII a

¹⁸⁶ Iden. p. 14.

¹⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, Op. Cit. p. 94 explica: A referência feita a Deus no Preâmbulo da CF, além de não ter caráter normativo, não compromete o princípio da neutralidade religiosa do Estado, que, por sua vez, não implica – ainda mais consideradas as peculiaridades da ordem constitucional brasileira – um total distanciamento por parte do Estado da religião, distanciamento.

¹⁸⁸ SARMENTO Daniel. O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. RDE. **Revista de Direito do Estado**, v. 8, p. 75-90, 2007, p. 84.

¹⁸⁹ SARLET, Ingo W. Op. Cit., p. 130.

disciplinou.¹⁹⁰ Outros dispositivos constitucionais além desse, também mencionam a questão da religião e embora não tratem da liberdade propriamente, demonstram a preocupação constitucional com o tema.¹⁹¹

É importante destacar que há distinção entre liberdade religiosa e de consciência. Não obstante a liberdade de consciência tenha forte vínculo com a liberdade religiosa, ambas não se confundem, e apresentam dimensões autônomas; a liberdade de consciência assume, de plano, uma dimensão mais ampla.¹⁹²

Talvez a explicação possa estar nas observações de Antônio Carlos Wolkmer, que, ao citar Marx, já afirmava que a diversidade das formas de organização social, emanando normas próprias para regular seus membros, perfazem uma rede imensa de "jurisdicidades", o que confere uma natureza "plural" ao Direito.¹⁹³ Depreende-se disso, que a unicidade da ordem jurídica não se considera uniforme, ao contrário, a prática de uma realidade única do direito está muito distante, até porque nossa sociedade é pluridiversificada e por isso, admite a liberdade religiosa em várias formas de expressão (tradições, símbolos, crenças, etc.).

Esse destaque sobre o reconhecimento do pluralismo é importante para se refletir sobre a liberdade exercitada em um espaço privado e a liberdade praticada em um espaço público, bem como para reconhecermos o fato de que a vida se constitui de pessoas, seus valores, suas crenças, sua fé, suas aspirações, não bastando apenas a garantia formal dos direitos.

¹⁹⁰ Artigo 5º VI: E inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

VIII: ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa fixada em lei.

¹⁹¹ Outros dispositivos tratam da liberdade religiosa, dentre eles o artigo 19, I, que veda aos Estados, Municípios, à União e ao Distrito Federal de manter aliança com seus representantes ou relações de dependência, salvo se for de interesse público. Temos ainda no artigo 150, VI, "b", proibição para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios de instituir impostos sobre templos de qualquer culto, e no parágrafo 4º e inciso VI alíneas b e c, trata das finalidades essenciais relacionados com as entidades religiosas. Outro artigo que também trata da religião, é o artigo 120, e diz respeito aos conteúdos mínimos para o ensino fundamental, e se ocupa de conferir respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais, salientando no parágrafo 1º sobre o ensino religioso como matéria facultativa.

¹⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. Notas acerca da liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988. **Revista DIREITO UFMS**, Campo Grande, MS - Edição Especial - p. 87 - 102 - jan./jun. 2015, p. 90.

¹⁹³ WOLKMER, Antonio Carlos, **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001, p.112.

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que se a Constituição tiver postura hostil em seu texto, não será compatível com o pluralismo que afirma o respeito prometido aos direitos fundamentais. E uma estrita e radical separação entre Igreja e Estado seria, em certa medida, até mesmo incompatível com o reconhecimento da liberdade religiosa como direito fundamental; até porque, no Brasil há em caráter facultativo, o ensino religioso, o casamento religioso com efeitos civis.¹⁹⁴

É claro que a própria democracia trouxe novos debates sobre as liberdades, algo complexo quando o que se discute é o local onde o indivíduo exerce sua crença, se em um espaço público ou privado, mesmo porque a noção do que é sagrado, do que é considerado fé, é alvo de discussão constante.¹⁹⁵

Considerando que a liberdade tem suas dimensões traçadas por outras liberdades, dentre as quais a liberdade religiosa, assume relevo na definição do que se considera uma religião.¹⁹⁶ Sobre essa complexidade, menciona Vital Moreira:¹⁹⁷

A liberdade de pensamento (liberdade ideológica) tem a ver com a liberdade de ter ideias e opiniões de pessoas em geral, em todos os domínios (ideológico, político, cultural, etc.) bem como a liberdade de fazer juízos sobre ideias e opiniões alheias. A liberdade de consciência (liberdade moral) consiste na liberdade de convicção moral ou filosófica, implicando a adesão a um determinado conjunto estruturado de valores, crenças ou mundividências (humanismo, pacifismo, laicismo, criacionismo, etc.) a liberdade de religião caracteriza-se pela liberdade de crença religiosa de ter fé numa divindade e de pertencer a uma comunidade de crentes na mesma confissão religiosa (congregação ou igreja).

Na esfera dos direitos do homem, representada pelas convenções e tratados internacionais, a liberdade de crença foi reconhecida e sua proteção

¹⁹⁴SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit..p. 95.

¹⁹⁵DURKHEIM, Emile. As formas elementares da vida religiosa: O sistema totêmico na Austrália. Trad. Paulo Neves. São Paulo. Martins Fontes, 1996 1989, p. 70: O sagrado e o profano foram sempre e por toda a parte concebidos pelo espírito humano como gêneros separados, como dois mundos entre os quais nada há em comum. (...) Mas o aspecto característico do fenômeno religioso é o fato de que ele pressupõe uma divisão bipartida do universo conhecido e conhecível em dois gêneros que compreendem tudo o que existe, mas que se excluem radicalmente. As coisas sagradas são aquelas que os interditos protegem e isolam; as coisas profanas, aquelas às quais esses interditos se aplicam e que devem permanecer à distancia das primeiras.

¹⁹⁶ Ibid., p.93.

¹⁹⁷Moreira, Vital. Op. Cit. p. 630.

ampliada em vários aspectos, notadamente a Organização Internacional do Trabalho (OIT), com papel expressivo no cenário internacional, versou na Convenção nº 111, da qual o Brasil é signatário, proibindo a discriminação do trabalhador em seu ambiente de trabalho por motivos de raça, cor, religião, sexo, opinião política, ascendência nacional ou origem social.

A liberdade de religião consta também de documentos internacionais prestigiados, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem já mencionada, e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que recepcionaram e legislaram sobre a liberdade religiosa, de manifestação, e também sobre a proibição de que sejam anulados ou tolhidos esses direitos.¹⁹⁸

Ingo Sarlet afirma inclusive, que a liberdade de consciência e a liberdade religiosa, com o passar do tempo, foram sendo modificadas nos textos internacionais, o que contribuiu para o exercício das liberdades de uma forma geral:¹⁹⁹

Todavia, o modo pelo qual a liberdade de consciência e a liberdade religiosa foram reconhecidas e protegidas nos documentos internacionais e nas constituições ao longo do tempo é bastante variável, especialmente no que diz com o conteúdo e os limites de tais liberdades, o que também se verifica na esfera dos textos constitucionais.

Uma questão curiosa afeta à liberdade religiosa tratada por Cristovam Aloisio é que a religião, liga-se com direitos humanos, e coopera abertamente para firmá-los, isso porque não é fácil descolar o discurso religioso da ideia de direitos humanos. Igualmente, não é possível permitir que se relegue ao limbo do esquecimento o fato histórico de que a retórica religiosa foi de grande importância para a consagração dos direitos humanos, notadamente a partir da noção de dignidade humana.²⁰⁰

¹⁹⁸Cita-se o artigo 18 da DUDH, ressaltando que a Declaração menciona em vários artigos acerca da liberdade.

Artigo 18: Todo o homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

¹⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade religiosa e dever de neutralidade estatal na Constituição Federal de 1988, Revista Consultor Jurídico, julho de 2015, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-10/direitos-fundamentais-liberdade-religiosa-dever-neutralidade-estatal-constituicao-federal-1988>, acessado em 10/09/2015.

²⁰⁰ JUNIOR SANTOS, Cristovam Aloisio. Op. Cit. p. 11.

Destaca-se que nos dias hoje a religião ocupa espaços públicos e espaços econômicos, sendo importante por produzir uma interpretação da realidade e da história. Mesmo Marx tratava a religião como “ópio do povo”, o que reduzia a sua importância social.²⁰¹

A religião é a teoria deste mundo, o seu resumo enciclopédico, a sua lógica em forma popular, o seu *point d'honneur* espiritualista, o seu entusiasmo, a sua sanção moral, o seu complemento solene, a sua base geral de consolação e de justificação. É a realização fantasmal da essência humana, porque a essência humana não possui verdadeira realidade.²⁰²

Em especial a liberdade religiosa, tem como estandarte a prática do culto e abstenção de atos que intimidem, ou possam violar ou agredir a liberdade individual, e conta com uma ponderação acerca dos limites dessa liberdade, pois não há leis ordinárias legítimas para cada ação humana e nem poderia haver. Dessa forma, mesmo que a Constituição Federal expresse autorização quanto a essa liberdade, o dilema da vida enfrenta outras histórias.

Não são recentes e incomuns contendas que emblematicamente a liberdade religiosa, como o caso citado por Ingo Sarlet, em que um símbolo religioso foi objeto de conflito, levando referida contenda às cortes internacionais, para que fosse decidida questão afeta ao uso de crucifixo:²⁰³

(...) decidiu o Tribunal Europeu de Direitos Humanos no importante e recente caso *Lautsi* contra a Itália, julgado em caráter definitivo em 2011, no sentido de que os Estados que ratificaram a Convenção Europeia dos Direitos Humanos possuem uma liberdade de ação quanto a opção de manterem, ou não, o crucifixo em prédios do poder público e que não se configurou, no caso da Itália, uma violação da liberdade religiosa. Assim, embora a existência de decisões de Tribunais Constitucionais pela retirada do crucifixo, como foi o caso do famoso julgado do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em 1995, ou mesmo a recente e polêmica decisão administrativa do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do RS, que, mediante provocação de entidade não governamental e não religiosa, igualmente decidiu pela retirada do crucifixo dos prédios do Poder Judiciário Gaúcho (decisão de 06.03.2012), é possível argumentar que não se trata necessariamente da única resposta possível, mesmo e em especial no caso da ordem constitucional brasileira.

²⁰¹ JUNIOR SANTOS, Cristovam Aloisio. Op. Cit. p. 11.

²⁰² Hegel, citado por JUNIOR SANTOS, Cristovam Aloisio. Op. Cit. p. 49.

²⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. p. 1-2.

Outro caso paradigmático, foi o *County of Allegheny versus A.C.L.U*, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1989, que apontou como inconstitucional, por chamada violação *anti-establishment clause*, a montagem de um presépio natalino na escadaria de um tribunal. A jurisprudência brasileira, também julgou casos semelhantes e que ficaram conhecidos porque também enfrentaram tema semelhante a esse, envolvendo um presépio em local público e até privado.²⁰⁴

No Brasil, no que se refere à liberdade de religião, há uma grande tolerância com relação ao uso de imagens, símbolos, feriados religiosos, e que estão relacionadas com a orientação religiosa do país, e que justamente por ser tolerada não é enquadrada como desrespeitosa, ou como Ingo Wolfgang Sarlet enfatiza, desarrazoada.²⁰⁵

Destaque-se que a liberdade religiosa como direito fundamental pode ser um direito de defesa, (cunho negativo) ou prestacional, (positivo); como direito negativo, a liberdade religiosa se desdobra em liberdade de crença, que se relaciona com a capacidade individual de optar por uma religião ou mudar de religião e até de crença, enquanto que liberdade de culto tem ligação com crença e sua forma de exposição, ritos, cerimônias, etc.²⁰⁶

José Afonso da Silva, ao falar sobre a liberdade de crença, explica que ela significa aderir ao que o indivíduo quiser, desde que sua liberdade não prejudique a de outros; na liberdade de crença entra a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita - religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o livre agnosticismo.²⁰⁷

À luz da Constituição Brasileira, a proteção à liberdade de crença, assegura aos indivíduos proteção às diversidades, porém, infelizmente, o discurso da liberdade religiosa, na prática carrega manifestações de ódio. Alguns doutrinadores não só no Brasil mas, em outros países, investigam esse desprezo e o extremismo contra determinados grupos, que, impulsionados por preconceitos ligados à religião, etnia, deficiência física, e outras questões, o

²⁰⁴ Idem, p. 2-3.

²⁰⁵ Ibidem, p. 1-2

²⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. p.97.

²⁰⁷ SILVA, José Afonso da. Op. Cit. p. 248.

que no direito comparado, se chama de “*hate speech*”, propagam a diferença e a exteriorizam com discursos carregados de indignidade e desrespeito.

Esse recorte envolve divergências e resistência, e é debatido até mesmo em cortes internacionais, e muito embora essa prática não seja alvo de investigação nesse estudo, é importante mencionar essa questão que contorna o ódio e a religião, visto que, a proteção constitucional mesmo do *hate speech* tem alvo certo, mas caminhos diversos.

Daniel Sarmiento explicita que no Brasil, o tema foi objeto de importante decisão do Supremo Tribunal Federal em 2003, no caso Ellwanger, caso esse que foi qualificado por membros da Corte como o mais proeminente julgado na história daquele tribunal no que se refere a direitos humanos.²⁰⁸

O julgamento em questão envolvia discriminação e racismo contra judeus, debatia intolerância e violação aos direitos humanos, tendo a Corte Superior decidido que a liberdade de expressão de modo geral, não ampara nenhuma manifestação de cunho antisemita, que pode ser objeto de perseguição penal, quando pouco, pela prática do crime de racismo. Essa decisão foi bastante aplaudida por ser considerada um marco no campo jurídico, e embora criticada por alguns doutrinadores constitucionalistas, já que envolvia a questão da privação e conteúdo de manifestações, foi simbólica.²⁰⁹

Daniel Sarmiento oportunamente também lembra o problema relacionado com as restrições à liberdade, que possam vir a decorrer da difusão de posições racistas, e que podem ser perigosas na medida em que acabam estreitando direitos individuais.²¹⁰

²⁰⁸ O caso foi amplamente debatido nas páginas do Supremo Tribunal Federal e em jornais. De todo país. Vide: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **STF nega Habeas Corpus a editor de livros condenado por racismo contra judeus**. Notícias STF, quarta 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291>>. Acesso em: 18 jun 2016.

²⁰⁹ SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p.2.

²¹⁰ Ibid., p.02-03: O entendimento jurisprudencial que se firmou ao longo do tempo foi de que, como as restrições ao *hate speech* envolvem limitações ao discurso político baseadas no ponto de vista do manifestante, elas são, em regra, inconstitucionais. Assim, nem a difusão das posições racistas mais radicais e hediondas pode ser proibida ou penalizada. Isto porque, entende-se que o Estado deve adotar uma postura de absoluta neutralidade em relação às diferentes ideias presentes na sociedade, ainda que considere algumas delas abjetas, desprezíveis ou perigosas. As concepções defendidas por Hitler ou pela *Ku Klux Klan* têm de receber a mesma proteção do Poder Público do que as manifestações em favor dos direitos humanos e da igualdade. Como exceção, admitir-se-iam apenas restrições às manifestações que, pela sua natureza, pudessem provocar uma imediata reação violenta da audiência. Trata-se daquilo que a doutrina norteamericana chama de *fighting words*. Note-se, contudo, que a

Assim, ao pensarmos sobre a concretização da liberdade religiosa, temos obstáculos óbvios para a sua consolidação, já que ela existe em espaços plurais e privados, trazendo a infeliz compreensão de que ideias e posicionamentos contrários de outro indivíduo podem gerar discursos de ódio, de discriminação, isolamento e até morte.

Se houvesse uma discussão apenas sobre a violação à liberdade de religião em ambientes laborais, a prática poderia nos revelar vários casos em que o ponto a ser enfrentado seria de um empregado que se nega a realizar determinada tarefa por conta da religião e de outro lado a figura do empregador, compelido a liberá-lo, abdicando de seu poder organizacional, dispondo do seu direito por ter conhecimento de que há uma norma negativa, o que geralmente não por liberalidade ou por vontade própria, mas por imposição de uma norma, que pode ser - e geralmente é- invisível para o mesmo. Nega-se um direito para conceder outro.

Se então, analisássemos a liberdade do empregado, poderíamos identificar na sua negativa ao cumprimento de ordens, um espinho de insubordinação, mas no que se refere à liberdade religiosa protegida pela constituição, a negação do empregado não tem nenhum “quê” de insubordinação, é somente um pedido de dispensa do empregado do cumprimento do que é ética e moralmente conflitante para esse, ou viola sua crença, macula sua fé.

Importante ressaltar que essas situações fogem daquelas decorrentes do trabalho religioso exclusivo, realizado por pastores, missionários; pois o trabalho religioso em si, não é objeto de um contrato de emprego, entendimento majoritário da doutrina, pois, destinado à assistência espiritual e à divulgação da fé, não sendo viável economicamente. Qualquer importância que se receba é para propiciar maior disposição para a dedicação do indivíduo à crença.²¹¹

A questão relaciona-se com o empregado subordinado que merece e necessita de proteção para a sua liberdade de crença. O espírito dessa

rationale da doutrina das *fighting words* não é a proteção ao direito das vítimas, mas sim a garantia da ordem e da paz públicas.

²¹¹ JUNIOR SANTOS, Cristovam Aloisio. Op. Cit. p. 24. O autor entende que o mesmo entendimento é válido para o pastor, o presbítero, o missionário, o orientador espiritual, os que atuam no aconselhamento evangélico, no culto. Para ele, o interesse de quem presta serviços religiosos é distinto daqueles contidos no contrato de trabalho subordinado.

proteção legal leva a crer que se os atos praticados pelo empregado forem atos legítimos de fé, e desde que, não tenham ocorrido lesões aos bens jurídicos alheios, considerando que a liberdade é elemento do direito fundamental do homem, o direito laboral deve estar integrado com essa proteção constitucional, respeitando a expressão religiosa do empregado; visto que não obstante a ambiência laboral padeça de perene conflito de direitos, notadamente o direito à liberdade, não há regulamentação formal nesse quesito, que vive de emprestar conceitos e valores.

A Constituição Brasileira afirma em seu art. 5.º, XIII que a liberdade profissional é “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Essa disposição veda o legislador de agir com discricionariedade, ao exigir de forma diversa do disposto.

Nas palavras de Ingo Sarlet, o exercício de qualquer trabalho, tem forte relação com o direito ao desenvolvimento da personalidade, pois se trata tanto de uma finalidade quanto de um fundamento da vida pessoal, ao passo que viabiliza que o indivíduo possa contribuir para a vida social como um todo.²¹²

A liberdade de trabalho, no entanto, vem sendo entendida não só como um direito formal, de liberdade negativa, mas de modo reducionista, já que apenas menciona o trabalho que culmina no recebimento do salário, ou seja, que ele é valor de troca.²¹³

José Afonso da Silva, de maneira semelhante, analisando o artigo 5º inciso XIII da Constituição comenta sobre a liberdade de ação profissional, tema que ele divide em liberdade de escolha do trabalho e a liberdade de exercício do ofício ou profissão escolhidos. Tais aspectos se ligam a uma liberdade individual formal, que ele diz ser de caráter negativo, pois não diz respeito às condições materiais que levam ao trabalho, e difere do direito social ao trabalho. A doutrina chama liberdade do conteúdo social, pois que ali (na liberdade formal de ação profissional) não se garante o trabalho, não se assegura o conteúdo do trabalho, nem a possibilidade de trabalho, nem o emprego nem tampouco as condições materiais para a investidura em um

²¹² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 487.

²¹³ SUPLOT, Alain. **Crítica del derecho del trabajo**. Madrid, MTAS, 1996, p. 287-288, citado por WANDELLI, Leonardo, Op. Cit. p. 346.

ofício ou para a aquisição de qualquer profissão. Isso, sim, seria direito social.²¹⁴

Isso implica que o direito ao exercício de qualquer trabalho ou profissão, vai mais além, e embora simpatizante com o direito social ao trabalho, com esse não se confunde, pois inclui o direito a ter acesso a uma profissão, o direito a orientação profissional, e a escolher livremente o trabalho.²¹⁵

Para Leonardo Wandelli, situações como possibilidade de sustentar-se, obter determinada formação, ter alternativas de trabalho, determinam a liberdade de trabalhar, entretanto, essa concepção não leva em conta as necessidades básicas dos sujeitos, em especial o trabalho. Ele expressa a importância de se entender a dualidade do direito ao trabalho, como um direito de conteúdo social e como direito de liberdade. ²¹⁶ Para o autor, resulta claro como a liberdade de trabalhar somente se efetiva mediante o reconhecimento de um mínimo existencial correspondente à satisfação das necessidades básicas (não mínimas), integradas também pelo trabalho.²¹⁷

Tendo em conta ainda, as relações de desigualdade que advém do sistema capitalista, torna-se mais necessária a intervenção do Estado na proteção ao trabalhador no que se refere à liberdade de trabalho e os constrangimentos que atravessa em razão da desigualdade.

Ao falar sobre a liberdade profissional, Leonardo Wandelli lembra o conhecido caso de “arremesso do anão”, ocorrido em 1991 na França, em que casas noturnas propuseram um entretenimento aos seus clientes, que para se divertirem arremessavam anões com roupa de proteção; o autor do maior arremesso levaria em troca certa quantia em dinheiro. Nesse caso, um trabalhador anão ajuizou em litisconsórcio com o empregador pedido de anulação da decisão que proibia o “entretenimento” por ofensa a dignidade. A alegação do anão era a de que em razão do nanismo tinha dificuldades no mercado de trabalho, tendo agido de forma voluntária, aceitando livremente a condição de ser arremessado.²¹⁸

²¹⁴ Ibid., p. 348.

²¹⁵ Ibid., p. 348.

²¹⁶ Ibid., p. 349.

²¹⁷ Ibid., p. 351.

²¹⁸ WANDELLI, Leonardo Vieira, **O direito humano e fundamental ao trabalho – Fundamentação e exigibilidade**, LTR, São Paulo, 2012, p. 351.

Questões como a do anão que aceitava ser arremessado, levam a reflexão sobre o direito ao trabalho digno, sobre o direito a trabalhar e sobre o direito a escolher um trabalho.

Mesmo na doutrina espanhola, se encontra sedimentado o fato de que direito ao trabalho não se esgota na liberdade de trabalhar, mas supõe ter um posto de trabalho, que nos dizeres de Leonardo Wandelli constitui-se em uma diminuta parcela do direito ao trabalho, talvez a mais difícil de garantir, ainda que uma das mais prementes.²¹⁹

No Brasil, questões ligadas ao direito de trabalhar são debatidas judicialmente. Diversas ações que debatem o exercício profissional chegaram até hoje no Supremo Tribunal Federal. Um caso bastante conhecido foi o de um corretor de imóveis e a discussão da Lei Federal n.º 4.116/62 que dizia ser indispensável para o exercício da profissão, o registro profissional nos conselhos regionais de corretores de imóveis. Ao ser apreciada a questão, o STF entendeu que a exigência violava a Constituição da época, além disso, utilizou-se outros dois argumentos: o primeiro de que a atividade de corretor não tem o condão de causar danos à terceiros, e o segundo, a ausência de requisito técnico para o exercício da atividade.²²⁰

Anos mais tarde, em 2009, o STF julgou um caso envolvendo registro profissional de jornalistas, em que analisou a questão da compatibilidade da Constituição vigente como o disposto no art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei n.º 972/69 que tratava da obrigatoriedade do registro do diploma de jornalista no Ministério do Trabalho. Por ocasião do julgamento, o STF também ressaltou a ausência de capacitação técnica para ser jornalista e a dificuldade de se exigir o registro para uma atividade conectada com a liberdade de informação e de expressão.²²¹

Depois disso, em vários casos o posicionamento do STF seguiu a mesma trilha. O último registro de julgamentos pelo STF e que repercutiu foi o de um jornalista impedido de tomar posse em concurso público pela falta de registro profissional. O julgamento revelou nas palavras da relatora, Ministra

²¹⁹ Ibid., p. 347.

²²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Plenário. **Representação n.º 930/DF**. Rel. Min. Rodrigues Alckmin, DJ: 05/05/1976, maioria.

²²¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Plenário. **RE n.º 511.961-1/SP**. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ: 17/06/2009, maioria.

Carmem Lúcia Antunes Rocha, que no campo da profissão de jornalista, não há espaço para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais. O art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e o art. 220, não autorizam o controle, por parte do Estado, quanto ao acesso e exercício da profissão de jornalista.²²²

Dentro do tema liberdade, cabe ainda destacar sobre o empregado que trabalha em empresas de tendência e a discussão sobre se o mesmo sofre invasão na sua esfera privada quando tolhido ou ameaçado simbolicamente de ser demitido. Empresas de tendência estampam mais claramente seu posicionamento ideológico, e por isso essa liberdade é mais visivelmente tolhida, embora haja sempre um dilema, pois ao passo que é mais cômodo para o empregador demitir seu empregado quando o ambiente é de tendência, essa dispensa pode rapidamente tornar-se arbitrária e discriminatória.²²³

²²² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **RE nº 718.266**. DJ:10/03/2014.

²²³ Malgrado a importância da questão, o presente trabalho não adentrará no estudo da dispensa discriminatória e a problematização do abuso de direito.

CAPITULO 2. O DIREITO FUNDAMENTAL DA PERSONALIDADE À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A CENTRALIDADE DO TRABALHO

2.1 O direito ao trabalho e a centralidade do trabalho

Em linhas gerais, o direito fundamental ao trabalho excederia as relações de emprego tendo normatividade própria, diferente do direito do trabalho, conceituado como aquele relativo a proteção ao trabalho em termos de normas materiais.²²⁴ O mundo do trabalho e o trabalho em si não são espaços separados dos direitos fundamentais, e o direito ao trabalho é fundamental.

Elencado na Constituição segue cada vez mais forte a preocupação com o direito ao trabalho, que vai além da discussão sobre pleno emprego, ou a dignidade da pessoa, mas se relaciona com a liberdade. Na Constituição, como visto, o trabalho é tratado como um direito social fundamental, por esse motivo é que não se aceita a dignidade da pessoa humana como centro do ordenamento jurídico distanciando-a do trabalho como dimensão dessa dignidade, já que o vínculo é estreito demais e diz respeito à dimensão do ser.

O direito ao trabalho vai muito além da discussão sobre as escassas formas de proteção desse direito, ele é importante para além da relação subordinada, pois há um valor de uso do trabalho para o sujeito, que está obscurecido sobre a forma de assalariamento.

Acredita-se que há uma redução no sentido do conteúdo do direito ao trabalho, pois esse direito é entendido como uma forma de trabalhar o trabalho assalariado, e visto como apenas meio de subsistência, mas não forma de realização do homem, de desenvolvimento da individualidade e da convivialidade. Como se debate repetidamente nos capítulos dessa investigação, no trabalho se acham possibilidades de realização do sujeito, de sua integração cultural, tanto que, quando se separa tempo de trabalho e tempo de vida, ocorre a negação do trabalho.²²⁵

Enrique Dussel acreditava que a vida digna é obtida pelo trabalho, mas afirmava que o capitalismo retirava a legitimidade de uma vida digna, fazendo

²²⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Op. Cit., p. 61.

²²⁵ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. p. 222.

crer que a satisfação das necessidades humanas vem por meio de concessões naturais do sistema, e que a reprodução da força do trabalho é protagonista.²²⁶

Além disso, o trabalho é capaz de proporcionar outros direitos, como a saúde, a moradia, a educação. Contudo, tal ideia vem sendo deturpada pelo capitalismo, fazendo do trabalho uma mera necessidade subordinada à economia, sendo que primeiro surgiriam necessidades básicas, para somente então depois tutelar os direitos e liberdades.

O trabalho é tratado na Constituição como “um direito social fundamental” segundo artigo 6º, e, em harmonia com o art. 1º, inciso IV, consolida mais razões de ser, quando diz sobre “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. Da mesma forma o art. 170, *caput*, trata do “trabalho como o fundamento da ordem econômica e a busca pelo pleno emprego”, assegurando-se sua aplicação imediata (art. 5º, § 1º).²²⁷

O trabalho humano detém a primazia sobre a livre-iniciativa, no plano constitucional, nos termos do artigo 170 da CF, a função social da propriedade no inciso III, a redução das desigualdades, no inciso VII e a busca do pleno emprego no inciso VIII, destacam a prevalência da valorização social do trabalho que decorre de um ordenamento que trata do desenvolvimento da vida concreta das pessoas.²²⁸

É claro que a construção de um direito está sempre em processo transformação, de forma perene, e o direito do trabalho é no que ele se transforma cotidianamente²²⁹, sendo resultado de um processo histórico, de reelaboração contínua.²³⁰

O trabalho é, pois, um direito fundamental, tratado com preocupação por instrumentos internacionais. A Organizacional Internacional do Trabalho, OIT, em suas convenções, trata de dispor sobre o trabalho de forma produtiva, qualitativa e preocupada com o pleno emprego produtivo e com o papel social que deve ser outorgado ao trabalho.²³¹

²²⁶ SANCHEZ RUBIO, David. Derechos humanos, producción y reproducción de la vida humana y trabajo vivo. **Revista de investigaciones Jurídicas**. México, D. F., Escola Livre de Derecho, 2000, n. 24, p. 567-595.

²²⁷ WANDELLI, Leonardo Vieira, Op. Cit p. 12.

²²⁸ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. p. 225.

²²⁹ COUTINHO, Aldacy Rachid. Op. Cit., p. 172.

²³⁰ FILHO RAMOS, Wilson. **Direito Capitalista do Trabalho**: história, mitos e perspectivas no Brasil. São Paulo: LTR, 2012, p.92.

²³¹ Destaque para Convenção nº 122, incorporada ao direito interno brasileiro.

Recentemente inclusive, nas suas 28^a e 31^a sessões, o Conselho de Direitos Humanos adotou resoluções acerca do direito ao trabalho, bem como tomou o estudo do Alto Comissariado sobre direito ao trabalho, que no item “B”, 4, e tratou especificamente da relação entre direito ao trabalho, autorrealização e pleno desenvolvimento da personalidade.

Também, a observação Geral nº 18, do Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais da ONU trata do direito humano ao trabalho, que abrange em seu âmbito de proteção diversos deveres e prerrogativas jurídicas e diferentes aspectos de conteúdo.

Karl Polany, estudando o trabalho e o capitalismo, observa que se trata das sociedades econômicas e a história das suas mentalidades, sobre a ficção da mercadoria, que carrega uma ideia de organização vital para a sociedade como um todo, o que acaba afetando quase todas as suas instituições.

Mesmo Karl Polany, que faz uma análise histórica sobre a economia na Inglaterra e analisa a estrutura do capitalismo no século XIX, ao falar sobre trabalho e sua importância, se reporta a terra e ao dinheiro, comentando que permitir que esse mecanismo de mercado dirija o destino dos seres humanos e seu ambiente natural, sendo árbitro do uso do poder de compra, resulta em um arrasamento da sociedade, observando:²³²

Esta suposta mercadoria, "a força de trabalho", não pode ser impelida, usada indiscriminadamente, ou até mesmo não-utilizada, sem afetar também o indivíduo humano que acontece ser o portador dessa mercadoria peculiar. Ao dispor da força de trabalho de um homem, o sistema disporia também, incidentalmente, da entidade física, psicológica e moral do "homem" ligado a essa etiqueta.

Depreende-se então, que o direito ao trabalho não pode ser entendido apenas como um instrumento que viabiliza a subsistência, e que leva o sujeito a viver com dignidade, apoiado em normas constitucionais e infraconstitucionais, ele estabelece padrão de regulação do assalariamento e proteção das pessoas que vivem do trabalho, sendo nesse que se jogam as realizações das necessidades, ou como diz Polany, “um outro termo para as formas de vida do povo comum.”²³³

²³² POLANY, Karl. **A Grande Transformação**: As origens da nossa época, Elsevier – Campus, 2013.

²³³ POLANY, Karl, apud WANDELLI, Leonardo Vieira, p. 222.

O direito ao trabalho surge como um direito próximo com a produção e desenvolvimento da vida digna dos sujeitos, e na observação de Leonardo Wandelli: uma sociedade que não assegura em alto grau hierárquico o direito ao trabalho e não desenvolve instrumentos para sua efetividade, é uma sociedade que denega qualquer pretensão sincera de busca de uma vida digna.²³⁴

No trabalho se acham possibilidades de realização, de participação social, de construção da subjetividade, fortalecimento da saúde, integração cultural, etc. A prestação entregue pelo trabalhador ao disponibilizar sua força de trabalho, leva consigo inseparável, a pessoa do trabalhador, o trabalho vivo.²³⁵

Uma vez concebido o direito ao trabalho e suas várias posições jurídicas, em suas dimensões objetiva e subjetiva, Leonardo Wandelli aponta três níveis de conteúdo em que se pode decodificar da eficácia normativa do direito ao trabalho, sendo eles: a) o direito ao trabalho e ao conteúdo do próprio trabalho; b) direito ao trabalho nas formas não assalariadas; c) direito ao trabalho como humano e fundamental.

O primeiro nível traz uma visão um pouco reducionista, ao contrário, ignora o trabalho vivo, em que o trabalho é visto apenas como forma de capitanear as necessidades, nos limites da alienação do trabalho, ótica que carece de percepção da dimensão positiva do direito ao trabalho, tendo em conta que ele é um meio de realização, de desenvolvimento criativo da sua corporalidade, de expressão e de exteriorização, ele afirma:²³⁶

O que implica que aquele que trabalha, mesmo que vendendo a sua força de trabalho, não está apenas se desincumbindo da prestação a qual está obrigado frente ao credor de trabalho mas, nesse mesmo ato, exercendo um direito fundamental que não pode juridicamente falando, ser inteiramente alienado com a força de trabalho, de modo que o trabalhador retém sempre, aí, um direito ao conteúdo de seu próprio trabalho.

Muito embora o trabalho se sobreponha a outros direitos fundamentais, já que é capaz de proporcionar outros direitos, como a saúde, a moradia, a

²³⁴ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. p. 153.

²³⁵ WANDELLI, Leonardo Vieira, Op. Cit p. 222.

²³⁶ Idem. p. 290.

educação, essa ideia vem sendo deturpada pelo capitalismo, fazendo parecer serem meras necessidades subordinadas à economia. Essa é a tese da Nova Economia Internacional, em que primeiro, surgem as necessidades básicas, depois os direitos e liberdades.

Não se fala de valor de uso do trabalho como valor do trabalho abstrato, nem valor da força do trabalho, ou como atividade para a produção de bens para satisfazer necessidades, mas como aquele que satisfaz necessidades de desenvolvimento da corporalidade do trabalho vivo; o verdadeiro trabalho para si, para usar.

Conforme ressalta Leonardo Wandelli, o trabalho tem aspectos de integração e várias perspectivas, assim como tem dimensões individuais e coletivas. As dimensões objetiva e subjetiva do direito ao trabalho se complementam, e correspondem a obrigações objetivas que são elementos da ordem jurídica. Para todo direito subjetivo de um titular ativo há uma contrapartida de uma obrigação para os sujeitos passivos. Por isso é que afirma que sem a coletividade, numa dimensão objetiva não seria possível construir uma ordem social que respeitasse os direitos fundamentais.²³⁷

Cada vez mais no sistema capitalista aumentam os conflitos entre as partes, em função dos interesses econômicos, a cada dia o trabalhador deve se reinventar.²³⁸ Assim, quando se trata de falar dos direitos da personalidade nas relações de trabalho, enxergamos margens bastante problemáticas.

O próprio sistema econômico cria desigualdades e a vida moderna trata de afirmá-la; construir uma sociedade mais democrática e lutar para que o trabalho resulte sempre mais humano, promova a personalidade do trabalhador, é uma tarefa que não está mais apenas a cargo dos juízes mas se liga com solidariedade política.²³⁹

A marca do capitalismo sobre o trabalho é uma relação social, que tem vários mecanismos de violência e poder, a maioria se submete a vender sua força de trabalho para reproduzir-se, há desigualdade e sujeição, a força

²³⁷ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. p. 240.

²³⁸ COUTINHO, Aldacy Rachid, Op. Cit p. 173: Entretanto, apesar de todo discurso em torno da construção da subjetividade de um novo trabalhador, reconhecido como pessoa humana, e, por conseguinte, dotado de direitos fundamentais intangíveis uma série de abusos, humilhações e violências simbólicas ou abusos morais vem ocorrendo no local de trabalho, desencadeando patologias psíquicas são relatadas simultaneamente em distintos países.

²³⁹ RIVERO ROJAS, Gloria. Op. Cit p.41.

comprada pelo tomador vai além do negócio jurídico entre eles, aquele que porta a força do trabalho não se separa da mercadoria, havendo clara violência estrutural amparada juridicamente.

O trabalho seria o que se deve fazer diante do que não funciona quando se segue à risca a execução das prescrições, porém, nenhuma organização funciona bem se todos seguirem à risca as ordens, seria como um exército em que todos seguem as ordens à risca. Essa lacuna entre prescrito e efetivo no trabalho, não se preenche jamais, pois sempre surgem dificuldades no curso do trabalho.

Para Leonardo Wandelli, esse projeto de constituição da subjetividade trabalhadora, levou ao beco sem saída do trabalho assalariado, e em suas palavras, negligenciou as dimensões do reconhecimento, ponto adiante abordado e que se alia com a construção da identidade do sujeito trabalhador. Dessa forma, temos de um lado, um sistema que assegura a compra e venda da força do trabalho, e de outro lado, a proteção da força destrutiva do mercado sobre o trabalho.²⁴⁰

Isso porque, dentro do que podemos chamar de sociedade moderna, os trabalhadores acabam pagando pela instabilidade, pela precarização e pelas crises no mercado; de forma que todo preço das rentabilidades é pago pelos trabalhadores, com seu corpo físico e mental. Ora, esse drama fatalmente aponta ou para o aumento do desemprego com todos os seus efeitos, ou para a retomada do crescimento de bens de consumo cada vez mais supérfluos.²⁴¹

A luta das pessoas que vivem do trabalho, dentro da “modernidade líquida”, como menciona Leonardo Wandelli, acaba alterando o conteúdo do trabalho, acentuando a competição e a fragmentação da vida, daqueles que se sentem obrigados e compromissados com outros sujeitos.²⁴²

A questão então deixa de ser encontrar na divisão do trabalho, um lugar para encrustrar-se, pois a precariedade dessa condição, não permite mais que a condição de pertencente à classe funcione como modelo de subjetivação. Cada dia mais, as relações de pertencimento se problematizam, e o discurso

²⁴⁰ WANDELLI, Leonardo V. Op. Cit p. 196.

²⁴¹ WANDELLI, Leonardo V. Op. Cit p. 181.

²⁴² WANDELLI, Leonardo V. Op. Cit. p. 198.

do empreendedorismo ilude, valorizando uma subjetividade que logo é sucedida pela precarização.²⁴³

Ao trazer a lume as reivindicações e o cenário do direito ao trabalho hoje, fatalmente nos deparamos com a despontecialização emancipatória do Direito, que vai desde imposição militar, fragilização do movimento sindical, até alcance jurídico-político da democracia de outros países. Então o que mudou? Como resposta provisória a isso, Leonardo Wandelli diz que a acumulação financeira se sobrepõe à acumulação produtiva.²⁴⁴

Infelizmente, na visão da modernidade, o trabalho é considerado alienado capitalista, desrealizador, não contém nada de emancipatório, e sob a onda neoliberal, quem trabalha parece sempre estar exausto, sendo para muitos, algo negativo. Qual seria então o sentido de postular um direito cuja realização seria a negação da subjetividade trabalhadora?

Nessa ótica moderna, o trabalho foi negado em seu livre desenvolvimento da corporalidade do sujeito trabalhador, como se quanto mais se realizasse como trabalho objetivado mais desrealizaria o sujeito, e essa clausura, como menciona Leonardo Wandelli, essa ausência de alternativas, separa trabalho abstrato, objetivado e subsumido de um lado, e capital, do outro, como se sempre houvessem lados opostos, (público/privado, racional/irracional, razão/emoção, trabalho/ócio). Taticamente, esses polos fazem com que haja uma hierarquia de valores, em que um sempre é prioritário em relação ao outro e assim, levando a uma inversão que limita o trabalho a uma visão patrimonialista.²⁴⁵

O trabalho tem sentido emancipador, e as perspectivas negadoras do mesmo, é que o colocam em uma visão como se fosse pena, como direito inexigível, prendendo-o à condição de que é subsumido pelo capital, apenas como um mediador para o mesmo; todavia, suas possibilidades emancipadoras implicam que o mesmo não é um dispositivo estratégico da modernidade, e mesmo com a ética moderna invertendo o que se denomina hoje de trabalho, que apenas o valorizou a serviço da construção das relações capitalistas, ele é

²⁴³ Idem. 198.

²⁴⁴ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. p. 208-209.

²⁴⁵ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. 47-48.

realizador, não é claro em um reino da liberdade,²⁴⁶ onde nem seria útil, já que no paraíso, os direitos são de pouca valia.²⁴⁷

Ora, o trabalho continua sendo central na sociedade, e o trabalho assalariado ainda representa parcela dessa realidade, mesmo que convivente com as formas de não assalariamento. O trabalho não é só um mal necessário, mas recursos essenciais para o desenvolvimento da personalidade.²⁴⁸

Até mesmo a economia clássica parte do princípio que o trabalho é elemento que integra o capital e oculta a mais-valia como apropriação do trabalho vivo, sendo o capital o valor que se valoriza, trabalho vivo é fonte de todo valor²⁴⁹, mas esse trabalho como fonte de valor, é um “não-valor”, é a subjetividade sem valor, mesmo tendo o trabalho vivo sua dignidade.

Mesmo com muitos prognósticos de que é o fim da sociedade do trabalho, a maioria das pessoas ainda segue com sua identidade dentro do processo organizado.²⁵⁰ Acredita-se que quanto mais se intensifica a desvalorização do trabalho, quanto mais o trabalho se torna incapaz de mediar a individuação de modo mínimo, mais os sujeitos procuram as condições de mediação da identidade. O direito ao trabalho está pendente de acertar as suas contas com os excluídos e abrir-se a intermediar a luta por reconhecimento.²⁵¹

Os trabalhadores pagam pela instabilidade, precarização e crises no mercado; o preço das rentabilidades também é pago pelos trabalhadores, com seu corpo físico e mental, “a própria desigualdade é desigual”.²⁵²

É relevante pensar no trabalho para além do direito à subsistência, como força de trabalho, como mediação para o capital, e a razão está em que ele não se reduz inteiramente ao trabalho subsumido pelo capital. Esse trabalho de autorrealização dos sujeitos vai além da relação de subsunção e resistência,

²⁴⁶ Marx dizia que se o trabalho fosse desrealizador, “o não trabalho surgiria como liberdade”.

²⁴⁷ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. p. 57.

²⁴⁸ DEJOURS, Christophe. Op. Cit. p.

²⁴⁹ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. 54.

²⁵⁰ HONNETH, Axel. Op. Cit. p. 48: Apesar de todos os prognósticos nos quais se falou do fim da sociedade do trabalho, não se verificou uma perda da relevância do trabalho no mundo socialmente vivido: a maioria da população segue derivando primariamente sua identidade do seu papel no processo organizado do trabalho; em verdade, esta proporção possivelmente aumentou consideravelmente depois que o mercado de trabalho abriu-se para as mulheres em uma medida nunca antes vista.

²⁵¹ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. p. 207.

²⁵² WANDELLI, Leonardo V. Op. Cit p. 184.

pois propõe uma reapropriação da experiência com o trabalho, que vá além das tramas sociais e das relações de poder relacionadas com as formas de trabalho.

Para Leonardo Wandelli é uma ficção tentar separar a força de trabalho do trabalhador, o trabalho vivo; por isso, o interesse é sempre trabalhar menos por um salário maior, ignorando-se a atividade e a questão qualitativa.²⁵³ Porém, essas afirmativas que resumem o trabalho a uma relação salarial, para a clínica do trabalho não se sustenta, já que trabalhar implica em gestos, em engajamento, como disserta Christophe Dejours:²⁵⁴

Em outros termos, para o clínico, o trabalho não é em primeira instância a relação salarial ou o emprego; é o «trabalhar», isto é, um certo modo de engajamento da personalidade para responder a uma tarefa delimitada por pressões (materiais e sociais).

Ora, por referência, o trabalho é central para a dignidade humana, como bem menciona Evaristo de Moraes Filho, que enxerga o direito ao trabalho como prolongamento da personalidade, como um compartilhar com o outro, como uma participação social dos mesmos com seu resultado.²⁵⁵

A partir de tais afirmativas, resta vivo o que o trabalho continua sendo central na sociedade, e o trabalho assalariado ainda representa parcela dessa realidade, mesmo que convivente com as formas de não assalariamento, pois o trabalho não é só um mal necessário, o trabalho são recursos essenciais para o desenvolvimento da personalidade.²⁵⁶

O trabalho como é percebido hoje, não deixa de ser uma construção de momentos históricos, tanto que a questão da subsistência e da manutenção, como antes descrito, é tratada desde a antiguidade e foi responsável para dar

²⁵³ WANDELLI Leonardo Vieira, Op.Cit. p. 52. O autor menciona que trabalho vivo para Dussel, seria o ponto de partida metafísico, de todo pensamento de Marx, não é só atividade produtiva de humanização do mundo, mas o próprio sujeito negado pela subsunção.

²⁵⁴ DEJOURS, Christophe. Subjetividade, trabalho e ação. **Revista Produção**, v. 14, nº 3, p. 027-034, Set./Dez. 2004, p. 28.

²⁵⁵ MORAES FILHO, Evaristo. Citado por WANDELLI, Leonardo Vieira., p. 18: por Sendo o trabalho um prolongamento da própria personalidade, que se projeta no grupo em que vive o indivíduo, vinculando-o, pela própria divisão do trabalho social, aos demais que a compõem, representa esse direito, por si só, a raiz da própria existência do homem, pelo que lhe proporciona ou lhe pode proporcionar de subsistência, de liberdade, de auto-afirmação e de dignidade. O Direito ao trabalho é a possibilidade de vir a participar cada um da produção de todos, recebendo em troca, a remuneração que lhe é devida.

²⁵⁶ DEJOURS, Christophe. Op. Cit. p.

lugar ao capitalismo. Em trecho que vale a pena transcrever, José Newton Garcia de Araújo assevera:²⁵⁷

Se a noção de trabalho passou por várias transformações, ao longo da história, ora como castigo, ora como atividade socialmente necessária, ou mesmo como uma categoria antropológica fundante, tal como formulada por Hegel e Marx, tais mudanças não anularam o distanciamento entre, de um lado, o trabalho idealizado como fonte de realização humana e, de outro, o trabalho imposto, forçado, fonte de exploração, sofrimento, mutilação e morte.

Como veremos no tópico adiante, tanto em Christophe Dejours quanto em Axel Honneth encontramos os fundamentos da centralidade do trabalho para a luta social, e a construção da identidade pela via do reconhecimento, sendo este um dos elementos da fundamentalidade material do Direito ao trabalho,²⁵⁸ esse reconhecimento reivindica um espaço que auxilie na construção do sujeito, em que o conteúdo da atividade de trabalho propicie essa constituição de uma vida “cheia de sentidos” no trabalho.²⁵⁹

A reprodução do capital, como dito, está ligada com o trabalhar, e o trabalhar se liga com a subjetividade, com criatividade para que a produção aumente, contrariando as prescrições do trabalho.²⁶⁰ Além disso, o trabalho não se resume ao tempo em que passamos em um escritório, mas ultrapassa qualquer limite dispensado ao tempo de trabalho; ele mobiliza a personalidade por completo.²⁶¹

Leonardo Wandelli explana sobre a estratégia básica do capitalismo, que é tornar o homem um mero instrumento de satisfação de necessidades de subsistência, que ao final não mais importarão ao processo de produção do valor.²⁶²

Em outra ótica, Wilson Ramos Filho chama de obscuro o objeto do trabalho em si, e argumenta que o trabalho produtivo é que é objeto de regulação pelo direito capitalista do trabalho, não um trabalho que gera lucro,

²⁵⁷ ARAÚJO, J. N. G. (2010). **Entre servidão e sedução do trabalhador**: uma secular insistência do capital. In Mendes, A. M. (Org.). Trabalho e Saúde (pp. 54-68). Curitiba: Juruá, 2008, p. 54.

²⁵⁸ WANDELLI, Leonardo Vieira, Op. Cit., p. 162

²⁵⁹ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. p.179.

²⁶⁰ DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**. São Paulo, FGV, 2000, p. 34.

²⁶¹ DEJOURS, Christophe. Op. Cit, p. 31.

²⁶² WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. p. 195.

mas inserido em uma cadeia produtiva de bens ou serviços que tenham expressão econômica.²⁶³ O autor também assevera que o capitalismo prometia outras garantias que contavam com promessas do modo de produção alternativo, e que com isso, as técnicas e inovações ocorridas nas relações de produção, passaram a exigir um novo mundo para gerenciar.²⁶⁴

Essas novidades impactam no mundo do trabalho, e levam a perda de centralidade do trabalho na sociedade, já que sendo assim, o trabalho humano remunerado é substituído por máquinas, criando-se um “exército industrial de reserva” em que o trabalhador se curva à tirania empresarial.²⁶⁵

Tudo isso sequestrou a subjetividade do trabalhador, e o processo de relegitimação capitalista dos anos 70 que trouxe para a classe trabalhadora o desejo de construir carreira, e ter perspectiva futura, foi substituído pela maior autonomia, depois pelo desenvolvimento pessoal, crescimento institucional, envolvimento laboral em projetos, imaginando que isso traria maior felicidade, a almejada retribuição monetária e espiritual.²⁶⁶

Toma-se a essencialidade do trabalho como sendo nuclear nos direitos fundamentais, sem notar que a viabilidade de concretizar o trabalho passa pela propriedade, ou seja, ser proprietário do capital ou ser da força, que realiza a mais-valia pela venda.²⁶⁷ Por outro lado, existe uma perspectiva reducionista que trata do trabalho apenas como uma mediação para o capital, de forma que o trabalho é visto como uma maldição humana ou como reafirmação ideológica do capital - no campo à esquerda - ou como um direito condicionado pelas leis do mercado - no campo à direita.²⁶⁸

Christian Courtis, utilizando-se dos conceitos de Palomeque Lopez, sobre o papel do direito ao trabalho e os reflexos que irradia, afirma ser um direito de redistribuição de recursos:²⁶⁹

²⁶³ FILHO RAMOS, Wilson. Op. Cit. p. 92-93.

²⁶⁴ A expressão inovação tecnológica, mencionada pelo autor, passou aqui a ter outro significado, que não apenas aquela restrita ao campo industrial, mas como produção de conhecimento, como inovação (de produto ou dispositivo), ocorrendo o que ele diz ser uma insana criação, p. 295-296.

²⁶⁵ FILHO, Wilson Ramos. Op. Cit. p. 296-297.

²⁶⁶ FILHO, Wilson Ramos. Op. Cit. p. 298-300.

²⁶⁷ COUTINHO, Aldacy Rachid. Op. Cit. p. 168.

²⁶⁸ WANDELLI, Leonardo Vieira, Op. Cit. p. 41

²⁶⁹ COURTIS, Christian, ABRAMOVICH COSARÍN, Víctor Ernesto, Futuros posibles: El derecho laboral en la encrucijada. **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**. p. 149-176. In: Palomeque Lopez, Manuel, Derecho del trabajo y ideologia, Madrid Tecnos, 1991, p.

La logica clásica del derecho del trabajo presupone certamente la expansión económica o, al menos la estabilidad del sistema económico. El derecho del trabajo aparece entonces como un derecho de la redistribución de los recursos y en su seno de desenvuelve una colectiva de mejora y una acción obrera de contestación.

De todo modo, muitos ramos da ciência constataam hoje o papel importante do trabalho para o sujeito, seu papel estruturante e central, que inclusive trata da construção da sua identidade e subjetividade, porém, essa centralidade ainda é inefetiva, mesmo sendo afirmada pela Constituição e por importantes documentos internacionais. Leonardo Wandelli comenta que o fato é que as proclamações do direito ao trabalho são escoltadas de um sentimento de total impotência, e por isso, tal direito jamais pôde ser concebido como um direito.²⁷⁰

Aldacy Coutinho ao observar sobre o trabalhar, reflete sobre a exclusão social, e diz que não se olvida que o trabalho com direitos tem papel elementar (chave em suas palavras) para combater a exclusão social, porém, se excluído desse mercado de trabalho, ele pode ser privado materialmente.²⁷¹ Ou seja, o trabalho cumpre papel central na vida das pessoas, e por isso sua extração simboliza afronta a um direito constitucional.

A psicodinâmica do trabalho, que estuda saúde mental do trabalhador, pelo olhar da clínica, propõe uma análise da condição humana com mais propriedade quanto a centralidade do trabalho, no sentido de que o trabalho não é só um instrumento da produção, mas é mediação para a subjetividade e satisfação de suas necessidade.²⁷²

Em outra análise, Aldacy Coutinho avalia que no campo jurídico, em razão das políticas neoliberais o que se vê é um alargamento da atuação normativa no campo laboral, com discussões em torno da proposição de

21. Disponível em http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica08.pdf, acesso em 15.01.2017.

²⁷⁰ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. 16-17.

²⁷¹ COUTINHO, Aldacy Rachid. Op. Cit, p. 169.

²⁷² O termo subjetivação em Christophe Dejours e todo seu estudo sobre a psicodinâmica é usado para designar a gênese do Eu, e nesse caso, a subjetivação se remete às condições das quais o mundo se apropria, ou as maneiras sob as quais se faz essa apropriação. O autor acredita que a subjetivação do mundo passa pela corporificação do mundo, que é a condição de todo conhecimento.

alteração legislativa, como é o caso do negociado sobre o legislado.²⁷³ Ela afirma ainda que a complexidade da sociedade que ela intitula contemporânea tem permitido muitos desvios, que acabam confundindo as categorias relativas ao trabalho.

Aldacy Coutinho pondera que não se pode sofrer de amnésia histórica no que se refere a escravidão e a construção dos direitos, afirmando que os direitos são construídos diuturnamente, a cada nova ação social, como conquista e resultado de processos reivindicatórios, servindo como instrumento de coesão social.²⁷⁴ Por trás de todo direito, está a história de alguém que sangra.²⁷⁵

Testemunha-se o esfarelamento do Direito do Trabalho, filho da modernidade,²⁷⁶ e em grande medida, tenta-se diminuir a centralidade do trabalho, embora o mesmo seja autoconstrução do sujeito.²⁷⁷

Para essa modernidade, por meio do trabalho vivo se obtém objetos para suprir necessidades, e no meio da cadeia produtiva, se desqualifica o trabalho e valoriza-se o capital, frase que se completa com o pensamento de Marx, citado por Leonardo Wandelli: que só no capitalismo se trabalha para viver. O ponto de chegada da pretensão totalizante do sistema, na verdade, é o da negação da reprodução da vida em nome da valorização abstrata do capital.²⁷⁸

Mas o trabalho é mais do que isso, ele é uma via privilegiada do humano, e ainda que se mesquinhe suas possibilidades, a contribuição do trabalho vivo é ineliminável.²⁷⁹

²⁷³ COUTINHO, Aldacy Rachid. Op. Cit p. 167.

²⁷⁴ COUTINHO, Aldacy Rachid Op. Cit p. 171.

²⁷⁵ MACKINNON, Catharine A., **Crímenes de guerra, Crímenes de paz**. De los derechos humanos: las conferencias de Oxford *Amnestyde 1993*, 83-109 (Stephen Hurley & Susan Shute, Trotta, Madrid, 1998), citado por COUTINHO, Aldacy Rachid Op. Cit p. 171. (tradução livre).

²⁷⁶ SARLET, Indo Wolfgang, Op. Cit.p. 167.

²⁷⁷ DEJOURS, Christophe. Op. Cit p.

²⁷⁸ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. p.

²⁷⁹ LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. São Paulo, Conceito, 2011, p. 127-129. Para Marx, o trabalho se divide em trabalho objetivado que já é trabalho como capital e trabalho não-objetivado, que é o trabalho como subjetividade, que é nada de valor, é a capacidade de trabalho, é a fonte viva do capital. Portanto, antes de ser um ente (trabalhador assalariado no capitalismo) do capital, ele é um sujeito vivo, fonte do trabalho enquanto atividade. A categoria "trabalho vivo" construída por Marx, revela que o trabalho não é valor, mas criador de valor, pelo que o trabalhador enquanto não subsumido pelo capital, não é valor, não é dinheiro, não é

O termo trabalho talvez não tivesse que ser tomado estritamente, por apresentar-se apenas em uma dimensão econômica, seria necessário entender a medida do trabalho, num sentido quantitativo. Cristovam Aloisio, em sua obra sobre liberdade religiosa, suscita uma questão pertinente que já era desperta por Max Weber, que é a ideia do trabalho como missão de vida (vocação), e que para Weber era determinante para a formação, o que o mesmo, na sua busca por compreender o maior desenvolvimento capitalista majoritário protestante, denominou de “espírito” do capitalismo.

Por certo que o Estado não pode assegurar postos de trabalho para todos, pois isso economicamente resultaria em um produto econômico ineficiente, e, do ponto de vista do conteúdo do trabalho, desastroso; mas por outro lado, como antes asseverado, o direito ao trabalho, não pode ser um direito ao posto de trabalho, e, além disso, o trabalho no capitalismo é instrumentalização das pessoas, é alienação; e por isso, o direito ao trabalho assalariado segundo Robert Kurz, citado por Leonardo Wandelli seria “masoquista”.²⁸⁰

Para complementar, destaca Leonardo Wandelli, que sem apoio normativo que possa mobilizar o zelo e a cooperação do trabalho vivo, com o mercado capitalista e toda a sua força e seu poder desigualitário, não será possível igualmente desenvolver e atender a crescente rentabilidade, e essa violenta separação do capital e do trabalho passa então a esvaziar a importância do trabalho.²⁸¹

Embora relacionado com o direito à vida e com a subsistência, o próprio conteúdo do direito ao trabalho tem sido reduzido, e essa redução do sentido do trabalho na modernidade capitalista, se reflete no discurso jurídico em termos de um esvaziamento do conteúdo da categoria jurídica central do direito ao trabalho.²⁸²

capital. O trabalhador vende certo tempo de sua capacidade como força de trabalho, e o capitalista compra a atividade que confere valor ou força criadora do valor.

²⁸⁰ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. p. 24.

²⁸¹ WANDELLI, Leonardo V. Op. Cit., p. 9. O trabalho somente interessaria como via instrumental de obtenção de outros bens, sendo desprovido de um valor próprio. Assim, uma garantia de renda que dispensasse da penitência do trabalho realizaria melhor os anseios humanos que a insistência no direito a algo que não teria em si nenhum ganho antropológico a oferecer. Esses dois obstáculos desafiam o sentido da reivindicação do Direito ao trabalho e paralisam o seu desenvolvimento jurídico.

²⁸² WANDELLI, Leonardo Vieira. Op cit. p. 21.

Do ponto de vista jurídico, é indispensável tentar entender porque a afirmação histórica de um direito fundamental como o trabalho, se dissolve com baixa potencialidade normativa no contexto dessa sociedade atual, assim como tentar enxergar o trabalho para além da discussão sobre se o trabalho é apenas um mal necessário e também imprescindível.²⁸³

Do ponto de vista material, entender o que é importante no trabalho também é essencial, já que o trabalho é também uma relação das pessoas com a subjetividade, que envolve muitas questões, sendo central, vista como o direito de participar da produção social.²⁸⁴

Isso porque, nos dias de hoje, o trabalho foi tomado de um jeito que só interessaria para o tomador. Para o trabalhador interessaria a contraprestação, já que a atividade seria uma obrigação, ele apenas seria uma via de acesso a bens que são socialmente distribuídos, esquecendo-se que o trabalho é indispensável para o desenvolvimento das capacidades e da personalidade do sujeito.

O direito ao trabalho em si, infelizmente acaba por debater pouco sobre o trabalho em si, sobre o exercício das liberdades individuais, e trata mais das condições do trabalho, das questões ligadas à força do trabalho, e nem mesmo os instrumentos normativos tratam do trabalho em si, abandonando questões importantes que dizem respeito ao sujeito.

Inclusive, a palavra trabalhador é muito recente, porém, foi a modernidade quem inventou esse “trabalho” separando-o dos produtores e dos meios de produção. A utilidade econômica e social do trabalho, como bem ressalta Robert Castel, não implica reconhecimento social das pessoas que trabalham. A modernidade traz a ideia de indignidade social pelo trabalho.²⁸⁵ Mas o direito ao trabalho é então, direito a quê?

²⁸³ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. p. 39-40.

²⁸⁴ MORAES FILHO, Evaristo de. **O Direito ao trabalho**. In Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, 11-16 ago. 1974, Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Asgráfica, 1974, p. 674, In: Wandelli, Leonardo Vieira, p. 19: Sendo o trabalho um prolongamento da própria personalidade, que se projeta no grupo em que vive o indivíduo, vinculando-o, pela própria divisão do trabalho social, aos demais que a compõem, representa esse direito, por si só, a raiz da própria existência do homem, pelo que lhe proporciona ou lhe pode proporcionar de subsistência, de liberdade, de auto-afirmação e de dignidade

²⁸⁵ CASTEL, Robert. Trabajo y utilidad para el mundo. **Revista internacional del trabajo**. Ginebra, OIT, vol. 115, n. 6 (1996), p. 671-678. In: WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. p. 190-191.

Ele deve ser além da compra e venda da força do trabalho. O trabalho é salário, mas salário não é tudo, ele representa também um processo de identificação dos momentos de produção social, representa conquistar uma vida digna. Introjeta-se na vida das pessoas que qualquer trabalho abstrato é um troféu: a conquista dos vencedores.²⁸⁶

Mas, se partirmos da afirmação de que o trabalho é direito social, consoante o art. 6º da Constituição²⁸⁷, bem como que a Constituição estabelece que a ordem econômica está sedimentada na valorização do trabalho humano, e que a ordem social prima pelo trabalho e pela justiça, (artigos 170 e 193 da Constituição), então teremos em conta que o trabalho humano e o valor social do mesmo devem ser observados na ordem jurídica vigente.²⁸⁸

Ora, o trabalho é o direito preeminente e fundamental capaz de provisionar o ser humano para além de condições materiais e de subsistência, ele tem natureza emancipatória, ele desprende. Sobre essa centralidade Dejours, ao prefaciar a obra de Leonardo Wandelli assevera:

Tendo-se em conta essa “centralidade do trabalho” que confere ao trabalho uma dimensão antropológica (o que é dizer que o trabalho é

²⁸⁶ COUTINHO, Aldacy Rachid. Op. Cit p. 168.

²⁸⁷Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição . (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).

²⁸⁸Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

indissociável da condição humana), então o direito do trabalho não pode mais ser considerado um direito especializado. O direito do trabalho toca um direito fundamental.²⁸⁹

Pela tese da centralidade antropológica do trabalho, o mesmo não pode gerar apenas o pior, mas o melhor, sendo a condição, a possibilidade e o caminho para que isso venha a ocorrer. Pode-se afirmar então que o trabalho, conjuga relações que podem ser consideradas imprescindíveis para autorrealização do homem no que se refere a sua autonomia, saúde, liberdade. Nesse particular, afirma Leonardo Wandelli:²⁹⁰

A centralidade do trabalho para as pessoas concretas passa repercutir no interior do discurso do direito, em termos de centralidade jurídica, na forma de direitos fundamentais que tutelam o trabalho como mediador essencial para a pessoa. No centro desse discurso jurídico está o direito fundamental ao trabalho.

Nessa ótica do trabalho como emancipador, temos que o trabalho como liberdade, é uma tradição filosófica crítica do trabalho que, ao preço de reduzi-lo ao esforço e a sua alienação sob o capital, condenam qualquer valorização do mesmo como ideologia funcional à reprodução capitalista.

Mas, é no trabalho que se acham possibilidades de realização, de participação social, de construção da subjetividade, fortalecimento da saúde, integração cultural, etc. A prestação entregue pelo trabalhador ao disponibilizar sua força de trabalho, leva consigo inseparável, a pessoa do trabalhador, o trabalho vivo.²⁹¹

O trabalho contribui para a emancipação do homem, e por isso torna-se indispensável o acesso ao seu conteúdo, já que ele imprime a expressão do trabalhador. Esse conteúdo do trabalho é muitas vezes reduzido apenas ao ter direito a trabalhar, ter um trabalho assalariado, e não como forma fundamental

²⁸⁹ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. p. 15.

²⁹⁰ WANDELLI, Leonardo Vieira, Da psicodinâmica do trabalho ao direito fundamental ao conteúdo do próprio trabalho e ao meio ambiente organizacional saudável, **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria**, v. 10, n.1, 2015. Disponível em <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs2.2/index.php/revistadireito/article/view/19239/pdf#.VtX1rJwLIV>>. Acesso em 27 fev 2015.

²⁹¹ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit, p.222.

de atividade humana, ele seria o direito que todo ser humano tem de converter a sua própria atividade em ganho de subsistência pessoal e familiar.²⁹²

Na teoria da psicodinâmica do trabalho, que estuda a saúde mental do trabalhador, sua personalidade e mobilização, a subjetividade também é analisada, ela passa pela relação entre o sofrimento e o real, e o trabalho, relação social que vai além do trabalhar para alguém; não é apenas o real no cumprimento da tarefa, mas se faz conhecer pelo sujeito a partir da sua resistência e do seu domínio. Muitas vezes certas coisas passam despercebidas no trabalho por conta da subjetividade.²⁹³

Diante da discussão sobre a essência do trabalho na modernidade, Christophe Dejours sugere que seja definido segundo uma realidade indiscutível: o trabalhar, isso porque em qualquer esfera (pública ou privada, doméstico ou não), trabalhar é mobilizar o seu corpo, sua inteligência, a sua pessoa para uma produção que detenha valor de uso. Trabalhar, não é derogar, temos então a objetivação do trabalho, que é a inteligência, a subjetivação que é o sujeito que se forma ou se transforma, revelando-se.²⁹⁴

Em suas observações Christophe Dejours expõe que o que mobiliza a inteligência não é o salário, mas algo simbólico, moral; essa retribuição como anteriormente se ressaltou, é o reconhecimento, no sentido de gratidão e de reconhecimento da realidade, da contribuição do sujeito que trabalha, sem o qual não haveria inteligência e o zelo dos que trabalham. Para ele, o zelo é uma forma de inteligência e de mobilidade desta inteligência; seria o que os trabalhadores adicionam na forma de trabalhar determinada pelo empregador; ou seja, o zelo seria tudo aquilo que os operadores acrescentam à organização prescrita para torná-la eficaz; tudo aquilo que empregam individual e coletivamente e que não depende da execução.²⁹⁵

Assim, Christophe Dejours, que há 20 anos se dedica a pesquisar de que modo o trabalho pode ser capaz de mediar essa qualificação, parte da

²⁹²WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit.21-22.

²⁹³ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. p. 14, expõe que o interesse da psicodinâmica do trabalho pelo prazer do trabalho (e não somente pelo sofrimento) é justamente ligado à vontade de trazer à luz as características das situações de trabalho que são favoráveis à construção da saúde pelo trabalho. Evidentemente, é sobre o conhecimento preciso destas condições favoráveis, que se pode fundar uma concepção, mesmo uma doutrina, da ação racional em matéria de prevenção das patologias mentais no trabalho.

²⁹⁴ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. p. 63.

²⁹⁵ DEJOURS, Christophe. A banalização da injustiça social, p. 30.

dissonância do trabalho prescrito com o trabalho real; o que se deve fazer e o que é concretamente realizado, relatando que nunca é igual o trabalho de dois trabalhadores, cada um coloca atividade singular (imprime) no trabalho, encontrando soluções para a concretização, trazendo a marca única de sua subjetividade.

Para ilustrar sua explicação do real, ele relata em sua obra *Trabalho Vivo: Sexualidade e trabalho*, um caso envolvendo um velho paciente seu que tinha câncer de pulmão e era muito estimado por ele. O paciente precisava ser hospitalizado para uma punção de pleura, e Cristophe Dejours queria anestesiá-lo para que não sentisse dor, mas durante a anestesia ministrada, o mesmo faleceu; essa terrível experiência, é a experiência do real.²⁹⁶ O real é assim, o que se deixa conhecer por quem trabalha por sua resistência à habilidade técnica, ao conhecimento, se revelando nessa situação para o médico que tentou aliviar a dor e perdeu o paciente, e para os intensivistas que não puderam igualmente vencer.

O real é a verdade que se revela por sua negativa,²⁹⁷ ele se conhece quando alguém trabalha sob o fracasso, por isso quando todo o meu saber se choca contra a resistência do mundo, é que estou no real, é o que no mundo se faz conhecer por sua resistência ao domínio técnico e ao conhecimento científico.²⁹⁸ Por isso, para Cristophe Dejours o real decorre da experiência e não do conhecimento, indo além do *savoir-faire*²⁹⁹, aprendendo sob a forma de experiência.

Trabalhar é preencher a lacuna existente entre o prescrito e o efetivo.³⁰⁰ Cristophe Dejours analisa que para preencher essa lacuna da qual fala é que surge o trabalhar, pois o caminho entre o prescrito e o real é sempre uma descoberta. A forma, no entanto, como o sujeito trabalhador percebe essa distância entre a realidade e a prescrição é através do fracasso.

Outro exemplo que pode ilustrar essa questão também é colhido das lições de Cristophe Dejours, que comenta que mesmo em uma faculdade de

²⁹⁶ DEJOURS, Christophe. Trabalho e sexualidade, op. Cit. p. 37-38.

²⁹⁷ DEJOURS, Christophe. Trabalho e sexualidade, op. Cit. p.39

²⁹⁸ DEJOURS, Christophe. **O Fator Humano**. Tradução Maria Irene Stocco Betiol e Maria José Tonelli. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2007, p. p.40.

²⁹⁹ *Savoir faire* significa habilidade, jeito, perícia, tato. Dicionário de francês português, Disponível em <<https://www.infopedia.pt/dicionarios/frances-portugues/savoir-faire>>. Acesso em 05 jan 2017.

³⁰⁰ DEJOURS, Christophe. Op. Cit. (trabalho e sexualidade) p.38.

medicina, não se ensina o trabalho, mas apenas conhecimento, assim quando alguém se formar médico terá que descobrir as artimanhas, será necessário a experiência do real. Teoricamente então, somos conduzidos a concluir que o trabalho não se aprende por categorias clássicas de produção (*poiésis*), mas pelas teorias da ação (*práxis*) onde todos os elos intermediários: reconhecimento, confiança, visibilidade, discussão, comunicação se extraem da teoria da ação. Assim, a organização do trabalho decorre das relações intersubjetivas e sociais dos trabalhadores consigo mesmos.

A par então dos elementos da psicodinâmica que estuda saúde mental e trabalho, passa-se a entender para além da mobilização, para a carga psíquica do trabalho e seu aumento quando a liberdade da organização do trabalho é diminuída, assim como nota-se o vínculo que há entre trabalho e desenvolvimento da personalidade,³⁰¹ isso porque, a identidade é extremamente importante para a psicodinâmica.³⁰²

Na análise da psicodinâmica do trabalho, não haveria liberdade para o trabalhador pensar o trabalho nem falar sobre ele, nem mesmo os superiores o reconheceriam, o que torna mais difícil suportar o trabalho.³⁰³ Apenas as estratégias coletivas como defesa é que são formas de cooperação e de luta contra o sofrimento no trabalho. O sofrimento aqui não é um acidente do trabalho, ao revés, ele é inerente a toda experiência do trabalho.³⁰⁴

³⁰¹ LANCMAN, S. O mundo do trabalho e a psicodinâmica do trabalho. In: LANCMAN, S.; SZNELWA R, L. I. (Org.). **Christophe Dejours: da psicopatologia à psicodinâmica do trabalho**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008. p. 25-36

³⁰² LANCMAN, Op. Cit p. 31: O trabalho tem, ainda, uma função psíquica: é um dos grandes alicerces de constituição do sujeito e de sua rede de significados. Processos como reconhecimento, gratificação, mobilização, mobilização da inteligência, mais do que relacionados à realização do trabalho, estão ligados à constituição da identidade e da subjetividade.

³⁰³ BOUYER, Gilberto C. Contribuição da Psicodinâmica do Trabalho para o debate: "o mundo contemporâneo do trabalho e a saúde mental do trabalhador. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, vol. 35, nº 22, São Paulo, julho/ Dezembro, 2010. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572010000200007. Acesso em 15.08.2016. Alguns dos dados obtidos indicam o esgotamento emocional e refletem vivências subjetivas relacionadas ao trabalho, como inutilidade, insegurança e frustração. Não são detectados sinais de vivências de gratificação com o trabalho nem de realização com ele. Não há liberdade para pensar sobre o trabalho nem para falar sobre ele. Principalmente do ponto de vista da Psicodinâmica do Trabalho, não existe o reconhecimento (nem pelos pares, nem pela hierarquia), o que é essencial para tolerar o sofrimento e alcançar alguma satisfação com o trabalho. A falta de reconhecimento gera as vivências de indignação e desvalorização, comprometendo a identidade no trabalho, em conformidade com a Psicodinâmica do Trabalho.

³⁰⁴ WANDELLI, Leonardo Vieira. Ob. Cit. p. 67.

No trabalho se acham possibilidades de realização, de participação social, de construção da subjetividade, fortalecimento da saúde, integração cultural, etc. Em todos os espaços em que se buscou instituir um mercado de trabalho, os modos de vida das pessoas constituíam uma força que resistia que o trabalho fosse transformado em mercadoria. As condições de possibilidade de forma social antecedem o capitalismo.³⁰⁵

Muitos ramos da ciência constataam hoje a importância do trabalho para o sujeito, seu papel estruturante e central, que inclusive auxilia na construção da identidade e subjetividade do sujeito. É o homem que assume posição central nesse direito, ele é o foco das atenções, e a sua personalidade é o instrumento dessa efetivação.³⁰⁶ Em virtude do que podemos chamar de crise existencial do direito, os juristas estão em estado de perplexidade quanto ao mundo contemporâneo, de certa forma pregando o apocalipse do posto de centralidade do trabalho.³⁰⁷

Do ponto de vista formal, de exigibilidade, o que se busca é demonstrar a partir da discussão material, a própria fundamentalidade do direito material ao trabalho, lembrando que no próprio discurso dos direitos fundamentais, e se olharmos nossa Constituição, o trabalho não é só um direito fundamental como outros, ele é um direito fundamental mais importante que o direito à moradia. Isso, não só pelo fato de que diferentemente do direito à educação, o trabalho é um direito social cuja regulamentação está no título II, mas porque, cada fundamentação é um direito formalmente constitucional.³⁰⁸

Do ponto de vista da divisão social, a estrutura da constituição aponta que o trabalho como dimensão fundamental da pessoa, é um elemento fundante da pessoa. Todavia, como salientado linhas acima, vivenciamos um esvaziamento dessa fundamentalidade material do trabalho; e a questão está na dificuldade de resgatar isso.³⁰⁹

³⁰⁵ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. p. 149-150.

³⁰⁶ EBERLE, Simone A Capacidade entre o Fato e o Direito. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006, p. 32.

³⁰⁷ COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: SARLET, Ingo (Org.). Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 165. Nesse particular, a autora cita a ótica de Jeremy Rifkin, Dominique Méda e Claus Offe.

³⁰⁸ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. p.4-5.

³⁰⁹ WANDELLI, Leonardo Vieira explica que de um lado, temos a fundamentalidade material, e de outro, a idéia da teoria das necessidades, que explicita que aquilo que é necessário para o

Importa entender ainda que boa parte do que se faz passa pela ressignificação do conteúdo das práticas no interior das relações de emprego, passa pela forma que o exercício do trabalho é entendido, ou seja, ele deve ser compreendido para além de uma obrigação por parte do trabalhador e da sua sujeição, mas, como o exercício de um direito fundamental.³¹⁰

Inclusive, José Afonso da Silva citado por Wandelli, falando sobre a liberdade de trabalhar, defende que a liberdade de ação profissional, que se relaciona como liberdade de escolha do trabalho teria duas outras faces: a liberdade de escolha do trabalho e a de ofício (profissão), o que a doutrina chama de liberdade do conteúdo social.³¹¹

Destaque-se que essa prática jurídica de negativa de liberdade formal vai além das necessidades reais do sujeito, e sobre isso Amartya Sen diz que de nada adiantaria dar liberdade sem dar capacidade de desenvolvimento.³¹² Pode-se acrescentar, ainda, o direito do trabalhador de aceitar ou não um trabalho e de terminar uma relação de trabalho, como outras manifestações dessa dimensão negativa da liberdade de trabalho.

Leonardo Wandelli, completa dizendo que resulta claro como a liberdade de trabalhar somente se efetiva mediante o reconhecimento de um mínimo existencial correspondente a satisfação das necessidades básicas (não mínimas) integradas também pelo trabalho.³¹³

Tendo em conta que a liberdade é um elemento da personalidade do trabalho e que ele é central para o indivíduo, passamos a notar o quanto é complexo lidar com expressão, liberdade e contrato de trabalho.

Ora, isso é claro porque em uma relação de trabalho, mesmo em situações que não envolvam temas considerados polêmicos, se externalizada, a expressão do sujeito trabalhador pode gerar consequências para o

humano, é devido, do ponto de vista jurídico, sendo o que de certa forma, fortalece o caminho entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Op. Cit. p. 73-75.

³¹⁰ WANDELLI, Leonardo Vieira, Ob cit., p. 211.

³¹¹ Apud, WANDELLI, Leonardo Vieira, Op. Cit. p. 255: a doutrina chama liberdade do conteúdo social, pois que ali [na liberdade formal de ação profissional] não se garante o trabalho, não se assegura o conteúdo do trabalho, nem a possibilidade de trabalho, nem o emprego nem tampouco as condições materiais para a investidura num ofício ou para a aquisição de qualquer profissão. Isso, sim, seria direito social.

³¹² WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. p. 255.

³¹³ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. p. 256.

trabalhador, mesmo porque a sua propagação não se opera apenas pelo falar, mas por meios escritos, por gestos, por desenhos, gravuras e até mesmo pelo silêncio; esse último é claro, se ocorrer dentro de uma perspectiva particular e clara.

Diz-se isso porque há casos em que o indivíduo, não ligado por relação de dependência econômica ou subordinação (no caso do pacto de trabalho) pode expressar-se de uma forma inadequada, vindo a ofender terceiros, ferir a convicção de seu superior, constranger -ainda que tacitamente- outros indivíduos, quer estejam ou não ligados diretamente com o que ele faz, pois, ainda que para o trabalhador esteja o mesmo apenas demonstrando suas convicções, a dimensão da sua declaração pode ferir de morte direito alheio.

Assim, ao falarmos sobre liberdade de expressão e trabalho, percebemos o quanto é delicado falar sobre ambos, sendo certo que mesmo a liberdade de expressão tem limites, que são os mesmos observados em todos os direitos fundamentais, limites esses extrínsecos e que derivam do campo social, dos sujeitos que nela vivem.³¹⁴

Todavia, face o dinamismo do âmbito laboral, a liberdade de expressão também tem sofrido transformações constantes, deixando de ser um instrumento de direito para tutelar a liberdade de expressão frente ao resto dos membros do corpo social, ele está enraizado na personalidade do sujeito trabalhador.

Vale dizer que, em regra, os direitos da personalidade são limitados, entre elas está a não violação a intimidade de outros, porém, não raro, a expressão incomoda a quem vê, ouve ou participa coletivamente do trabalhar,³¹⁵ até porque, o direito de se expressar-se livremente não é um direito absoluto, ele sofre relativização, principalmente na esfera do contrato de trabalho trabalhador subordinado, justamente porque alguns direitos se esbarram como outros princípios.

É evidente que o trabalhador tem pleno direito a manifestar suas ideias, opiniões ou crenças, sempre que essa manifestação não interfira no

³¹⁴ RIVERO ROJAS, Gloria, Op. Cit p. 37. Los limites externos están constituídos por el respeto al derecho ajeno, la moral vigente, el orden público y el bien común, en los que se resumen los condicionamientos derivados de la existencia de los demás y de la propia vida social. Todos ellos tienen que ser interpretados en la práctica en sentido restrictivo, de tal forma que, La libertad sea el principio y los limites las excepciones.

³¹⁵ RIVERO ROJAS, Gloria. Op. Cit p.48.

cumprimento de seus deveres laborais, caso em que não parece que a livre expressão plante problemas jurídicos de relevância.³¹⁶

No entanto, é difícil separar ou fragmentar as expressões da liberdade que podem ser exercidas, pois como dito, ainda é temerário afirmar que seria possível fracionar a liberdade.

Separar liberdade de pensamento da liberdade do direito a expressá-lo é um artifício para negá-la. Gloria Rojas trata dessa ideia dizendo que isso ocorre porque falamos de liberdade de expressão à margem de um sistema que carece de fundamento.³¹⁷ O Estado não pode assegurar a liberdade, pois ela é algo natural, a delimitação de sua esfera em termos absolutos implicaria renunciar o papel distribuidor, prestador do Estado.³¹⁸

Ora, o trabalho é tão central na sociedade- e o trabalho assalariado representa parcela dessa realidade- sendo que o exercício do trabalho deve ser compreendido não apenas como cumprimento obrigacional, mas o de exercício de direito fundamental; mesmo com os lados de tensão entre venda da força do trabalho e a estrutura jurídica dessa compra, é importante que não se dissolvam entre si.³¹⁹

O trabalho é emancipador e atividade intencional de transformação do real curso no qual se dá a descoberta e o desenvolvimento das potencialidades humanas³²⁰, como elementar para o desenvolvimento das habilidades e das capacidades e que colabora para sua autorrealização, não só individualmente, mas também no coletivo.³²¹

Todavia, esse desenvolvimento caminha ao lado da liberdade de ação de acordo com o projeto de vida de cada um, considerando as suas capacidades individuais, seu aprendizado pessoal, já que esse desenvolver-se- e a própria concepção de personalidade- comportam uma componente de

³¹⁶RIVERO ROJAS, Gloria. Op. Cit p.50

³¹⁷RIVERO ROJAS, Gloria, Op. Cit p. 34.

³¹⁸ RIVERO ROJAS, Gloria, Op. Cit p. 34-35.

³¹⁹WANDELLI, Leonardo Vieira. Op.Cit.

³²⁰ WANDELLI, Leonardo Vieira, Op. Cit p. 46.

³²¹ Em outra visão, Wilson Ramos Filho: O papel antiemancipatório do modo de relação capital e trabalho faz parecer que ele não se subordina ao capital, criando a falsa impressão de um trabalhador independente, o capital se concentrou mas a classe trabalhadora não acompanhou, mascarando a exploração, inviabilizando a luta de classes. FILHO, Wilson Ramos. Op. Cit. p.100.

liberdade,³²² e, a eleição de cada um pelo modo de vida, garante a autonomia para o desenvolvimento da personalidade livre.

Toda essa ponderação sobre a liberdade, que também é um desdobramento do desenvolvimento da personalidade, tem ligação com as realizações buscadas pelo homem de forma independente, do homem que tem projetos sucessivos de vida, e além disso, esse desenvolvimento livre implica que haja proteção à dignidade humana, sendo uma faculdade da pessoa desenvolver-se de forma franqueada.

Assim, como visto, dentro do âmbito da tutela geral da personalidade considerada individualmente a cada ser humano vivo, se estabelecem forças transformadoras, garantias de condições de vida, de convivência, naturais e também sociais, que asseguram ao homem o poder de salvaguardar a sua personalidade através da sua autodeterminação e da sua autoconstituição. Daqui resultam poderes jurídicos para o respectivo titular, de afirmar e de promover o desenvolvimento da personalidade, e até do Estado que também tem interesses públicos.³²³

Argumenta Rabinadrath Aleixo Capelo de Sousa que os exercícios dessas manifestações do direito ao desenvolvimento da personalidade não se separam dos deveres recíprocos dos membros de uma comunidade jurídica e o direito ao desenvolvimento livre da personalidade de cada um, é limitado pelos direitos ao desenvolvimento da personalidade de outros indivíduos que compõe essa comunidade.³²⁴

Isso ocorre porque o direito ao desenvolvimento da personalidade individual tem limites jurídicos e limites internos, relativos às capacidades dinâmicas³²⁵, sendo que, a respeito dos limites sobre o exercício geral da personalidade, é importante lembrar que essa colisão de direitos pode ser

³²² PINTO, Paulo Mota, O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Portugal-Brasil ano 2000, Coimbra Editora, 1999, pág. 160.

³²³ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. Op. Cit 352-353.

³²⁴ PINTO, Paulo Mota. Op. Citp. 63. Tais direitos são, portanto, essenciais, uma vez que a própria personalidade humana quedaria descaracterizada se a protecção (sic) que eles concedem não fossem reconhecida pela ordem jurídica. São, por outro lado, direitos gerais, isto é, direitos de que são titulares todos os seres humanos, não estando essa titularidade ligada a um grupo, classe ou categoria específica de homens (característica, esta, que é a decorrente óbvia de, por um lado, se reconhecer a qualidade de pessoa a todos e de, por outro lado, estes direitos serem essenciais).

³²⁵ O professor Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa, é um autor português que traz em sua obra observações sobre a doutrina civilista local e faz observações preciosas e gerais sobre o objeto da personalidade humana enquanto bem jurídico tutelado.

regulada por lei já que não é possível haver cotitularidade de direitos de personalidade.³²⁶ Abre-se um parêntese para dizer, que muitas vezes o homem sacrifica o desenvolvimento da sua personalidade em favor de outros, como em casos de autorização de transplantes, sacrifícios na carreira profissional.³²⁷

A sociedade contemporânea por assim dizer, embora tenha um importante papel na formação do homem, como bem destaca Rabinadrath Aleixo Capelo de Sousa, tem domínios muito sensíveis sobre a realização da personalidade humana em razão da individualidade inerente ao humano:³²⁸

Depois, porque cada homem tem a sua específica individualidade, autonomia, auto-propõe-se objetivos pessoais, valorando situações com critérios próprios, adaptando-se a si próprio e ao mundo e agindo com a estrutura da personalidade com base em estruturas complexas, diversificadas e muitas vezes antinômicas estruturas *de ser* e de *dever ser*, como a sua herança biogenética, a educação recebida, as circunstâncias socioeconômicas, os seus instintos, sua afetividade, seu temperamento, racionalidade, sua ética, seu caráter, as aspirações e seus interesses.

Notadamente na relação de trabalho, o direito ao desenvolvimento da liberdade passa por inúmeros problemas, até porque, como visto, advém de uma raiz civilista, que tem uma ótica que carrega alguns males daquele ramo do direito, no que se refere às restrições dos direitos da personalidade.³²⁹

Além disso, no âmbito da relação de trabalho, o homem, no exercício da sua atividade profissional desenvolve a sua cidadania e para isso lida com sua individualidade, com suas particularidades, e muitas vezes o confronto na relação é inevitável.

³²⁶ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. Op. Cit p., 533: (...) Cada pessoa é única e exclusiva titular de direitos que incidem sobre a sua personalidade, não havendo direitos sobre a personalidade de outrem. Ou seja, não pode haver cotitularidade activa (sic) nos direitos de personalidade. Daí que, no âmbito destes direitos, fique excluída à partida uma das fontes de colisão de direitos, a resultante da incidência, sobre o mesmo objeto jurídico, de direitos pertencentes a diversos titulares.

³²⁷ Conforme o Código Civil português, serão nulos os direitos lesados da personalidade que violem princípios de ordem pública. (artigos 81, nº 1, e 340, nº 2).

³²⁸ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. p.15.

³²⁹ O adjetivo “males” é usado para simbolizar o fato de que, o Código Civil de 2002, embora represente um avanço em relação ao de 1916, não trouxe regulamentação dos direitos da personalidade, pois sua redação é de 1960.

2.2 Trabalho, Identidade e Reconhecimento: quando trabalhar é expressar-se

No tópico anterior destacou-se o quanto o trabalho é central, além do que, o trabalho é um objeto do direito fundamental, e deixa de ser visto como instrumental, mas se estreita com os direitos fundamentais (direito à saúde, educação, moradia) distanciando-se daquela dimensão reducionista da modernidade, que desvaloriza o que Leonardo Wandelli chama de ativar das capacidades humanas por meio do trabalho.³³⁰ Se o trabalho for visto apenas como mero esforço, não passará de um mal necessário.

A partir do estudo sobre a personalidade do sujeito, e seu desenvolvimento pelo trabalho é de extrema relevância trazer à lume os estudos do professor doutor Christophe Dejours, psiquiatra, psicanalista e ergonomista com inúmeros estudos sobre trabalho, através do qual nasceu a psicodinâmica do trabalho nos anos 1990 na França. Suas investidas tratavam de identificar síndromes e doenças mentais, demonstrando que as instabilidades dos trabalhadores provocavam distúrbios psicopatológicos.³³¹ Com suas investigações, passa-se a compreender que o trabalho é uma via de desenvolvimento da personalidade.

Em seus estudos, Christophe Dejours foi capaz de afirmar que o conteúdo do trabalho se liga com a liberdade justamente no momento em que contribui para o desenvolvimento da personalidade do homem, contribuindo para a vida cívica do mesmo, até porque quem trabalha, nas observações dele, não trabalha para o outro apenas, mas para si mesmo.³³²

Através de suas pesquisas, entendemos que sem a mobilização da subjetividade dos trabalhadores, capaz de suprir a distância entre a forma prescrita e a contingência real do trabalho e o enfrentamento das dificuldades, produção e rentabilidade não são possíveis. Subjetividade também se relacionaria diretamente com o exercício da sua liberdade.

³³⁰ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. p. 61

³³¹ MARTINS, Márcio. Psico do Reconhecimento no Trabalho de Informática de Terceirizados e Concursados de uma Instituição Pública, Universidade de Brasília - UnB Instituto de Psicologia Departamento de Psicologia Social, do Trabalho e das Organizações. Disponível em: file:///C:/Users/Micheli/Downloads/psicodinamica_reconhecimetno_martins.pdf acessado em 19-05.2016.

³³² DEJOURS, Christophe. Trabalho Vivo: Sexualidade e trabalho. São Paulo: Paralelo 15, 2012, Tomo I.

Existe, infelizmente uma ideia de dupla redução moderna do trabalho, ou reducionismo produtivista, e que, segundo Christophe Dejours não faz jus à real centralidade do trabalho na vida das pessoas.³³³ Ora, pelo trabalho, o ser humano desenvolve sua personalidade, ele é a fonte criadora de todo valor do capital, através do que realiza.³³⁴

Os estudos a partir da psicodinâmica, que estudou intimamente a relação do trabalho com o sujeito, criticou o taylorismo e examinou as vivências tanto de prazer quanto de sofrimento no trabalho, ao que se atribui sintomas relacionados ao contexto sócio-profissional. Nessa teoria, pondera-se que os indivíduos reagem de forma diferente para cada situação relacionada ao trabalho, e carregam para esse trabalho sua história de vida; e é justamente nesse contexto que os problemas nascem; de um lado encontra-se o indivíduo e sua busca por prazer, e do outro lado a organização, que apenas adapta o trabalhador a um modelo.

Trabalhar é mobilizar toda a sua subjetividade, é um lugar criativo, ainda que desgastante. O que está em questão é o sentido do trabalho para o sujeito, sua indiscutível contribuição para o mesmo. É claro que, a grande maioria das produções de trabalho são muito ruins, mas o trabalho, como vem sendo afirmado, não poderá trazer o pior.

Como assinalado anteriormente, é possível compreender que o trabalho, tem poder emancipador, e a ideia de tratá-lo como pena ou sacrifício foi invertida com a ética moderna do trabalho, pois ele pode gerar o melhor, ele é o que podemos dizer, um recurso, uma oportunidade privilegiada, tanto de emancipação quanto de alienação.³³⁵

A questão nodal é se o direito ao trabalho tem potencial antecipatório ou apenas tem função de promover trabalhadores à reprodução de um sistema de dominação.³³⁶ Note-se que, o trabalho por si só não implica autonomia, de certo modo o trabalho vai liberando o sujeito da luta por reconhecimento a

³³³ DEJOURS, Christophe. Op. Cit

³³⁴ SANCHEZ RUBIO, David. Derechos humanos, producción y reproducción de la vida humana y trabajo vivo. Revista de investigaciones Jurídicas. México, D. F., Escola Livre de Derecho, 2000, nº 24, p. 567-595. Essa subjetividade é chamada por David Sanchez Rubio de corpórea, e está acima de objetivos e pensamentos materialistas

³³⁵ WANDELLI, Leonardo Vieira, Op. Cit, p. 176.

³³⁶ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit 165-167.

qualquer preço³³⁷. Emancipação, pois, é tanto o resultado do trabalho (subjetivo), quanto tem, como foro privilegiado, as relações de trabalho produtivo e reprodutivo. O mundo do trabalho mostra toda sua centralidade tanto para gerar o pior, quanto para gerar o melhor.

Dejours vai bem mais além, afirma de forma audaz que o contido na Declaração Universal dos Direitos do Homem, do ponto de vista da clínica do trabalho, não é real, pois o homem nasce dependente e alienado, ou ainda, homens nascem desiguais física e socialmente, e a autoridade não resolve o escândalo da desigualdade, apenas atenua as incidências deletérias no mundo humano e no mundo social.³³⁸ Mas o trabalho poderia ser visto como um direito que condiciona a dignidade da pessoa humana, sem o qual ela não existe, um direito a reprodução e ao desenvolvimento autônomo da corporalidade vivente, o que significa muito mais que a sobrevivência física do corpo.³³⁹

Os homens vivem em constante metamorfose, chegando a nomear necessidades sociais, psicológicas, e é nesse sentido que se afirma que o direito ao trabalho não atuaria apenas como uma via instrumental para se “ganhar a vida”, mas teria seu reconhecido papel constitutivo de exercício autônomo das capacidades.

Observa Leonardo Wandelli também, que sem a colaboração criativa dos trabalhadores e seu engajamento subjetivo, não é possível alcançar objetivos em uma cooperação. Assim, repete-se, trabalhar consiste justamente em mobilizar os recursos da subjetividade para suprir, individual e coletivamente, a irreduzível distância entre as prescrições e aquilo que a resistência real do trabalho impõe para que o trabalho se faça efetivo.³⁴⁰

E, nesse ponto, ele destaca a questão da identidade do trabalhador, que tem seu conceito inicial na psiquiatria e é considerada “a armadura da saúde mental”³⁴¹. Para muitos é mais fácil gozar da saúde estando trabalhando que estando privado de trabalhar.

³³⁷ WANDELLI, Leonardo Vieira, Op. Cit p. 176 citando Michel Henry comenta que o autor chama isso de “honrar a vida”. Já para Dejours, isso depende de uma renúncia libidinal para que outros tenham lugar no coletivo organizacional, que pode dar lugar ao prazer e gerar a emancipação.

³³⁸DEJOURS. Christophe. Op. Cit. p. 135.

³³⁹ WANDELLI, Leonardo Vieira, Op. Cit, p. 47.

³⁴⁰ WANDELLI, Leonardo V. Op. Cit p. 167.

³⁴¹ WANDELI, Leonardo V. Op. Cit p. 169-170.

A que se deve essa subjetividade do trabalho? O trabalho é uma provação contingente? Interpretações equivocadas sobre a expressão do trabalhador tem cada vez mais sido alvo de reflexões, e gerado dissidência entre as partes envolvidas na relação laboral no que se refere a sua expressão.

Mas afinal, o trabalho se expressa como? Para Christophe Dejours e seu olhar clínico, o trabalho é numa perspectiva humana o fato de trabalhar, os gestos, o saber-fazer, o engajamento do corpo, a capacidade de pensar, etc. Para o clínico, o trabalho não é em primeira instância a relação salarial, é o trabalhar, ou seja, um modo específico de engajamento da personalidade para enfrentar uma tarefa definida por constrangimentos (materiais e sociais).³⁴²

Trabalhar constitui para a subjetividade, uma provação que a transforma.³⁴³ O trabalhar é engajar sua subjetividade num mundo hierarquizado, ordenado e coercitivo, perpassado pela luta para a dominação.³⁴⁴ Da mesma forma, trabalhar não é só executar atos técnicos, é funcionar o tecido social e as dinâmicas intersubjetivas indispensáveis a psicodinâmica do reconhecimento, que é, para o autor, o caráter necessário em vista da mobilização subjetiva da personalidade.³⁴⁵

Christophe Dejours coloca à prova a subjetividade, que segundo ele ou sai exaltada ou morta; afirmando que trabalhar não é somente produzir; é transformar a si mesmo, é uma ocasião oferecida à subjetividade para se testar, até mesmo para se realizar.³⁴⁶

Ora, o trabalho é uma das colunas do processo de realização de si. Dussel já dizia que o homem poderia assumir um conceito econômico, assim como o trabalho humano chamado pelos gregos de *producto* que quer dizer *poiêmata* e que deriva de *poiésis* ou ato produtivo, e que advém do castelhano, traduz-se em poesia, que significa, *hacer* em latim.³⁴⁷

É importante lembrar que ao longo da história, o trabalho passou a ser reconhecido como mediador de uma construção de reconhecimento, como tema de reconstrução de identidade e diferenças e tem se tornado um dos

³⁴² DEJOURS, Christophe. Op. Cit, 24.

³⁴³ DEJOURS, Christophe. Trabalho e sexualidade, Op. Cit. p. 34.

³⁴⁴ DEJOURS, Christophe. Op. Cit. p. 31.

³⁴⁵ DEJOURS, Christophe. Op. Cit. p. 58.

³⁴⁶ DEJOURS, Christophe. Op. Cit. p. 30.

³⁴⁷ DUSSEL, Enrique. **16 Tesis de economia política**: interpretación filosófica. México: Siglo XXI Editores, 2014, p.20-29.

aspectos mais centrais, não só dos direitos humanos, mas de reflexão social e contemporânea.³⁴⁸

As necessidades se conectam diretamente com o trabalho, já que no processo de divisão do trabalho, se criam e se reprimem as necessidades.³⁴⁹ Ora, o trabalho produz bens, bens que tem valor de uso para o sujeito, (materiais, imateriais,) e esses bens realizam as suas necessidades.

No sentido da luta por reconhecimento no trabalho, Leonardo Wandelli questiona que sentido haveria para aqueles a quem não se asseguram uma realização ótima das necessidades? O direito ao trabalho tem potencial antecipatório ou apenas tem função de promover trabalhadores à reprodução de um sistema de dominação?

Ora, o trabalho edifica a identidade, pelo trabalho, na medida que o sujeito produz bens, transforma o humano; porém, ao mesmo tempo que é uma necessidade, ele também é um bem, sendo possível afirmar que é um conjunto de atividades e relações, um bem com valor de uso para o sujeito.³⁵⁰

Para Axel Honneth, o reconhecimento é incompatível com a sociedade capitalista, assim como a classe trabalhadora não tem como deixar de ser explorada. Citando Hegel, ele diz que enquanto a produção de bens orientada ao lucro “se encontra em efetividade sem entraves”, cedo ou tarde, isso gera o problema de que de um lado acumulam-se “riquezas” nas mãos de poucos, e do outro lado, com a “grande massa” aumenta-se o “isolamento e a escassez do trabalho singular”, o que importa “dependência e miséria”.

Inclusive ao falar do reconhecimento do trabalho, Axel Honneth explica sobre as utopias do trabalho e sobre a imaginação que a modernidade criou do conceito de realização social, asseverando que as utopias do trabalho do século XIX deram asas a nossa fantasia social e abriram para a modernidade espaços bem novos de imaginação.

É para elas que devemos as imagens da realização individual e da cooperação bem-sucedida, sem as quais os repertórios de nossos sonhos de uma vida melhor seriam significativamente mais pobres.³⁵¹ Inclusive o autor

³⁴⁸ WANDELLI, Leonardo V. Op. Cit p. 160-161.

³⁴⁹ WANDELLI, Leonardo V. Op. Cit. p. 149.

³⁵⁰ WANDELLI, Leonardo V. Op.Cit. p.178.

³⁵¹ HONNETH, Axel. HONNETH, Axel, Trabalho e reconhecimento: Tentativa de uma redefinição. Civitas – **Revista de Ciências Sociais**, v. 8, n. 1, jan.-abr. 2008.pp. 46-67, p. 51.

trata de afirmar que o homem não busca apenas trabalho, mas satisfação, ainda que em tempos em que essa discussão está adormecida:³⁵²

A busca por um local de trabalho que não apenas assegure a subsistência, mas também satisfaça individualmente de modo algum desapareceu; ela tão somente deixou de determinar as discussões públicas e as arenas da disputa política; contudo, deduzir deste estranho e encabulado silêncio que as exigências de uma reformulação das relações de trabalho pertençam definitivamente ao passado seria empiricamente falso e quase cínico.

Axel Honneth segue destacando a importância de resgatar e reconstruir os fundamentos do direito do trabalho e mesmo desvendar o conteúdo desse direito que está obscurecido.³⁵³

Com a disseminação de um mercado geral para trabalho e bens é criado um mecanismo autoregulado que não tolera qualquer limitação moral; e segundo sua visão, aqui predomina unicamente a lei da oferta e da procura, de modo que também o trabalho social sempre será organizado de forma e remunerado em tal medida, como for necessário para a venda lucrativa de bens.³⁵⁴

Com isso, a da realização das necessidades por um sistema de divisão do trabalho, e vai além de critérios econômicos e de produção, mas implica que eles reciprocamente sejam reconhecidos, como membros de igual valor. O sujeito do trabalho tem necessidades que, segundo Dussel se não forem satisfeitas, suas mãos se transformam em sujeito-produto. *“Solo hay producto sen la naturaliza cuando há habido un trabajo humano que los ha producido como fruto de esa actividad, y en ello consiste la transformación de la mera naturaleza em cultura”*.³⁵⁵

A temática do reconhecimento não deixa de ser uma necessidade ligada ao desenvolvimento da personalidade. Além disso, o reconhecimento pode funcionar como mecanismo de direcionamento das pretensões das pessoas.

Na sociedade em que vivemos, o homem encara o trabalho como única via de alcançar bens, e em se tratando de reconhecimento e de necessidades pelo trabalho; Leonardo Wandelli que usa a expressão “binômio do

³⁵² HONNETH, Axel. Op. Cit., p. 47.

³⁵³ WANDELLI, Leonardo V. Op. Cit p. 9.

³⁵⁴ HONNETH, Axel. Op. Cit. p. 58.

³⁵⁵DUSSEL, Enrique. Op. Cit p.20-22.

reconhecimento-necessidades”, comenta que a realização ou a via para realização dessas necessidades passa pelo sistema de divisão do trabalho e vai para além da medida de eficiência de critérios econômicos e de produção. Implica que eles sejam reconhecidos reciprocamente, como membros de igual valor, propondo que se altere entre uma perspectiva econômica e uma perspectiva de sujeitos.³⁵⁶

As questões em torno da teoria das necessidades e do reconhecimento, não são teorias paralelas; o reconhecimento é entendido através das necessidades, como parte de um plexo de objetos materiais e simbólicos.³⁵⁷

Leonardo Wandelli explica que a teoria do reconhecimento põe em relevo práticas sociais de autoconstituição intersubjetiva dos sujeitos, dos processos de luta, além disso, a partir do conceito desenvolvido por Amartya Sen, sobre desenvolvimento como liberdade, mencionado por Leonardo Wandelli e incorporado à teoria das necessidades, evidencia-se a ligação entre ambas à teoria do reconhecimento e a teoria das necessidades.³⁵⁸

O reconhecimento é um elemento chave nessa relação entre sujeito, trabalho e organização e é uma preocupação antiga, que se remete ao “eu” consigo próprio, e que não é apenas tratado na psicologia, mas no trabalho. Axel Honneth se dedicou a também estudar na luta por reconhecimento, os sofrimentos, as aflições sociais relacionadas com as várias formas de negação de reconhecimento.³⁵⁹ Em suas preleções, é possível perceber que apenas quando um indivíduo em um campo de distribuição contribui positivamente, consegue desenvolver autorespeito, por isso ao lado da família e do direito, trabalho seria uma das esferas da luta por reconhecimento.³⁶⁰

Para Axel Honneth, os atos de reconhecimento têm eficácia performativa, e se apoiam em referências valorativas; mas essas promessas avaliativas, não são verdadeiras, elas carecem de implementação de medidas concretas, uma condição de que vale a pena, parece faltar.³⁶¹

³⁵⁶ WANDELLI, Leonardo V. Op. Cit p. 105;

³⁵⁷ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. p. 159. Para o autor, o sentido entre ambas é de complementaridade

³⁵⁸ WANDELLI, Leonardo V. Op. Cit. p.160.

³⁵⁹ HONNETH, Axel. Op. Cit p. 47.

³⁶⁰ WANDELLI, Leonardo V. Op. Cit. p. 167-168.

³⁶¹ WANDELLI, Leonardo V. Op. Cit p. 177.

A teoria das necessidades oferece parâmetros normativos que são importantes para não expor ao relativismo, sobre as atitudes valorativas do reconhecimento, se são ou não válidas.³⁶² Para Axel Honneth, na plebe não há chances de reconhecimento, inclusive ele acreditava que as organizações precisam ter condições morais para que as realizações do trabalho não sejam remuneradas com um salário capaz de assegurar a subsistência, mas que mantenham uma forma de contribuição fundada em habilidades; afirmando que na “plebe” se encontra unificada uma parte não desprezível da população, que está destituída de qualquer chance do reconhecimento de realizações do trabalho mediado pelo mercado, e com isso, padece com a falta da “honra burguesa”.³⁶³

A dificuldade de defender a emancipação pelo trabalho ressalta que o desenvolvimento na organização do trabalho acabou por boicotar as tentativas de melhorar a qualidade no trabalho, uma boa parte da população busca acesso a uma forma de assegurar a subsistência, e outra, executa atividades sem proteção alguma.

Deste modo, a partir da ligação entre reconhecimento e necessidades, nota-se como a articulação entre trabalho e reconhecimento é central, e constitui elemento essencial para a fundamentação de um direito ao trabalho, tendo em conta que o conteúdo da atividade laboral, é encarada como um bem que realiza necessidades essenciais do humano em termos de desenvolvimento da personalidade.³⁶⁴

Mas o direito não é só um mediador do reconhecimento das demandas dos trabalhadores, é produzido nessa luta por reconhecimento,³⁶⁵ e, embora os direitos não satisfaçam diretamente necessidades, são mediações necessárias e insuficientes para propiciarem bens satisfatores (objetos, atividades e relações).³⁶⁶

Christophe Dejournassou assinalou que embora seja necessário o reconhecimento, ele é insuficiente para gerar o melhor no que se refere a

³⁶² WANDELLI, Leonardo V. Op. Cit. p. 160.

³⁶³ HONNETH, Axel. Op. Cit. p. 56.

³⁶⁴ WANDELLI, Leonardo V. A reconstrução Normativa do Direito Fundamental ao Trabalho.

Revista TST, Brasília, vol. 79, nº 4, out/dez 2013, p. 105. Disponível em:

<https://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/55989/006_wandelli.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 ago 2016.

³⁶⁵ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. 193.

³⁶⁶ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. p. 153.

saúde, cultura, civilidade e relata que, se o indivíduo não alcança um mínimo de estabilidade no registro da sua identidade, de modo a não demandar constantes e repetidas confirmações pelo outro, pode sujeitar-se ao reconhecimento a qualquer preço.³⁶⁷

O reconhecimento no trabalho elenca formas simbólicas de julgamento, sendo duas: julgamento da utilidade e julgamento da beleza; o primeiro implica dizer que o ato técnico ocorre no lazer e no trabalho e quem profere esse julgamento são aqueles que em relação ao ego tem posição hierárquica, no caso, o chefe, o executivo, os organizadores.³⁶⁸

Para Christophe Dejours, os métodos de avaliação do trabalho pautados em *performance*, substituem as tarefas de avaliação do trabalho.³⁶⁹ Esse julgamento diz respeito a conformidade do trabalho, a produção, e confere em termos qualitativos ao ego, o pertencimento ao coletivo; e o indivíduo recebe então a partir desse julgamento, o retorno do que faz dele um indivíduo como os outros.

Já no julgamento sobre utilidade que diz respeito ao trabalho, se avalia o trabalho e não a pessoa, a utilidade produtiva.³⁷⁰ Assim, o reconhecimento pode funcionar dentro do registro da subjetividade como reconhecimento pelo outro, reconhecimento do seu trabalho para a gestão, para a organização. Esse reconhecimento é uma forma moral-simbólica dada ao ego, é uma compensação pela sua contribuição.³⁷¹

Nos anos 30 esse era o reconhecimento do operário padrão. Hoje vemos que é o empreendedorismo o modelo do capital, a ideia do mérito, que embute uma quantidade, um conjunto ideológico muito afinado com o liberalismo, isso porque em boa parte do ponto de vista da relação com os trabalhadores, há subordinação, ainda que sem estatuto, e as relações de

³⁶⁷ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit.. 174.

³⁶⁸ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit.. 178-179. O julgamento da beleza ou julgamento de estética, em que a avaliação é horizontal, feita pelos companheiros e pode ser expressa pela qualidade do trabalho, para o autor guarda maior referência com o trabalho real.

³⁶⁹ WANDELLI, Leonardo V. Idem. p. 174: Esses julgamentos não recaem sobre a pessoa, mas sobre o trabalho. Quando a dinâmica do trabalho, como via de elaboração do sofrimento, é bloqueada, somente resta, como alternativa para escapar do adoecimento, o desenvolvimento de estratégias defensivas que neutralizam a percepção do sujeito quanto ao próprio sofrimento.

³⁷⁰ LANCMAN e SNELWAR, p. 73. O reconhecimento pode inscrever-se na esfera da personalidade, em termos de ganho no registro da identidade.

³⁷¹ DEJOURS, Christophe. Op. Cit. p. 44-50

poder estão cada vez mais presentes. As grandes empresas controlam cadeias produtivas, ao mesmo tempo em que trabalhadores subordinados são tratados como autônomos. Diz-se isso porque o destinatário do reconhecimento precisa se ver reconhecido.³⁷²

Inclusive do ponto de vista do trabalho vivo, o reconhecimento no trabalho desempenha um papel central para o desenvolvimento da subjetividade, para a igualdade; o respeito, o pertencimento à coletividade, são dimensões essenciais à dignidade.³⁷³

Todas essas questões são importantes para compreender que é também com o trabalho que se constrói a identidade do trabalhador, seu pertencimento em um campo social; até porque, o trabalho apenas como necessidade nos levaria ao idealismo no trabalho, ao aspecto de bens, o que significaria dizer que seria apenas produtivista, e assim, seria reduzido ao individualismo.

Por isso é que muitas vezes quando o sujeito não está trabalhando, é colocado na posição de inútil na sociedade e isso pode o levar a uma séria descompensação psíquica.

Isso também ocorre porque há uma necessidade de reconhecimento entendido como um complexo de objetos materiais e simbólicos, atividades e relações, que são indispensáveis para a saúde mental do trabalhador e sua autonomia; e por isso é importante reconhecer a temática do reconhecimento como uma necessidade ligada ao desenvolvimento da personalidade, e com o desenvolver-se da personalidade pelo trabalho.

Em outro vértice, Christophe Dejours, alerta que essa dinâmica do reconhecimento por si só não é capaz de garantir que o trabalho gere o melhor em termos de saúde, de cultura; ao contrário, pode gerar uma busca desenfreada do indivíduo por reconhecimento, e com isso, dar lugar a bajulação, oportunismo, carreirismo, e até mesmo deslealdade com colegas.

Isso porque, na ânsia de evitar a desestabilização, o sujeito acaba deixando de lado seus valores morais, e na visão do autor, isso pode torna-lo

³⁷² DEJOURS, Christophe, Op. Cit. p. 60-61. Dejours, trata da deontica do fazer, que é uma dimensão coletiva essencial, que para ocorrer necessita de transparência, confiança, solidariedade, tempo, de forma a deliberar no coletivo, ocorrendo cooperação e retribuição simbólica na forma de reconhecimento do fazer, que por sua vez, se dá por via de gratidão ou de constatação, que seria reconhecer o real valor, a qualidade do trabalho.

³⁷³ WANDELLI, Leonardo V., Op. Cit, p. 159.

presa fácil para o aliciamento, para atuar em troca de reforço identificatório, como um instrumento de práticas de violência contra outras pessoas no trabalho e também fora dele, o que o autor chama de “trabalho do mal”.³⁷⁴

Ao falar sobre as consequências carregadas pela negação disso, Leonardo Wandelli aponta que as novas formas de administração é que propagam uma tática que traz a negação do local do trabalho como espaço de cidadania, e isso pressupõe a depuração do trabalho vivo, o poder de descarregar nos trabalhadores o despedimento, e de romper as expectativas de reconhecimento.³⁷⁵

A par de tudo isso, é sensível a afirmação de que a liberdade de expressão é inerente ao próprio conteúdo do direito ao trabalho, e inafastável do mesmo.

2.3 A liberdade de expressão como elemento da personalidade do trabalhador

É importante antes situar historicamente o surgimento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que nasceu no reconhecimento da busca da felicidade, na Declaração de Independência dos Estados Unidos em 1776. Apesar das discussões sobre a felicidade, a Constituição americana não elencou a felicidade em seu rol, fazendo com que doutrina ou jurisprudência o tratasse como um direito implícito no princípio democrático, previsto em emenda constitucional.³⁷⁶

O primeiro diploma constitucional a falar sobre o livre desenvolvimento da personalidade foi o italiano, em 1947,³⁷⁷ depois, a Declaração Universal dos Direitos Humanos também elencou como direito humano o livre desenvolvimento da personalidade, mas apenas em 1949 é que o direito ao

³⁷⁴ WANDELLI, Leonardo V. Op. Cit. p. 175.

³⁷⁵ WANDELLI, Leonardo V. Op. Cit. p. 180.

³⁷⁶ MOREIRA, Rodrigo Pereira. Op. Cit. p. 82

³⁷⁷ “Artigo 2º: A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, ora como indivíduo, ora no seio das formações sociais onde aquele desenvolve sua personalidade, e exige o cumprimento dos deveres inescusáveis de solidariedade política, econômica e social. Artigo 3º: Todos os cidadãos terão a mesma dignidade social e serão iguais ante a lei, sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opiniões políticas nem circunstâncias pessoais e sociais. Constitui obrigação da República suprimir os obstáculos de ordem econômico e social que, limitando aliás a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a participação efetiva de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país”.

livre desenvolvimento da personalidade foi reconhecido como direito fundamental pela Constituição de Bonn, que desenvolveu o tema com maior normatividade.³⁷⁸

Assim, até ser celebrado o direito ao livre desenvolvimento, ele foi debatido em vários documentos constitucionais, ganhando pouco a pouco apoio jurisprudencial e doutrinário, e em alguns deles foi encartado como princípio e não como um direito fundamental, como na Constituição Espanhola de 1978.³⁷⁹

A primeira importante decisão que tratou do direito ao livre desenvolvimento da personalidade ocorreu no Tribunal Constitucional Federal (TCF) a respeito do art. 2º, § 1º da Lei Fundamental alemã e dizia respeito ao conhecido caso do Wilhelm Elfes. O político entrou com uma reclamação constitucional perante o Tribunal Alemão após ter negado o direito a prorrogação da validade de seu passaporte, face a aplicação de um artigo da lei de passaportes que previa a denegação em caso de interesse relevante da República alemã.

Negado seu pedido, o Tribunal afirmou que a liberdade de entrar e sair do país não estava amparada pelo direito fundamental de circular livremente, e, portanto, essa discussão centralizava no livre desenvolvimento da personalidade (aplicação subsidiária). O pedido, porém, não poderia ser concedido, pois a lei de passaportes era na verdade uma limitação ao direito geral de ação e ao direito geral da personalidade.³⁸⁰

Essa amplitude dos direitos da personalidade, embora recepcionada pela jurisprudência alemã não foi consolidada de forma ampla pela doutrina, no sentido de que o livre desenvolvimento da personalidade não abrangeria todo e qualquer tipo de ação.³⁸¹

³⁷⁸ MOREIRA, Rodrigo Pereira. Op. Cit. p. 83-84.

³⁷⁹ O direito ao livre desenvolvimento da personalidade também foi estabelecido na Constituição colombiana, depois na Constituição do Paraguai, Venezuela e Equador. Igualmente se estendeu até a Europa, em Portugal. Já alguns países como Japão, Coréia, consagram o direito à felicidade.

³⁸⁰ MOREIRA, Rodrigo Pereira. Op. Cit. p. 58.

³⁸¹ A discussão sobre a concepção restringida dos direitos da personalidade e os contornos dessa discussão no âmbito do Tribunal Alemão não serão abordados nessa pesquisa; o apontamento foi feito para demonstrar o âmbito de proteção desse direito na Alemanha e as divergências quanto ao tema.

No Brasil, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade não está expressamente consignado na Constituição de 1988, embora ele seja debatido e estruturado através de outros princípios como o da dignidade da pessoa humana. O conteúdo do art. 205, *caput* da CF/88 não ampara o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, mas reforça uma das finalidades do direito à educação e o pleno desenvolvimento da pessoa, dizendo respeito mencionando a um princípio que deve reger as políticas públicas sobre aquele direito.

A título informativo, o livre desenvolvimento da personalidade no Brasil tem sido tratado mais precisamente quando se fala em direitos de liberdade sexual e, por ocasião do surgimento do debate sobre o tema, o STF apreciou casos de união estável homoafetiva, porém, o direito ao livre desenvolvimento vai além da discussão sobre preconceito, orientação sexual, mas se funda com o âmbito de proteção da tutela da individualidade.

A questão central é, então, o quanto o trabalho contribui para o desenvolvimento da personalidade, considerando que na visão da Constituição o conteúdo jurídico e também fundamental, no que se refere ao livre desenvolvimento da personalidade, é materializado pelo princípio da dignidade humana.

O desenvolvimento da personalidade está diretamente ligado com a liberdade, que traz em seu conteúdo algo bastante subjetivo; não tem muros, apenas sua forma de expressão é tratada em nosso ordenamento, mas ela não deixa de ser a forma de manifestação de pensamento; tanto é que a própria liberdade de pensamento é encarada, como manifestação do fenômeno social.³⁸²

Uma análise feita por Gregoria Robles Morchón destaca a extensão do direito ao livre desenvolvimento:³⁸³

Analisando o domínio existencial do livre desenvolvimento da personalidade, percebe-se que está ligado à proteção que a pessoa possui para escolher livremente o seu próprio projeto vital. A

³⁸² CALDAS, Pedro Frederico. Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral. São Paulo, 1997, p. 59.

³⁸³ MOREIRA, Rodrigo Pereira. **Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Isonomia: Implicações Recíprocas**. Paulo Gustavo Gonet Branco e Janete Ricken de Barros (Org). Brasília: IDP, 2014, p. Disponível em <<http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks> 86>. Acesso em 01 mai 2017.

liberdade é o ponto de partida para a autoconstrução da personalidade, pois é a pessoa quem deve escolher, sem qualquer ingerência, sobre o seu projeto de vida, bem como modificá-lo quantas vezes for necessário.

Diante dessa afirmação, nota-se a importância da dignidade -durante vários pontos abordada- que é um parâmetro para se atingir a materialidade dos direitos fundamentais e analisar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, não expressamente tratado na Constituição.

É preciso reconhecer, no entanto, que o trabalho é essencial para desenvolver potencialmente o homem, embora seu papel tenha sido desprezado no que se refere à emancipação do homem, ele compreende o desenvolvimento da personalidade.

As expressões autonomia, autodeterminação, liberdade embora não sejam sinônimas, completam esse sentido de livre desenvolvimento da personalidade, e denotam a construção do próprio projeto de vida, já que, ao se proteger direitos invioláveis do homem, a liberdade ou o livre desenvolvimento da personalidade, as constituições tutelam a principal forma de expressão fenomênica da liberdade: o projeto de vida.³⁸⁴

Isso porque, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade admite o direito geral de personalidade, anteriormente abordado, que é justamente essa tutela que abrange os bens de personalidade, e a liberdade geral de ação, que também não deixa de se identificar com a liberdade de ação do indivíduo segundo suas crenças e convicções.

Ora, é inegável que o livre desenvolvimento da personalidade se atrela com o trabalho, e não apenas no aspecto corporal, mas convive com o livre incremento de suas potencialidades, e, como visto acima, ligado à dignidade da pessoa humana, o livre desenvolvimento da personalidade é a possibilidade da pessoa escolher o próprio projeto de vida; já que é ela quem decide livremente o seu modo de vida e a configuração da personalidade.³⁸⁵

Infelizmente, essa questão que relaciona o trabalho como maldição e, ao mesmo tempo, como provedor de subsistência do indivíduo traz uma ideia

³⁸⁴ FERNANDÉZ SESSAREGO, Carlos. Daño al proyecto de vida. **Revista de Derecho** PUCP, .n. 50, p. 47-97. Lima, 1996, p. 95.

³⁸⁵ MOREIRA, Rodrigo Pereira. **Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade: Proteção e Promoção da Pessoa Humana**, Curitiba: Juruá, 2016, p. 81.

reducionista no que tange ao verdadeiro sentido do trabalho³⁸⁶, como passaporte para a liberdade do ser humano, já que através deste é possível também suprir suas necessidades fundamentais e secundárias.³⁸⁷

Trabalhar é expressar-se porque o trabalhador também carrega sua personalidade através de sua aparência, de suas roupas; o que o coloca muitas vezes como alvo de discriminação estética, seja pela sua barba, pelo seu cabelo, por suas roupas, ainda que não seja propriamente uma fonte de atrito no ambiente organizacional.

Quando um indivíduo trabalha, ele se manifesta, e quando fala ou deixa de falar, igualmente se expressa. Trabalho envolve o corpo inteiro. Trabalhar não é executar tarefas. O termo trabalho talvez não tivesse que ser tomado ao pé da letra, por apresentar-se apenas em uma dimensão econômica; seria necessário entender a medida do trabalho, num sentido quantitativo.

O trabalho no sentido freudiano, de exigência de trabalho imposta ao psiquismo, se diferencia do trabalho do ponto de vista econômico, do trabalho de produção (*poiésis*).³⁸⁸

É ao preço deste trabalho (*Arbeit*) que nascem habilidades profissionais. Em outros termos a literatura de pulsões sugere que: o trabalhar (*poiésis*) tem sentido inventivo, trabalhar não é só produzir, é transforma-se a si mesmo.³⁸⁹

Como apontado, na visão da psicodinâmica, para uma outra definição do trabalho, utiliza-se o termo *pático*, que caracteriza experiência vivida, ou seja, podemos dar ao trabalho uma outra definição além daquela que diz “*atividade útil coordenada*”, já que o trabalho carrega sua expressão própria. Mesmo feito

³⁸⁶ É na ótica capitalista que o trabalho é apenas um sofrimento necessário, sua divisão apenas teria como meta aumentar a produtividade e conseqüentemente a rentabilidade. Karl Marx proclamava nos Manuscritos filosóficos de 1844, que o trabalho seria o sinônimo da felicidade e da liberdade, seria uma via de realização do homem.³⁸⁶

³⁸⁷ WANDELLI, Leonardo Vieira, Op. Cit. p. 47-78. O trabalho como direito à reprodução e ao desenvolvimento autônomos *Apud* da corporalidade vivente, o que significa muito mais que a sobrevivência física do corpo. “*La vida humana incluye todos los atributos propios, y entre ellos su plenitud cultural o íntegra dignidad*”.

³⁸⁸ DEJOURS, Christophe. Op. Cit. p. 72. Cumpre notar que o autor menciona que o trabalho no sentido freudiano, de exigência de trabalho imposta ao psiquismo, se diferencia do trabalho do ponto de vista econômico, do trabalho de produção (*poiésis*). O real do trabalho se faz conhecer com experiências afetivas, o fracasso, esse sim se converte em enigma e em fonte de excitação que exige dele uma tradução.

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 73.

por homens e mulheres, para enfrentar uma tarefa utilitária, o trabalho não se obtém pela execução estrita da organização prescrita.³⁹⁰

Christophe Dejours ao comentar as experiências com o trabalho, chegou a dizer que Freud era um “maquineísta” e por isso, não percebia que o trabalho ordinário exigia habilidades, inteligência inventiva e aplicação de toda subjetividade do indivíduo.³⁹¹

Nessa ótica, o autor afirma que é no corpo que reside a inteligência. O corpo como um todo e não apenas o cérebro é o fundamento da inteligência e da habilidade no trabalho. O corpo de que fala Christophe Dejours, não seria o corpo dos biólogos, mas o corpo que se experimenta afetivamente, constituído a partir do corpo biológico. É o corpo da emoção afetiva, que é construído aos poucos.

Cristophe Dejours exemplifica seu estudo, a partir da relação que o empregado tem com uma máquina, dizendo que ele teria que se colocar em simbiose com a ferramenta de trabalho, como se essa fizesse parte de seu corpo, a essa habilidade ele diz que os americanos chamam de *tacit skills*, que significa “sentido técnico” ou habilidades tácitas.³⁹²

Há então um necessário dialogar com a máquina, em que o empregado vai percebendo seu funcionamento, emprestando vida à mesma, é justamente por isso que os operários dão apelido para as máquinas.³⁹³ O trabalhador operário sente a máquina, registra sua sensibilidade, entra em contato com o metal e o sente, para que assim, sentindo-se mais hábil, se realize.

O trabalho não está, como muitas vezes se lhe atribui, limitado ao tempo físico efetivo passado na fábrica ou no escritório. O trabalho transpõe qualquer limite atribuído ao tempo de trabalho, ele mobiliza a personalidade por inteiro.³⁹⁴

É por isso que o trabalho no que tem de essencial não pertence ao mundo visível.³⁹⁵ Na verdade, não é possível avaliar o trabalho, pois só o que está no mundo visível pode ser apreciado, por isso ser inteligente no trabalho é

³⁹⁰ Ibid., p. 41-42.

³⁹¹ Ibid., p. 18.

³⁹² Ibid., p. 27.

³⁹³ Dejours menciona que para Zola isso é o fenômeno da besta humana.

³⁹⁴ Ibid., p. 39. Dejours afirma, a partir dessa ideia, que quando a subjetividade se afasta, surge a doença mental, entendida como uma dissociação psicótica.

³⁹⁵ Ibid., p. 32.

estar longe das prescrições, dos procedimentos. E é exatamente por isso, que tudo o que não está simbolizado no trabalho efetivo não pode ser objetivado, pois não se pode avaliar quantitativamente.

A partir disso é possível afirmar que a liberdade de expressão não se separa do trabalhar. Trabalhar é expressar-se, e essa personalidade não se separa da pessoa, pois não se renunciam direitos da personalidade, não se restringem, se alienam ou transmitem em função da sua natureza.³⁹⁶

Temos em conta então que a personalidade do trabalhador se desenvolve pelo e para o trabalho, e que a liberdade de expressão é um elemento da personalidade do trabalhador. Inclusive, um dos papéis da psicodinâmica do trabalho é mostrar a necessidade do trabalho para o desenvolvimento da mesma. Paulo Mota Pinto com propriedade assevera “a noção de desenvolvimento da personalidade – e a própria concepção de personalidade em causa – comporta já um componente de liberdade.”³⁹⁷

Oportuno dizer que na doutrina alemã e espanhola muito se discute sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e muitas questões chegam até o Tribunal Constitucional.

Especificamente na Alemanha, a Constituição prevê proteção em disposições especiais sobre direitos fundamentais, com liberdade de ação para determinados setores da vida, que venham a ser expostos à intervenção do poder público. No caso de violação a esses direitos, o indivíduo poderá pleitear tutela se valendo de intervenção do poder público em sua liberdade, proteção que é conferida através do livre desenvolvimento da personalidade ao que chamam liberdade geral de ação.³⁹⁸

³⁹⁶ WAMBIER, Thereza Arruda Alvim. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 113, *in verbis*: “(...) por serem também denominados direitos personalíssimos, eis que imanentes à pessoa humana e dela indissociáveis, são intransmissíveis. A inseparabilidade dos direitos da personalidade da pessoa do seu titular decorre mesmo de leis naturais; qualquer ato ou negócio jurídico que cogitasse da transferência de quaisquer desses atributos personalíssimos e inalienáveis constituiria atentado contra a ordem natural das coisas e seria, por isso, absolutamente nulo, de pleno direito, por impossibilidade física, objetiva”.

³⁹⁷ PINTO, Paulo Mota. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade, **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Portugal-Brasil ano 2000, Coimbra Editora, 1999, p. 160.

³⁹⁸ JÜRGEN SCHWABE, *apud* MIRANDA, Felipe Arady. O Direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro** Ano 2, nº 10, 2013, p. 1183. Referido autor cita vários casos julgados pelo Tribunal Constitucional da Alemanha em que se analisou o livre desenvolvimento da personalidade, demonstrando a inclinação da jurisprudência ao julgar reclamações sobre o tema e cita casos paradigmáticos como o de um cidadão que buscou o direito de cavalgar pelos parques e florestas sem que

Outra respeitável observação da psicodinâmica é justamente a de que, o humano não se realiza sem o trabalho, ou seja, o trabalho transforma o mundo subjetivo em humano. A psicodinâmica do trabalho também propõe uma análise da condição humana com mais propriedade, justamente quanto à centralidade do trabalho.

Christophe Dejours deixa claro que o objeto da psicodinâmica do trabalho é o “sentido do trabalho”, ou seja, o seu significado para o sujeito, possibilitando seu crescimento pessoal e o reencontro com a subjetividade e com a criatividade esquecida no modelo de organização.³⁹⁹ A psicodinâmica mostrou que não há neutralidade no trabalho, face o funcionamento psíquico (olhar psicanalítico), a identidade (olhar da psicologia), a saúde mental (segundo a psiquiatria), e a subjetividade (fenomenológica filosófica). Essa última expressão designa a centralidade do trabalho.⁴⁰⁰

Partindo dessa ideia da psicodinâmica e da própria noção do quanto o trabalho é a expressão do trabalhador, imprimindo sua manifestação, sua marca e individualidade, sendo por isso integrante da personalidade do trabalhador, torna-se ainda mais nítida o caráter central, único do trabalhar.

Assim, diante de todo exposto, resta verificar como se pode realizar uma leitura do embate entre liberdade de expressão e o trabalho, conforme será explanado no último capítulo.

precisasse obedecer a lei estadual sobre a restrição da prática em determinados campos, a conclusão no caso do mesmo foi no sentido de que a norma que proibia limitar o direito de liberdade geral de ação (no caso cavalgar na floresta) atentou para o princípio da proporcionalidade, e por isso sopesava o valor do direito individual e a finalidade da norma. (Caso Beschuluss – BVERFGE 80,137, julgado em 06/06/1989).

³⁹⁹ Na visão da psicodinâmica, como assinalado ninguém está livre dos impactos do trabalho sobre a saúde do trabalhador, nem mesmo os desempregados, que não podem mais participar da construção da sociedade. Leonardo Wandelli abre um parênteses no entanto, para dizer, que de fato a recíproca é falsa, pois nem todo trabalho é uma oportunidade para a saúde mental, por isso ele distingue trabalho de emprego. WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. p. 15.

⁴⁰⁰ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit.. 15.

CAPITULO 3. A TUTELA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO TRABALHADOR NA EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

3.1 Eficácia do Direito fundamental à liberdade de expressão no contrato de trabalho

Inscritos nas Constituições, os direitos fundamentais integram os valores de uma ordem democrática.⁴⁰¹ Observa Ingo Wolfgang que os direitos fundamentais, consoante oportunamente averbou Hans-P. Schneider, podem ser considerados, neste sentido, *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático.⁴⁰²

Afirmar que os direitos fundamentais penetram nas relações privadas, de forma que seus efeitos se irradiam para as relações entre cidadãos e Estado, e por isso há necessidade de interpretação do que vêm a ser o Direito Privado.

Sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, a doutrina pensou em delineou variadas teorias acerca da eficácia horizontal, dentre as quais se destacam três, quais sejam: a teoria monista, a teoria dualista e, por fim, a teoria dos deveres de proteção. Cabe verificar cada uma dessas teorias para melhor compreender a aplicação do direito da liberdade de expressão nos contratos de trabalho, afinal, conforme Virgílio Afonso da Silva leciona, “o problema central que o tema coloca não é, portanto, o problema do ‘se’ os direitos produzem efeitos nessas relações, mas do ‘como’ esses efeitos são produzidos”.⁴⁰³

A primeira teoria, denominada de teoria monista, surge por meio do Direito Alemão, através de doutrinadores como Hans Carl Nipperdey e, posteriormente, de Walter Leisner, sendo que teve força especialmente nos anos 50.

Defende basicamente que os direitos fundamentais possuem eficácia imediata nas relações privadas e, por isso mesmo, é uma teoria também conhecida como “teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais”.⁴⁰⁴

⁴⁰¹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

⁴⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. p. 140.

⁴⁰³ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. **Revista Direito GV**, v. 1, p. 173-180, 2005, p. 174.

⁴⁰⁴SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. 68.

Referida teoria dispõe que os direitos fundamentais não estão restritos a proteger penas a liberdade individual frente ao Estado, mas incidem nas relações entre os particulares.

Em resumo, destitui-se o Estado do papel de inimigo dos direitos fundamentais, e afirma-se que os direitos fundamentais se aplicam de modo direto e imediato nas relações entre particulares

Nesse contexto, passou a ter importância o efeito horizontal dos direitos fundamentais, quando os particulares estão em conflito. No Direito Norte-Americano, entendeu-se que os direitos fundamentais se voltam apenas para o Estado e protege irrestritamente a autonomia privada. Trata-se da *State Action*, teoria desenvolvida no direito norte-americano que nega a eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares. Essa teoria sofreu duras críticas dentre elas uma que rechaça uma das suas verdades, "vincular tão somente o Estado aos direitos fundamentais."⁴⁰⁵ Atualmente essa teoria foi mitigada por outra, *public function theory*.

Na Alemanha, após a Lei Fundamental de Bonn, delineou-se resposta diferente: passou a se afirmar que os direitos fundamentais penetram nas relações privadas, de forma que seus efeitos se irradiam para as relações entre cidadãos e Estado.

Sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, a doutrina delineou variadas teorias, dentre as quais se destacam: a teoria monista, a teoria dualista e a teoria dos deveres de proteção. Cabe verificar cada uma dessas teorias para melhor compreender a aplicação do direito da liberdade de expressão nos contratos de trabalho, afinal, conforme Virgílio Afonso da Silva leciona, "o problema central que o tema coloca não é, portanto, o problema do 'se' os direitos produzem efeitos nessas relações, mas do 'como' esses efeitos são produzidos".⁴⁰⁶

A primeira teoria, denominada de teoria monista, surge por meio do Direito Alemão, através de doutrinadores como Hans Carl Nipperdey e, posteriormente, de Walter Leisner, sendo que teve força especialmente nos anos 50. Defende basicamente que os direitos fundamentais possuem eficácia

⁴⁰⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Op. Cit. p.58.

⁴⁰⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. Cit. p. 174.

imediate nas relações privadas e, por isso mesmo, é uma teoria também conhecida como “teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais”.⁴⁰⁷ Referida teoria dispõe que os direitos fundamentais não estão restritos a proteger penas a liberdade individual frente ao Estado, mas incidem nas relações entre os particulares. Em resumo, destitui-se o Estado do papel de inimigo dos direitos fundamentais, e afirma-se que os direitos fundamentais se aplicam de modo direto e imediato nas relações entre particulares.

Rosalice Fidalgo Pinheiro explica que o principal fundamento dessa teoria é trazer a noção de que o Estado pode defender direitos fundamentais e, sobretudo, deve servir para atender ao princípio da igualdade.⁴⁰⁸

Nesse mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet menciona que o Direito Privado está inserido na ótica constitucional, não se podendo “aceitar que o Direito Privado forme uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional”⁴⁰⁹.

O autor em suas afirmações aderiu a essa teoria, mas pondera que deve ocorrer o que ele chama de “vinculação direta *prima facie* aos direitos fundamentais”, de forma que não podem ser uniformemente aplicados no âmbito das relações entre particulares, e que com isso exige-se ponderação dos valores quando houver conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada.⁴¹⁰

Em outro prisma e a respeito do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, uma observação é importante e vem da interpretação ampla sobre os mesmos, analisada por Luís Roberto Barroso, que comenta que qualquer ação, que venha a fazer parte do âmbito temático do direito fundamental precisa ser considerada protegida *prima facie*:⁴¹¹

⁴⁰⁷SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. 68.

⁴⁰⁸PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Op. Cit.69.

⁴⁰⁹SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit, p.75.

⁴¹⁰ Para Prieto Sanchis a ponderação, seria uma reivindicação de proporcionalidade, que por sua vez estabelece e firma uma ordem de preferência no que se refere ao caso concreto. Além disso, ele afirma, de forma bastante segura que a ponderação, não deixa de ser uma missão (ele usa o termo tarefa) essencialmente judicial, cabendo ao juiz verificar as situações do caso concreto. Mesmo assim, isso não significa que o legislador não possa ponderar. SANCHIS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial**: Lima: Palestra Editores, p. 132.

⁴¹¹ BARROSO, Luis Roberto. **O Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** Op. Cit. p. 15.

Deve-se definir, em concreto, quais são, de fato, os bens protegidos e quais não são, sendo que duas respostas são possíveis: ou se inclui qualquer característica que faça parte do “âmbito temático” de determinado direito fundamental; ou é necessária alguma “triagem prévia”, (o que se verificará em suas relações com o âmbito de proteção amplo ou restrito) pela intervenção estatal (que é preenchido se o Estado intervier na esfera de liberdade protegida de um indivíduo).

Por consequência, para esta teoria, os direitos fundamentais como o da liberdade de expressão, por conta de sua via positiva de proteção estatal, seriam aplicados imediatamente nos contratos de trabalho.

Contudo, esta teoria possui críticas, sendo que sequer chegou a prevalecer na Alemanha, segundo observa Daniel Sarmento.⁴¹² Seus principais pontos fracos seriam o perigo de sua aplicação judicial demasiada, visto que os juízes teriam de decidir sempre com base no caso concreto, bem como a ideia de que haveria uma mudança radical do Direito civil e de todo Direito Privado.⁴¹³

Além disso, analisa Daniel Sarmento a questão da igualdade, entre os particulares, pois quanto mais houver desigualdade material entre os particulares, maior será a desigualdade fática e a proteção ao direito fundamental será mais intensa; por isso, é essencial analisar a desigualdade das partes para uma maior ou menor proteção dos direitos fundamentais em tela.⁴¹⁴

De forma contrária, mas também desenvolvida pelo Direito Alemão, a teoria dualista, defende basicamente que os direitos fundamentais teriam eficácia apenas de forma mediata nas relações de Direito Privado. Assim, os direitos fundamentais apenas seriam aplicáveis por força de um processo legislativo próprio, que transmutasse tais direitos para esfera privada, e por meio da aplicação e interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados.⁴¹⁵

Esta teoria fundamenta-se principalmente sob a ideia de autonomia privada, como sustentáculo de todo Direito Privado⁴¹⁶, mas também possui

⁴¹²SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 200. Cumpre notar que Daniel Sarmento é defensor da teoria monista.

⁴¹³PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Op. Cit.

⁴¹⁴ SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 209.

⁴¹⁵SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. p. 75.

⁴¹⁶PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Op. Cit. p..

críticas no sentido de que não seria suficiente para plena proteção.⁴¹⁷ As teses dualistas receberam ampla acolhida no Supremo Tribunal Federal Alemão, acenando que os direitos fundamentais não ingressam no Direito Privado como direitos subjetivos, mas por meio da intermediação dos Poderes.⁴¹⁸

Rosalice Fidalgo Pinheiro analisa a oponibilidade de tais direitos e o papel do legislador, que por meio das normas pode determinar o alcance dos direitos fundamentais:⁴¹⁹

Embora não ingressem no Direito Privado como direitos subjetivos, dotados de oponibilidade “erga omnes”, os direitos fundamentais representam princípios objetivos, uma ordem de valores, cuja eficácia irradiante ocorre por meio de pontes entre o Público e o Privado. (...). Conferir primazia à atuação do legislador na condução dos direitos fundamentais entre os particulares dissiparia toda a ameaça à segurança jurídica contida na imprecisão das normas que veiculam direitos.

Na teoria de eficácia mediata, defende-se a horizontalidade dos direitos fundamentais, afirmando que eles não incidem nas relações particulares, condicionando as normas de direitos fundamentais à intervenção legislativa.

Nessa teoria, segundo Rosalice Fidalgo Pinheiro, há necessidade de uma intervenção pelo legislador ou pelos juízes de forma a consentir que normas jusfundamentais adentrem no Direito Privado⁴²⁰. Ou seja, pela corrente doutrinária que trata dessa teoria, é do legislador a tarefa, num primeiro momento, do dever-poder concretizar e dispor dos direitos fundamentais às relações entre particulares, em face de sua legitimidade representativa dos interesses sociais.

Além disso, nessa teoria, entende-se que o Direito Privado deve se sujeitar a valores constitucionais quando acolhidos pelo legislador. Como bem explicita Rosalice Fidalgo Pinheiro em outra análise, essa cláusula geral permite a atividade do juiz, que ela chama de “atividade criadora” no âmbito das relações contratuais.⁴²¹

⁴¹⁷SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. p. 75.

⁴¹⁸ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Op. Cit. p.64. A autora mais uma vez menciona o caso Luth como paradigmático, e destaca que até então, os conflitos entre particulares só poderiam ser resolvidos por instrumentos de Direito Privado.

⁴¹⁹ PINHEIRO. Rosalice Fidalgo. Op. Cit. p. 65.

⁴²⁰ Ibid., idem.

⁴²¹ ROBERT, P. H. S.; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Op. Cit. p.379.

Virgílio Afonso da Silva observa que essa dicotomia entre teoria monista e teoria dualista foi solucionada na Alemanha, a partir da resolução de um caso concreto.⁴²² E aí então que advém, no Direito Alemão, uma terceira teoria, denominada de teoria dos deveres de proteção.

Para esta teoria, os direitos fundamentais não atingem os particulares, pois não incumbe ao Direito Privado cuidar desse tema, destinado ao Direito Público. Por isso mesmo, tal teoria entende que cabe ao Estado zelar pelas relações entre particulares. “Alinha-se, nas teses dualistas, subsidiariamente, a mediação judicial, delineando o contexto de interpretação conforme a Constituição. Nesses termos, cabe ao juiz interpretar e aplicar as disposições do Direito Privado.”⁴²³

Explica Daniel Sarmiento que o intento maior dessa teoria é garantir a efetiva proteção ao bem jurídico em questão no caso concreto.⁴²⁴ Ora, conforme mencionado, esta teoria surge a partir da resolução de um caso concreto por parte do Tribunal Alemão. Rosalice Fidalgo Pinheiro assim explica sobre a situação enfrentada pela Alemanha: ⁴²⁵

Em 1990, o Tribunal Constitucional Federal pronunciou-se acerca dos destinatários dos deveres de proteção: uma empresa vinícola rescindiria contrato celebrado com seu representante comercial, em face de uma falta grave por ele cometida. Nesse caso, o Código Comercial impunha a obrigação de não concorrência a esse representante, pelo prazo de dois anos. Contra essa cláusula pactuada no contrato, insurge-se o representante, alegando violação do seu direito fundamental à liberdade de profissão. O Tribunal decidiu que, não obstante a validade de semelhante cláusula de renúncia ao exercício de um direito fundamental exige-se com base no princípio da autonomia privada, a liberdade de consentimento da parte prejudicada. Entendendo-se que o legislador comercialista não tomara em consideração esse elemento, a norma violava seu dever de proteção à liberdade de profissão, afastando-se o pacto de não concorrência.

Rosalice Fidalgo Pinheiro segue comentando que essa teoria elaborada sob o manto da lei fundamental de 1949 (Lei de Bonn), trouxe consigo a

⁴²²SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais e relações entre particulares**. Revista Direito GV, v. 1, p. 173-180, 2005, p. 175. O doutrinador não defende nem a teoria monista nem a dualista, fazendo críticas às ideias de Daniel Sarmiento e outros autores partidários da teoria monista, bem como tecendo comentários contra a teoria dualista no artigo supracitado.

⁴²³ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Op. Cit. p. 64.

⁴²⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 202.

⁴²⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 34.

incorporação do Estado Liberal e da Democracia liberal representativa, juntamente com os princípios do Estado Social.⁴²⁶

Contudo, assim como as duas primeiras teorias possuem suas críticas, a teoria dos deveres de proteção também apresenta seus pontos fracos.

A teoria dos deveres de proteção, a *indirekte Drittwirkung*, encontra significado na mediação estatal.⁴²⁷ Essa teoria impõe ao Estado o dever de proteger os titulares de lesões e de direitos ameaçados, e de se omitir de violar direitos fundamentais.⁴²⁸

Claus-Wilhelm Canaris é o idealizador desta teoria, ao colocar o caso Lüth, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, em questão: “ (i) quem é o destinatário dos direitos fundamentais? (ii) qual é o objeto desses direitos? (iii) com que função se aplicam?” O autor responde que os direitos fundamentais vinculam diretamente apenas os poderes públicos, excluindo os sujeitos do Direito Privado.⁴²⁹

Essa teoria trata de deveres em que o Estado, por suas prerrogativas e sujeições, obriga-se a ofertar, assegurando a realização de princípios e valores constitucionais.⁴³⁰ Para tanto, não se levaria em conta a aplicação direta dos direitos fundamentais, e sim o direito do cidadão a ser protegido pelo Estado.

Além disso, para essa teoria, o Estado obriga-se através do poder legislativo e judiciário a tutelar os direitos fundamentais, de tal modo, analisando Ingo Wolfgang Sarlet, que não permite ingerências ou ofensas, seja por atos legislativos ou judiciários.⁴³¹

Jorge Reis Novais delinea críticas a essas teorias, pois a teoria da eficácia imediata é ineficiente ao mesmo tempo que é insustentável, já que não mostraria soluções para os conflitos entre particulares, e a teoria da eficácia mediata recusa a aplicação direta dos direitos fundamentais como direitos subjetivos; o autor ainda assevera que apenas se encontra algum respaldo na teoria dos deveres de proteção, em que “os efeitos daqueles direitos projetam nas relações privadas do Estado e seus órgãos o dever de proteger os direitos

⁴²⁶ FIDALGO, Rosalice Fidalgo. Op. Cit. p.65.

⁴²⁷ FIDALGO, Rosalice Fidalgo. Op. Cit. p.72.

⁴²⁸ FIDALGO, Rosalice Fidalgo. Idem. p.72.

⁴²⁹ CANARIS, Claus Wilhelm *apud* FIDALGO, Rosalice Fidalgo. Op. Cit. p.73.

⁴³⁰ ROBERT, P. H. S.; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Op. Cit. 379-380.

⁴³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 361.

fundamentais da agressão de terceiros.”⁴³² Tal teoria procuraria amenizar o rigor trazido pelas outras teorias.

A par de tais considerações é importante destacar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais às relações de trabalho, considerando que os direitos fundamentais nasceram para assegurar os interesses dos cidadãos contra o Estado, embora marcadas pela assimetria das partes envolvidas. Eis que após a Constituição da República de 1988, ganhou um rol de direitos trabalhistas considerados fundamentais.⁴³³

Assim, passa-se ao estudo mais específico, no próximo subitem, do direito à liberdade de expressão do trabalhador no contrato em contraposição à questão do poder diretivo do empregador.

3.2 O Direito fundamental à liberdade de expressão do trabalhador e o poder diretivo do empregador no contrato de trabalho

À eficácia horizontal dos direitos fundamentais interessa o estudo da relação jurídica privada do trabalho, afinal, a relação individual de trabalho é uma relação de subordinação jurídica e se submete à atuação de quem ostenta posição de superioridade. Isto pode prejudicar alguns direitos fundamentais do trabalhador, apesar da ideia de que os contratos encontram limitações constitucionais calcadas no valor maior de dignidade da pessoa humana.

O trabalhador vende sua força e a coloca à disposição de uma vontade estranha à sua, a do empregador⁴³⁴, ao que há atualmente um caráter tutelar ou protetor do direito do trabalho, articulado em torno da noção de hipossuficiência da pessoa trabalhadora.⁴³⁵

Assim, nessa constitucionalização dos contratos, a ideia de igualdade absoluta entre as partes, antes havida na vigência do Estado Liberal, é afastada para dar espaço à ideia maior de equidade e da busca por suprir excessos de desigualdade entre as pessoas do contrato.⁴³⁶

⁴³² Apud PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Op. Cit. p.73.

⁴³³ O Direito ao trabalho/emprego sempre foi um ponto conturbado no que se refere aos direitos trabalhistas.

⁴³⁴RIVERO ROJAS, Gloria. Op. Cit., p.39-40.

⁴³⁵ COUTINHO, AldacyRachid. Op. Cit.p. 169.

⁴³⁶ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; GOEDERT, Rubia Carla. A constitucionalização do Direito Privado, os direitos fundamentais e a vinculação dos particulares. **Revista Jurídica CESUMAR**. Mestrado, v. 12, 2012, p. 477.

A tutela da liberdade de expressão do trabalhador no contrato de trabalho e sua eventual extinção faz surgir a questão da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, aqui visualizadas sob o manto do Direito do Trabalho.

Ora, mesmo em países democráticos, os particulares se previnem contra outros particulares, e não contra o Estado, sendo que nem sempre é o Estado que representa a maior ameaça aos particulares, mas sim outros particulares, especialmente aqueles dotados de algum poder social ou econômico.⁴³⁷

Ainda tratando do poder, temos uma grande assimetria entre as partes envolvidas numa relação de trabalho, e há grande complexidade no tratamento dessa questão, na ótica dos direitos fundamentais. Assim, é preciso discutir a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, como a relação entre empregado e empregador.

Nem sempre as relações privadas encontravam proteção constitucional, pois a Constituição e seu rol de direitos fundamentais serviriam como limite normativo ao poder estatal⁴³⁸, e não necessariamente como limites para atividade privada, da qual outros dispositivos legais estariam encarregados de cuidar, a exemplo maior do Código Civil, considerado antes como a “Constituição do homem comum”⁴³⁹.

Conforme visto anteriormente, a questão da aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas se deu na Alemanha, a partir de um caso concreto em que se discutia o direito à liberdade de expressão, denominado de caso Lüth.

Como exposto, nas vésperas do lançamento de “Amada Imortal”, vários judeus que tinha influência na mídia decidiram boicotar o filme, sob o

⁴³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito** - os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 22, *in verbis*: “(...) Ora, não é possível “importar”, sem grandes reflexões, temas e problemas de outros países e tentar incuti-los, artificialmente, na discussão brasileira. Não só as tradições jurídicas podem ser bastante distintas, a despeito da filiação comum à família jurídica romano germânica, como também o material básico de análise - os textos constitucionais e legais - podem variar em grande escala. É o que acontece no caso dos direitos fundamentais, ainda que isso passe muitas vezes despercebido”.

⁴³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed.. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2011, p. 58.

⁴³⁹ REALE, Miguel. **O Projeto do Novo Código Civil**. São Paulo, Saraiva, 2ª ed., 1999, p. 02.

fundamento de que se remetia ao nazismo e ao anti-semitismo. Eric Lüth, era judeu e presidia o Clube de Imprensa.

Por conta disso, Veit Harlan e os empresários envolvidos na produção e investimento do filme ingressaram com uma ação judicial sob a alegação de que a atitude de Eric Lüth infringia o Código Civil Alemão e por conta disso pediam reparação de danos.

Para decepção de Eric Lüth, essa tese foi vencedora em todas as instâncias ordinárias, e restou para Lüth, questionar sua punição no Tribunal Constitucional, argumentando que a lei alemã assegurava ao mesmo liberdade de expressão. Com base nisso, recorreu ele questionou o fundamento lançado pela Justiça ordinária que considerou que houve incitação de Lüth contrária à moral e aos costumes, e por essa razão o condenou a se omitir de novas convocações para boicotar os filmes, sob pena de ser preso e pagar multa. O caso Lüth pode ser assim sintetizado⁴⁴⁰

Tratava-se de discussão relativa à legitimidade de um boicote contra um filme dirigido pela cineasta Veit Harlan, que fora colaborador do regime nazista, organizado em 1950 pelo Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth. A empresa distribuidora do filme insurgira-se contra o boicote e obtivera decisão da Justiça Estadual de Hamburgo, determinando a sua cessação, com base no § 826 do Código Civil alemão, segundo o qual “quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano”. Inconformado com o julgamento, Lüth interpôs reclamação constitucional (Verfassungsbeschwerde) para o Tribunal Constitucional. Esse acolheu o recurso, fundamentando-se no entendimento de que cláusulas gerais do Direito Privado, como os “bons costumes” referidos no § 826 do BGB, têm de ser interpretadas à luz da ordem de valores sobre a qual se assenta a Constituição, levando em consideração os direitos fundamentais, o que não fora feito pela Corte de Hamburgo, que não atribuíra, em sua decisão, qualquer influência à liberdade de expressão na interpretação da citada cláusula.

Mencionado caso, como exposto, se tornou uma celebridade internacional, considerado um exemplo extraordinário da jurisdição constitucional pois ela irradiou seus efeitos para o campo dos direitos fundamentais. O tribunal compreendeu assim que a manifestação da opinião é livre e que suas consequências são apenas intelectuais; por outro lado, se essa manifestação prejudica bens jurídicos de outro indivíduo e se vier a interferir

⁴⁴⁰ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: o caso das Relações de Trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 77, p. 130-170, 2011, p. 140.

concretamente na liberdade de opinião não poderá mais ser consentida, pois pode violar direito de terceiro.

Ou seja, a partir desse caso julgado pelo Tribunal Constitucional restou compreendido que toda aplicação judicial que venha a restringir a liberdade de opinião deve ponderar a importância do direito fundamental e dos bens jurídicos que estão sendo protegidos, levando em consideração todas as circunstâncias fáticas.

Atualmente, conforme notou Gustavo Zagrebelsky, há uma ductibilidade entre os preceitos constitucionais e as demais normas jurídicas existentes no Direito. Assim, a Constituição passa a não mais ser somente uma lei para o Estado e sobre o Estado, mas também serve de guardida e guia às outras normas, dentre as quais as do Direito civil e do Direito do Trabalho.⁴⁴¹ Conforme Santi Romano ensinava, a Constituição passa a ser visualizada como se fosse o tronco de uma árvore, que dá sustentação a todas as demais normas, vislumbradas a partir de galhos pertencentes a essa aludida árvore.⁴⁴²

Esse fenômeno de fusão entre Direito Público, notadamente demonstrado por meio do direito constitucional, e Direito Privado, não se deu somente na Europa ou na Alemanha e Itália, mas como também fez o Brasil enfrentar problematizações nesse sentido, até por conta da crise do Estado Liberal.

Antes a Constituição possuía diversos direitos fundamentais que não tinham aplicação prática, pois não haveria força normativa. Ao longo do tempo, com a fixação da ideia de que a Constituição é sim dotada de força normativa (ou seja, é norma e deve ser aplicada na prática),⁴⁴³ bem como com a ideia de que os direitos fundamentais não são mera normas programáticas, mas possuem aplicação imediata⁴⁴⁴, a noção de eficácia dos direitos fundamentais foi se aprimorando, até se assentar a eficácia horizontal dos direitos

⁴⁴¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia..Torino: Ed.Trotta, 2007.

⁴⁴² SANTI ROMANO. **O Ordenamento Jurídico**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. –Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 66.

⁴⁴³ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

⁴⁴⁴ Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 é a primeira, no Brasil, que confere tal tratamento aos direitos fundamentais e expressamente prevê, em seu artigo 5º, §1º, que tais direitos possuem aplicação imediata. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed.. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2011, p. 63.

fundamentais, que encontra respaldo maior na própria dignidade da pessoa humana, enfatizada por conta de todos os indivíduos possuírem direitos inerentes à sua existência e que estes direitos deveriam ser protegidos.⁴⁴⁵ Nesse sentido, “o contrato como sendo um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, tem seu fundamento ético na vontade humana, devendo observar a ordem jurídica e tendo como alvo a criação de direitos e obrigações”.⁴⁴⁶

O trabalho é mais que uma via própria de adquirir bens, ele envolve expressão e personalidade própria, e, embora possa envolver temas públicos e privados. Se externalizada, a expressão do indivíduo pode lhe trazer consequências, já que sua propagação não se opera apenas pelo falar, mas por meios escritos, por gestos, por desenhos, gravuras e até mesmo pelo silêncio, esse último é claro, dentro de uma perspectiva particular e clara.

Vale dizer: toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não, pode trazer consequências para o plano jurídico⁴⁴⁷.

Diz-se isso porque há casos em que o indivíduo não ligado por relação de dependência econômica ou subordinação (no caso do pacto de trabalho) pode se expressar de uma forma inadequada, vindo a ofender terceiros, ferir a convicção de seu superior, constranger, ainda que tacitamente, outros indivíduos, quer estejam ou não ligados diretamente com o que ele faz. Isso porque, ainda que para o trabalhador se trate de uma forma de demonstração de suas convicções, a dimensão da sua declaração pode ferir de morte direito alheio.

Ao se falar sobre liberdade de expressão e trabalho, percebemos o quanto é delicada esta equação. É certo que mesmo a liberdade de expressão tem limites, que são os mesmos observados em todos os direitos fundamentais, limites esses extrínsecos e que derivam do campo social, dos

⁴⁴⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; GOEDERT, Rubia Carla. A constitucionalização do Direito Privado, os direitos fundamentais e a vinculação dos particulares. **Revista Jurídica CESUMAR**. Mestrado, v. 12, 2012, p. 470.

⁴⁴⁶ Ibid., p. 477.

⁴⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 360.

sujeitos que nela vivem⁴⁴⁸. Assim como o âmbito laboral é diligente, a liberdade de expressão também tem sofrido transformações constantes, deixando de ser apenas um instrumento de direito, para servir de tutela frente ao resto dos membros do corpo social.

Como visto anteriormente, como regra, os direitos da personalidade são limitados, no que se inclui a não violação a intimidade de outros. Entretanto, não raro, a expressão incomoda a quem vê, ouve ou participa coletivamente do trabalhar⁴⁴⁹, o que pode ensejar diversas consequências e respostas por parte do ordenamento jurídico, seja na esfera trabalhista, civil, ou, em *ultima ratio*, até mesmo penal.

É evidente que o trabalhador tem pleno direito a manifestar suas ideias, opiniões ou crenças, sempre que essa manifestação não interfira no cumprimento de seus deveres laborais, caso em que não parece que a livre expressão plante problemas jurídicos de relevância ⁴⁵⁰.

É claro que o elemento intencional, ou *animus*, acaba interferindo diretamente na conduta do empregado, porém, analisar se houve ânimo malicioso do empregado (*animus nocendi*) é algo delicado⁴⁵¹.

A repercussão dos atos privados do trabalhador no âmbito do seu contrato de trabalho é ponto de muita discussão, despertando para uma série de perguntas, dentre as quais de como seria possível para o Estado intervir nas liberdades e como se daria tal intervenção. Como explica Stephan Kirste ⁴⁵²:

Aqui se tem uma compreensão instrumental de direito e liberdade: o direito tem a tarefa de possibilitar e assegurar a liberdade. O direito precisa estar 'alinhado' com a liberdade; mas esse alinhamento se operará apenas secundariamente também por meio da liberdade propriamente. 'O direito aparece assim como forma necessária da liberdade', o envolvimento da liberdade nessa ordem é para a proteção da liberdade na sua subordinação.

⁴⁴⁸RIVERO ROJAS, Gloria, Op. Cit., p. 37. No original: "Los limites externos están constituídos por el respeto al derecho ajeno, la moral vigente, el orden público y el bien común, en los que se resumen los condicionamientos derivados de la existencia de los demás y de la propia vida social. Todos ellos tienen que ser interpretados en la práctica en sentido restrictivo, de tal forma que, la libertad sea el principio y los limites las excepciones".

⁴⁴⁹ Ibid., p.48.

⁴⁵⁰ Ibid., p.50

⁴⁵¹ Ibid., p. 100.

⁴⁵² KIRSTE, Stephan. O direito humano fundamental à democracia. Trad. Marcos Maliska. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**, v. 20, p. 5-38, 2016, p. 08.

O empregado está, nessa visão, limitado e regulado pelo empregador tão somente no âmbito de suas atividades, de seus atos, de suas escolhas. Há casos em que o motivo alegado para dispensa do trabalhador não se deu no ambiente de trabalho ou por meio de equipamentos fornecidos pela empresa, mas sim na esfera pessoal e mesmo assim o empregado é penalizado e até demitido. Aí, mais do que a violação de regras de conduta, o que está em jogo é a invasão ou a não aceitação da sua liberdade de expressão, o que por certo, traz implicações na relação de trabalho.

Outro caso pode ocorrer quando o empregado deliberadamente usa ferramentas de mídia para compartilhar informações da sua vida privada, sem maiores cuidados, e acaba manifestando suas opiniões e expondo sua vida privada, tornando público sua vida íntima. É nesse sentido, também, que as relações cibernéticas se mostram cada vez mais presentes na sociedade, desafiando o Direito.

É certo que a maioria das atividades profissionais está regulada por leis próprias, sendo que no Brasil e em muitos países existe um código de conduta imposto pelo órgão de classe, com aval e mediante cooperação de outros instrumentos e sob a égide e segundo as ordens das constituições que determinam o que é permitido e o que não é permitido fazer⁴⁵³. Esses códigos de conduta reservam especial atenção para aqueles profissionais que, por convicções religiosas ou políticas, deixem de cumprir com a disposição regulamentada.

No caso dos profissionais médicos brasileiros, por exemplo, referido Código de Ética Médica, editado pela Resolução do Conselho Federal de Medicina 1.246/88, traz expressa determinação acerca dos direitos do médico no que se refere a sua recusa a realizar determinados atos que sejam contrários à sua consciência ou à sua religião. Porém, em que pese sua preocupação em permitir que o profissional médico deixe de realizar determinado procedimento por motivos de cunho pessoal, não se estabeleceu nenhuma alternativa para os casos em que ocorrer alegação de imperativo de consciência por parte do médico.

⁴⁵³ Nesse sentido, recomenda-se a seguinte leitura: OLIVEIRA, RAFAEL SANTOS DE; RODEGHERI, L. B.; SANTOS, Noemi de Freitas. Judicialização de conflitos no ciberespaço: desafios à liberdade de expressão na blogosfera. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**, v. 13, p. 160-178, 2013.

Desta feita, sendo a profissão regulada por uma norma que disciplina a ética mínima, teríamos praticamente para cada ofício uma proibição de violação ao direito do outro, salvo quando forem exigidos serviços superiores a suas forças, defesos por lei, ou identificados como antijurídicos.

Outro dilema, mais comum do que se imagina, pode ser assim ilustrado: o de um empregado professor universitário, chamado a palestrar na instituição onde leciona, menciona sobre suas convicções acerca da sociedade moderna e suas mudanças. Porém, ele está convicto de que o causador das discórdias e deserções familiares é a libertinagem, o apoio a causa homossexual, e, por isso, recusa-se a defender essa causa, não porque concorda com a violência, com o descaso ou humilhação para com o próximo, mas porque não compartilha essas ideias, não aceita e nem concorda com essa bandeira de livre-arbítrio que entende ser destrutiva da ética e moral familiar.

A questão é, como tratada no tópico anterior, que, nas relações de trabalho, os direitos da personalidade podem vir a ser transgredidos em decorrência do abuso do poder diretivo do empregador, e essa violação passa por tratamentos vexatórios graves, ameaças verbais e até discriminações de ordem racial, estética, etc., e que por representarem um direito individual, não poderiam ser violadas por nenhuma das partes numa relação de trabalho; só um interesse público poderia vir a reprimir esse direito, o que não seria o caso.

A partir desses apontamentos, é necessário refletir que embora a relação laboral seja impregnada de deveres de boa-fé, lealdade, fator esse que pode culminar em demissões, inúmeras vezes sequer o ato do empregado foi grave ou ofendeu o empregador e mesmo assim, esse trabalhador é demitido⁴⁵⁴, sem nenhuma proteção.⁴⁵⁵

É então que se tem a necessidade de verificar a boa-fé do empregado em seu contrato de trabalho, boa-fé esta que, em seu caráter objetivo, encontra respaldo no próprio Código Civil Brasileiro, por meio de diversos artigos, dentre os quais o destaque se dá para o artigo 113, que enuncia que “os negócios

⁴⁵⁴ RIVERO ROJAS, Gloria. Op. Cit p.77.

⁴⁵⁵ Ibid., idem. No original: “*Esta causa resolutoria supone, pues, un límite más a libertad de expresión del trabajador que, por el hecho de realizar una crítica ala empresa o a las personas encargadas de sudirección, o por plantear que santelasmismas, utilizando términos malsonantes o no adecuados al momento y lugar, es objeto de la máxima sanción disciplinaria*”.

jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”, além do artigo 422 do mesmo diploma legal.⁴⁵⁶

Aqui, pois, surge o problema da conceituação do que seria essa boa-fé resguardada pela lei, já que poderia ensejar a diversas ideias e acabar por ser uma “fórmula vazia”.⁴⁵⁷

Contudo, conforme explica Rosalice Fidalgo Pinheiro, o atual entendimento de boa-fé nos contratos é justamente um símbolo da superação do positivismo jurídico⁴⁵⁸, sendo que a ideia de boa-fé já passou por diversos momentos históricos, com consequências inerentes ao próprio direito brasileiro.⁴⁵⁹

Atualmente, tem-se que a boa-fé é vista como um princípio geral do Direito civil e seus cuidados estão em sua faceta objetiva e não propriamente em sua face subjetiva⁴⁶⁰, entendida como a vontade psicológica do indivíduo.⁴⁶¹

Vale dizer: nos contratos o que se tutela é a boa-fé objetiva, que, entretanto, não possui um conceito fixo e determinado, já que, como explica Judith Martins Costa, a ideia de boa-fé parece mais interessar por sua função que por sua definição.⁴⁶² Assim, a boa-fé objetiva se trata de um conceito jurídico indeterminado⁴⁶³, sendo que será no caso concreto da relação de trabalho envolvida que se poderá aferir a boa-fé objetiva ou não, o que ainda pode constituir um ponto problemático para análise dos juízes que eventualmente se depararem com casos envolvendo relações obrigacionais de emprego.

Ter-se-ia para esse debate uma outra questão: saber se existem direitos fundamentais que tem proteção *prima facie* frente a outros direitos, justamente por serem reconhecidos com peso abstrato alto, o que atribuiria para o Estado, dentro dessa premissa de que todos os direitos podem ser restringíveis e por

⁴⁵⁶ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁴⁵⁷ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Princípio da boa-fé nos contratos**. O percurso teórico e sua recepção no direito brasileiro. 1^a. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 17.

⁴⁵⁸ Ibid., p. 15.

⁴⁵⁹ Ibid., p. 24.

⁴⁶⁰ O trabalho não estudará sobre a boa-fé subjetiva, já que o enfoque recai sobre a boa-fé objetiva.

⁴⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito civil**: Contratos. Vol. III. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 20.

⁴⁶² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 41.

⁴⁶³ Ibid., p. 146.

isso, um conflito desse peso teria que ser submetido e apreciado pelo juízo de ponderação. Sobre esse debate, que passa pela questão dos direitos fundamentais e do sopesamento, Robert Alexy asseverou:⁴⁶⁴

As discussões sobre os acerca da máxima *in dubio pro libertate*, por exemplo, dizem respeito a pesos abstratos, já que a máxima expressa à precedência básica dos princípios que se referem à liberdade jurídica individual. Já o debate sobre a solução correta para casos individuais de direitos fundamentais diz respeito sobretudo a sopesamentos ou precedências concretas.

Ainda assim, a boa-fé objetiva perpassa necessariamente pela procura de evitar o exercício abusivo dos direitos subjetivos e a desvalorização da pessoa humana, trazendo a confiança e lealdade necessária nos negócios contratuais.⁴⁶⁵ Nas explicações de Judith Martins Costa, a boa-fé objetiva serve como um limitador de direitos subjetivos, necessário para que nenhuma das partes saia prejudicada.⁴⁶⁶

Nesse elo bilateral, instrumentalizado pelo contrato, empregado e empregador guardam proporcionalmente os deveres de boa-fé objetiva e de obrigações recíprocas, pressupondo que devem contribuir com destreza e lealdade para desempenhar cada um o seu papel.

A execução do contrato de trabalho comporta múltiplas prestações e contraprestações⁴⁶⁷, sendo o único vínculo que coloca um sujeito na dependência do outro, sendo que a relação laboral é sustentada pela posição de superioridade do empregador.⁴⁶⁸

Quando o trabalhador é contratado, está implícito que além da boa-fé objetiva e da lealdade, tem o empregado conhecimento das obrigações, sendo ele o devedor de satisfações no que diz respeito ao contrato de trabalho em si. E, portanto, deve o empregado se sujeitar e satisfazer as ordens emanadas daquele que tem o poder diretivo, desde que lícitas e não contrárias a saúde, à

⁴⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 136.

⁴⁶⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA F., Rodolfo. **Novo Curso de Direito civil: Contratos**. v. 4. t. 1. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 112.

⁴⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Op. Cit., p. 311.

⁴⁶⁷ RIVERO ROJAS, Gloria. Op. Cit, p.41.

⁴⁶⁸ Ibid., p.39.

vida ou à sua dignidade, situações tais em que a recusa ao seu cumprimento seria legítima.⁴⁶⁹

Essa manifestação da sujeição abrange, além de fidelidade por parte do empregado, uma regular obediência. Trata-se do dever de “conduta honrada, que pressupõe o agir com retidão, em virtude não só do interesse do empregado como também da harmonia que deverá existir na organização de trabalho que ele integra”⁴⁷⁰.

O dever de fidelidade inserto ao contrato de trabalho pode ser compreendido como uma extensão da boa-fé, que no âmbito laboral tem maior extensão e intensidade, pois o empregado entrega suas melhores energias. Nas palavras de Gloria Rivero Rojas, “a fidelidade é a manifestação mais genuína da concepção comunitária da relação de trabalho”⁴⁷¹.

Gloria Rivero Rojas, ao falar de fidelidade, abre um parêntese para dizer que, por outro lado, o abuso de confiança afeta o elemento espiritual do contrato, ao que o excesso dessa confiança pode levar o contrato a ser maculado, o que pode ser tratado como abuso de confiança, havendo aí justificativa para sua rescisão.⁴⁷² Ou seja: a boa-fé objetiva no âmbito das relações trabalhistas liga-se com o dever de fidelidade do empregador e gera para o empregador o dever de proteção, sendo que em raros casos existem exceções ligadas à interpretação que pode vir a ser dada aos interesses dos trabalhadores.

A boa-fé objetiva prima, aqui, por uma série de manifestações normativas que se constituem em obrigações específicas da relação de trabalho, como aqueles referidos pela liberdade de expressão e o dever de segredo.⁴⁷³

Contudo, segundo autorização legal, o empregador tem autorização para dirigir, disciplinar de forma pedagógica, controlar e gerir sua atividade empresarial. Esses poderes atribuem à faculdade de, conforme prevê o artigo 2.º, *caput*, da CLT, lhe autorizar a condução ampla do seu empreendimento,

⁴⁶⁹BARROS, A. M. Op. Cit., p.613.

⁴⁷⁰ BARROS, A. M. Op. Cit, p.618.

⁴⁷¹RIVERO ROJAS, Gloria. Op. Cit p. 60.

⁴⁷²RIVERO ROJAS, Gloria. Op. Cit p. 60-61.

⁴⁷³RIVERO ROJAS, Gloria. Op. Cit p.69

além disso, existe expressa autorização para o término da relação por ato potestativo patronal.

Esse papel do empregador envolve a subordinação do empregado e deve ser legítimo e adequado aos princípios, pois tal poder como exposto, não é ilimitado, encontrando barreiras na boa-fé objetiva e e nos direitos fundamentais do trabalhador, dentre os quais, a liberdade de expressão.

A subordinação⁴⁷⁴ é um dos elementos que maior atenção tem recebido de todos os que se debruçam sobre o tema da caracterização da relação de emprego, pois é um elemento decisivo no que se refere à onerosidade⁴⁷⁵. Contudo, atualmente a subordinação não é absoluta, comportando limitações.

Na visão de Wilson Ramos Filho, a proteção dos trabalhadores a partir da limitação da autonomia da vontade das partes, passa a ser considerada de interesse do Estado, que o trata como norma de ordem pública, já que proteger o trabalhador também é proteger o sistema capitalista, o que enfatiza o papel da boa-fé objetiva.⁴⁷⁶

A subordinação era antes apresentada como consequência da compra e venda da força do trabalho, quase que uma ordem natural das coisas.⁴⁷⁷ Eis que para ocorrer a compra e venda da força do trabalho deve existir a subordinação, de tal modo, que esta é legalizada pelo direito capitalista do trabalho, caracterizando-se como um apanágio do poder hierárquico.⁴⁷⁸

Na esteira deste pensamento, Evaristo de Moraes Filho explicita:⁴⁷⁹

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

⁴⁷⁴ Pode-se afirmar que há muitas concepções teóricas para explicar a dependência do empregado, contudo, o trabalho não terá como esmiuçar tal temática.

⁴⁷⁵ JUNIOR SANTOS, Cristovam Aloisio. Op.Cit. p. 28.

⁴⁷⁶ FILHO RAMOS, Wilson. Op. Cit. p. 92-93.

⁴⁷⁷ Ibid., p. 98, *in verbis*: "A subordinação também tem visão patrimonialista, que seria o direito de subordinar na propriedade os meios de produção, empregados se submeteriam a direção e ao poder punitivo em face da posição que ocupam na divisão do trabalho".

⁴⁷⁸ Ibid., p. 97.

⁴⁷⁹ Apud Mauricio Godinho Delgado, Op. Cit. p. 1158.

Em outras palavras: a subordinação é um elemento essencial do contrato de trabalho, mas que pode ser relativizado por deveres acessórios às partes, como o dever de respeitar os direitos fundamentais do trabalhador.

Os limites da subordinação, por sua vez, são protegidos constitucionalmente. Esses limites outorgados ao empregador são decorrentes dos princípios previstos no artigo 5º da Constituição. Só de forma excepcional, eles autorizam o empregador a intervir na vida íntima do empregado, quando, por exemplo, a atitude dele for prejudicial ao intuito da empresa.

O poder de subordinar, analisado por Wilson Ramos Filho, é comparável ao poder expresso pelas ditaduras, que sinaliza para um viés de tirania do Poder Legislativo. Em suas palavras: ⁴⁸⁰

a arbitrariedade que caracteriza o uso concreto do poder de subordinar, no campo do direito do trabalho, aparece sob o simpático rotulo de elasticidade, (em oposição rigidez, conotada negativamente) como signo democrático. Essa elasticidade nada tem de democrática, a menos que se tomem condutas que permitam discriminar e aplicar a subordinação, como medida democrática.

A partir do momento que o empregado viola interesses comerciais do empregador ou acaba beneficiando-se financeiramente, essa transgressão pode causar uma sanção disciplinar, a rescisão contratual ou até mesmo uma ação judicial de danos morais se comprovado o prejuízo. ⁴⁸¹ Esse prejuízo não precisa ser material, basta ser moral (o que é mais comum em casos relacionados à liberdade de expressão).

Por outro lado, existem casos em que o empregado toma conhecimento de um segredo do empregador por conta do trabalho que realiza. Porém, desde que direta ou indiretamente não obtenha vantagem em detrimento do empregador, não se trata de uma falta laboral. ⁴⁸²

Nesse sentido, há uma discussão sobre os limites de tolerância do empregado com relação à conduta patronal incorreta, já que o empregador não pode ser um vigilante, e até que ponto o trabalhador pode ser fiel, concordando com a atuação do empregador. ⁴⁸³

⁴⁸⁰ RAMOS FILHO, Wilson. Op. Cit. p. 97.

⁴⁸¹RIVERO ROJAS, Gloria. Op. Cit p.75-76.

⁴⁸²RIVERO ROJAS, Gloria. Op. Cit p.75.

⁴⁸³RIVERO ROJAS, Gloria. Op. Cit p.76.

Dentro de um ambiente de trabalho, a subordinação que parece em seus conceitos ser uma figura contrária à liberdade, é de certa forma necessária para hierarquizar a relação laboral.

Todavia, a partir do momento que o empregado deixa de realizar determinadas tarefas ou se nega a fazer algo que lhe é imposto, por questões íntimas ou por sentir-se desconfortável com a ordem, pode provocar no gestor da atividade uma ideia de que o empregado seria um reacionário, um insubordinado. É aí então que “os poderes do empresário constituem uma real ameaça para a afirmação dos direitos do trabalhador”.⁴⁸⁴

Por certo, que o pressuposto da subordinação do empregado não justifica a violação a um tratamento digno. Eis que o poder diretivo exercido pelo empregador não é ilimitado, encontrando diversas barreiras no respeito aos direitos fundamentais e ao próprio tratamento digno da pessoa.

Ao se pensar na relação liberdade de expressão e poder diretivo, há de se recordar que há limites recíprocos que lhe perseguem, sendo que o poder diretivo pode ser entendido como um conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego.⁴⁸⁵

Cristovam Aloísio diz que à subordinação do empregado corresponde ao poder diretivo empresarial, assinalando que essa configuração é impossível de se afastar do contrato de trabalho.⁴⁸⁶ Ele explica sobre *ius resistentiae*, e destaca que o empregado não é contratado para executar serviços à sua maneira, ele deve guardar obediência ao empregador. A expressão latina tem sido largamente utilizada pela doutrina brasileira para designar o direito que o empregado tem de resistir à transferência de local de trabalho determinada por seu empregador em descompasso com a legislação trabalhista.⁴⁸⁷

O poder diretivo é assim uma pretensão do empregador de obter determinado comportamento do empregado, ao qual se obrigou contratualmente, em que sua violação, autoriza o empregador a utilizar-se do

⁴⁸⁴RIVERO ROJAS, Gloria. Op. Cit p.41.

⁴⁸⁵ DELGADO, Mauricio G, Op. Cit.,p.320.

⁴⁸⁶ JUNIOR SANTOS, Cristovam Aloisio. Op. Cit. p. 37. O autor explica que muitos estudiosos fundamentam o poder diretivo empresarial no direito de propriedade e outros no dever de funcionalidade da organização.

⁴⁸⁷ JUNIOR SANTOS, Cristovam Aloisio. Op. Cit. p. 43.

poder disciplinar.⁴⁸⁸ A dominação sobre várias concepções e não só sob o ponto de vista econômico, mas fora do interior da empresa, é um fenômeno do poder; enquanto que a subordinação, praticada em silêncio, é uma ordem excepcional da relação de poder, na verdade, invisível.

Vale dizer: há um conceito fantasioso sobre subordinação; empresas cada vez mais dominam outras redes de empresa, de outro lado, parece que não existe mais a possibilidade de produzir sem uma atividade coordenada, que significa relação de poder, de comando, construção de autoridade, autoridade que por sua vez é um direito para o patrão, inerente à sua qualidade, de forma que o trabalhador é inferior econômico e o empregador é superior.⁴⁸⁹ Não existe produção coletiva sem coordenação, isso depende de relações de autoridade que não necessariamente precisam ser relações de dominação.

Notadamente, para que o poder disciplinar possa ser exercido, deve partir da premissa de que a sanção pressupõe a culpa; e haver proporção entre a falta e a sanção.⁴⁹⁰

Ao se tratar da questão da autonomia que se reveste o empregador e suas formas de gestão, é relevante referir-se ao poder diretivo, uma faculdade atribuída ao mesmo por força do artigo 2.º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, que caracteriza os atos empregatícios para além da subordinação.

491

O poder diretivo do empregador é algo histórico, e ao empregado resta apenas obedecer, colocar toda sua energia e disposição.⁴⁹² Eis que quando se fala de empregado, fala-se de um dever de fidelidade, de sujeição e da proteção que remonta à ideia feudal de sujeição e entrega ao seu superior.⁴⁹³

O empregado o faz de forma específica e segundo a sua índole o seu trabalho, buscando realizá-lo com decoro e confiando nos interesses do empresário.

⁴⁸⁸ JUNIOR SANTOS, Cristovam Aloisio. Op. Cit. p. 40.

⁴⁸⁹ RAMOS FILHO, Wilson. Op. Cit., p. 310-311.

⁴⁹⁰ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. **O dano pessoal no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002, p. 157

⁴⁹¹ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

⁴⁹² RIVERO ROJAS, Gloria. Op. Cit., p. 57.

⁴⁹³ Ibid., idem.

E, quando se fala em trabalho subordinado, na maioria das vezes, a vontade e a personalidade do trabalhador são imoladas pela sujeição que o contrato de trabalho carrega, apagando muitas vezes a personalidade do trabalhador.

Essa faculdade concedida ao empregador não deixa de ser um conjunto de prerrogativas que tem por escopo organizar as atividades laborais e determinar a sua execução, ela permeia a despedida e é vista como elemento subjetivo da responsabilidade, sendo um dos muitos problemas enfrentados na construção do direito à liberdade de expressão do empregado. Para serem legítimos, os poderes disciplinados em lei precisam se adequar aos princípios e a própria autonomia que exsurge dos contratos individuais de trabalho. Tal poder não é ilimitado e nem absoluto, ele é a capacidade de determinar a estrutura técnica, econômica e administrativa da empresa, em função dos objetivos propostos.⁴⁹⁴

No direito do trabalho, em razão dos direitos e obrigações, os limites das ações praticadas, que visem coibir possíveis abusos aos preceitos constitucionais e aos direitos da personalidade, precisam ser respeitados, da mesma forma, aqueles ligados a outros princípios, dentre os quais o da proporcionalidade e da razoabilidade, intimamente ligados ao poder diretivo do empregador.

Assim, em que pese o exercício da liberdade seja um direito fundamental, esse não pode ser exercido de forma irrestrita, há um limite pautado na Carta Constitucional e também no próprio poder diretivo do empregador, que decorre da livre-iniciativa, e que assinala um campo de tensão entre os direitos fundamentais e a liberdade de iniciativa (ou poder diretivo) do empregador.

Por via de consequência, nas relações de trabalho, alguns direitos da personalidade podem vir a ser transgredidos em decorrência do abuso do poder diretivo do empregador, e podem implicar desde tratamentos vexatórios, constrangimento da realização de tarefas inúteis, até mesmo discriminação em razão de credo ou religião do empregado. Em tese, apenas quando a obrigação de trabalhar não se desse de forma zelosa, ativa e eficaz é que

⁴⁹⁴ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. Op. Cit. p.153.

estaria sendo violado o dever de diligência pelo empregado. Diga-se de passagem, esta obrigação de diligência gera como principal consequência um rendimento cada vez mais elevado da empresa, uma vez que o trabalho realizado foi feito de forma cuidadosa e com qualidade.⁴⁹⁵

Em geral, no ambiente do trabalho, o trabalhador é impedido de exercer seus direitos, por supor que possa expor inclusive opiniões contrárias a moral e ao interesse público e até mesmo aos interesses do empresário. A harmônica convivência da comunidade com a ordem laboral por sua vez, não deixa de ser necessária para a marcha produtiva.⁴⁹⁶

E a liberdade é a não intervenção; a simples ausência de impedimentos externos para o comportamento individual, afigurando-se irrelevante a “existência ou não da possibilidade real do agente de fazer suas escolhas e de agir em conformidade com elas”⁴⁹⁷

A liberdade do trabalhador, querendo ou não, não sofre variações em sua natureza por realizar-se frente a um sujeito privado ou público⁴⁹⁸ embora possa ser de certa forma invadida.

O poder diretivo é em alguns momentos chamados de poder hierárquico, mas não pode transpor direitos, tais como a liberdade.⁴⁹⁹ Esse poder diretivo do empregador de certa forma limita o exercício desse direito fundamental, mas não pode ser usado com o intuito de prerrogativa indevida e nem desrespeitando os direitos fundamentais⁵⁰⁰.

Assim, pode-se limitar o poder diretivo do empregador às funções que lhe cabem tão somente, e deste que exercidas conforme a Constituição, com

⁴⁹⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**, São Paulo: Ed. LTR, 2016, p. 617.

⁴⁹⁶RIVERO ROJAS, Gloria. Op. Cit., p.50-54.

⁴⁹⁷ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 111.

⁴⁹⁸RIVERO ROJAS, Gloria. Op. Cit, p.42.

⁴⁹⁹ GONÇALVES, Emilio. **O poder regulamentar do empregador**: o regulamento do pessoal na empresa. São Paulo: LTr, 1997. p. 24. Reconhece-se, porém, ao empresário, como titular da empresa, o poder diretivo ou poder de comando, por alguns autores também denominados poder hierárquico, consistente no complexo de faculdades de que dispões o empresário para a organização e coordenação geral do trabalho na empresa, com vistas aos fins e necessidades da mesma

⁵⁰⁰ HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. **Direito à privacidade e poder diretivo do empregador**: o uso do e-mail no trabalho. São Paulo: Atlas, 2009. p. 84.

destaque para dignidade da pessoa humana, e consoante os princípios fundamentais e do Direito do Trabalho.⁵⁰¹

Portanto, o poder exteriorizado pelo empregador não pode extrapolar limites. A capacidade de dirigir caracteriza o poder diretivo, e por se tratar de um poder jurídico, impõe modificações à relação de emprego.⁵⁰²

Os poderes do empregador não podem ser exercidos de maneira irracional, devendo sempre respeitar os direitos da personalidade do empregado, bem como a Constituição e no Código Civil Brasileiro⁵⁰³.

Afinal, a desigualdade dos sujeitos na relação laboral resulta de fatores que não apenas a precarização do trabalho: ⁵⁰⁴

Trata-se de uma garantia do cidadão-trabalhador diante do poder diretivo do empregador- poder de comandar, normativo, de fiscalizar, punitivo, um poder absoluto que o caracteriza na contratualidade, agasalhado juridicamente e não legislado, de forma a permanecer intocável. Ora, o empregado não é digno de favor do que não lhe pertence mas digno de direitos, reconhecidos, assegurados, fundamentais.

Todas as regras e princípios gerais são limitadores desse poder⁵⁰⁵, assim desde que não afronte direitos fundamentais ou da personalidade, o poder diretivo não pode retaliar a dignidade do trabalhador.⁵⁰⁶

Ainda assim, o direito fundamental à liberdade de expressão encontra óbice de realização plena em face do poder diretivo do empregador, que a qualquer momento pode decidir pela demissão do trabalhador.

⁵⁰¹ BARROS, Alice Monteiro de. Op. Cit. p. 585: (...) são impostos pela Constituição, por outras leis, pelo contrato e pelas normas coletivas", enquanto que esse "deverá ser exercido de boa-fé e de forma regular.

⁵⁰² BARROS, Alice Monteiro de. Op. Cit, p. 583.

⁵⁰³ALVARENGA. Rúbia Zanotelli de. **O poder empregatício no contrato de trabalho**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17462/o-poder-empreagaticio-no-contrato-de-trabalho>>. Acesso em 26 nov 2015.

⁵⁰⁴ COUTINHO, Aldacy Rachid. Op. Cit p.169.

⁵⁰⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Contrato de Trabalho**: Caracterização, Distinções, Efeitos. São Paulo, LTr, 1999. p. 138-139:

⁵⁰⁶ Ressalte-se que o empregado pode, legitimamente, negar-se à obediência de ordens contrárias ao direito, alheias à prestação do serviço, oriundas de pessoas não legitimadas, bem como de exigências de condutas que afrontem os seus direitos de personalidade. Esses direitos são tutelados em todas as suas dimensões: integridade física (direito à vida, à higidez corpórea), moral (direito à intimidade, à imagem, à honra, à liberdade civil, política) e intelectual (direito de autoria, à liberdade de pensamento). Todos são oponíveis ao empregador. Não lhe é permitido atentar contra a dignidade do obreiro. Em todos esses casos, o empregado pode exercer o seu *jus resistentiae*.

Nessa esfera de reconhecimento dos direitos fundamentais nas relações privadas, cabe o enfoque ao direito à liberdade de expressão do trabalhador e sua irrenunciabilidade em face do empregador, conforme será estudado no próximo tópico.

3.3 A irrenunciabilidade do direito à liberdade de expressão do trabalhador no contrato de trabalho

Não existindo norma regulamentadora que assegure permanência do empregado em seu vínculo de trabalho nos casos envolvendo liberdade de expressão, surge quase que uma questão não legislada, e uma injustiça do ponto de vista da proteção emergida da própria Carta Constitucional, no que se refere à garantia ao trabalho como um direito fundamental pleno e o reflexo que tal garantia tem nas relações de trabalho.

O Direito do Trabalho conhecido por nós e constitucionalizado, trouxe às relações humanas uma caracterização e uma proteção ao trabalhador, já que, a partir de garantias e condições mínimas, se teve uma base para a efetivação do direito ao trabalho, daí a dificuldade de discorrer sobre tema tão delicado.

No mundo legislativo do Direito laboral, a despedida pode se dar por simples comunicação e sem qualquer motivo, assim como pode o empregador rescindir o contrato do empregado por justa causa ou por motivo grave. Em um ou outro caso, a decisão está adstrita ao empregador, e é justamente esse o ponto angular da discussão. Sobre isso o trecho abaixo remete a discussão sobre a ausência de legislação e a função social destacada do contrato de trabalho:

Inexistem óbices que levem a conclusão de que um vínculo de trabalho duradouro traz consigo progressos pessoais para o trabalhador. A estabilidade no emprego oferece uma base mais sólida em vários aspectos econômicos e sociais, permite que o trabalhador desfrute de bem estar físico e mental, além de viabilizar sua inclusão em programas de assistência social e previdenciária para quando não estiver mais em sua plena capacidade de exercício laborativo. No entanto, o término da relação de emprego é um tema ainda pendente de definição no ordenamento jurídico brasileiro. A ausência de legislação complementar, bem como a discussão quanto à aplicação da Convenção nº 158 da OIT que disciplina o assunto suscitam questões que abordam desde a dignidade da pessoa humana, a função social do contrato de trabalho, o modo de internalização dos Tratados, Convenções e Pactos Internacionais,

como também, considerações acerca da dinâmica econômica na qual as empresas estão inseridas e o seu papel na sociedade.⁵⁰⁷

A questão da função social do contrato, esboçada a partir da liberdade de contratar, tem em conta que “o contrato tem uma função social a desempenhar, e por isso, as liberdades que através dele se expressam, devem ser exercidas em atenção a este valor.”⁵⁰⁸

A discussão também passa dos direitos fundamentais, portanto, por concretizarem os valores máximos do ordenamento jurídico na forma propugnada na Constituição e devem subordinar toda a sociedade, nela incluída o Poder Público (Estado) e os particulares (pessoas físicas e jurídicas)⁵⁰⁹, sendo tais direitos fundamentais, dentre os quais o direito ao trabalho, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Durante muito tempo, os direitos fundamentais estiveram à margem das ofensas advindas das relações entre particulares, e essa discussão, passou a ser desprezada não apenas na doutrina, mas nos tribunais.⁵¹⁰

José Gediel Antônio Peres afirma que com as crises da economia capitalista de mercado e a falta de regulação jurídica para fundamentar o Direito Privado, surgiram as preocupações com a tutela dos direitos da personalidade:⁵¹¹

Para cumprir sua função instrumental, o Direito do Trabalho em sua vertente liberal, buscou no Direito Privado o instrumento jurídico do contrato e focou o trabalho, principalmente, como objeto de uma operação econômica e como objeto de relação jurídica contratualizada. Nessa perspectiva política e teórica, a figura do trabalhador só tem relevância na qualidade de sujeito titular de um bem com valor econômico, sendo dotado de liberdade para firmar contrato e transferir a titularidade de sua força do trabalho.

⁵⁰⁷ CUNHA, Marco A. Rodrigues C., César, Laudeniz P., Uma Leitura Jurisprudencial da Proteção do Vínculo Empregatício e a Convenção nº 158 da OIT. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n.13, p. 215, 2013.

⁵⁰⁸ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo, O abuso do direito e as relações contratuais: primeiras aproximações. *In: Cadernos da Escola de Direitos e Relações Internacionais da Faculdade do Brasil*, v. 1, n.1, 2002, p. 50.

⁵⁰⁹ MINARDI, Fabio Freitas, Dignidade da Pessoa Humana e a aplicação da Teoria da Eficácia Horizontal, *In Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v.8, 2008, v. 4, n 4, 2008.

⁵¹⁰ GEDIEL, José Antônio Peres. Op. Cit. p. 157.

⁵¹¹ GEDIEL, José Antonio Peres. Op. Cit. 152.

Não custa recordar que a irrenunciabilidade dos direitos da personalidade não é discussão recente, pois mesmo na vigência do Código Civil de 1916, no qual não havia menção sobre tais direitos, e antes mesmo da Constituição Federal de 1988, já havia esse debate.⁵¹²

A indissociabilidade entre sujeito e personalidade não apenas orientou a formulação da teoria geral dos direitos da personalidade e o reconhecimento da garantia jurídica das condições para o livre desenvolvimento da personalidade, mas buscou firmar a irrenunciabilidade desses direitos.

Ao trabalhar sobre os aspectos do contrato na ótica da autonomia, José Antônio Gediél Peres segue afirmando que “a noção de indissociabilidade entre trabalhador e trabalho e retirada dos direitos da personalidade passa a ser extremamente relevante para a defesa da irrenunciabilidade dos direitos fundamentais pelo trabalhador.”⁵¹³.

Ora, a partir do momento que a liberdade de expressão é elemento da personalidade do trabalhador, ela é um direito irrenunciável, característica que também se encontra nos direitos da personalidade.⁵¹⁴

Além desse, são muitos os atributos da personalidade em si. Rabinadrath Valentino Aleixo Capelo de Souza ao falar sobre esses, revela que o regime jurídico da personalidade está vinculado diretamente com a personalidade humana, o que lhe outorga uma posição própria, de autonomia.⁵¹⁵

Além da irrenunciabilidade, destaca-se a extrapatrimonialidade, que é o fato dos direitos da personalidade não possuírem valor econômico, sendo um ponto importantíssimo, pois ainda que a personalidade envolva compensação pecuniária, o que ocorre em caso de lesão aos direitos da personalidade, ela não pode ser precificada.

Também se fala em vitaliciedade, que implica dizer que os direitos da personalidade nascem e acompanham o homem até sua morte. Embora no

⁵¹² GEDIÉL, José Antônio Peres. Op. Cit. p. 150.

⁵¹³ GEDIÉL, José Antônio Peres. Op. Cit. p. 158.

⁵¹⁴ Não existe unanimidade entre os autores quanto a delimitação das características dos direitos da personalidade, que dada a extensão do trabalho não será apresentada, apenas as principais.

⁵¹⁵ CAPELO DE SOUZA, Rabinadrath Valentino Aleixo. Op. Cit. p.401.

Brasil se reconheça a tutela pós morte, o que se ampara não é o direito morto, mas a sua memória, nas palavras de Anderson Schreiber, a sua reputação.⁵¹⁶

Os direitos da personalidade são também imprescritíveis, ou seja não se esvaem com o passar do tempo, o indivíduo jamais perderá um direito pessoal por não usá-lo; não há prescrição extintiva. “Na verdade os direitos da personalidade não são reais.”⁵¹⁷

Também são indisponíveis, de forma que não podem ser extintos, modificados, mesmo que com certa autonomia se possa permitir, a par da liberdade jurídica, o direito ao uso da imagem por exemplo.

Carlos Alberto Bittar diz que os mesmos são intransmissíveis, não permitindo sua disposição, porém, admite por sua vez que “certos direitos da personalidade acabam ingressando na circulação jurídica, admitindo-se ora a sua disponibilidade, exatamente para permitir a melhor fruição por parte do seu titular, sem, no entanto, afetar-se seus caracteres intrínsecos.”⁵¹⁸

Diante dessas características evidencia-se que as prerrogativas trazidas pelo trabalho não podem ser renunciadas, elas se entranham na personalidade do sujeito trabalhador.

Isso porque, o trabalho é central para o sujeito, e seu conteúdo carrega elementos da personalidade do trabalhador, que como assinalado, não se separa do mesmo; que imprime no trabalhar sua vivência, sua marca própria. Assim, considerando o quanto é central, o trabalho se afirma também como um vínculo com a personalidade do trabalhador.

Como visto alhures, o ato de trabalhar em si, como objeto de proteção jurídica, vai além de desincumbir-se de uma obrigação prescrita ou repassada, ou de agir como determinado pelo empregador, ele é o exercício de um direito fundamental essencial para o desenvolvimento da subjetividade e para a construção de vínculos.⁵¹⁹

É aí então que se pode questionar a respeito da relação entre o contrato de trabalho e o direito à liberdade de expressão do trabalhador, afinal, o trabalho é inseparável da personalidade do trabalhador e se identifica com as condições existenciais necessárias ao seu desenvolvimento físico, psíquico e

⁵¹⁶ SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2011, p.127.

⁵¹⁷ CAPELO DE SOUZA, Rabinadrath Valentino Aleixo. Op. Cit. p. 413.

⁵¹⁸ BITTAR, Carlos Alberto. Op. Cit. p. 12.

⁵¹⁹ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. P. 33.

social, podendo assumir significado próprio para a doutrina dos direitos da personalidade.

Também por essa razão, é que o trabalho é visto como emancipatório e a liberdade de expressar-se do trabalhador, como repetidas vezes exposto, um elemento da personalidade do mesmo, de forma que se torna intangível renunciar a esse direito.

A partir dessa concepção e da proposição de José Antônio Gediél Peres, resta claro, o quanto trabalho e personalidade se conectam. O autor, ao analisar a importância de respeitar os direitos fundamentais, afirma que o trabalho é inseparável da personalidade do trabalhador e se identifica com as condições existenciais necessárias ao seu desenvolvimento físico, psíquico e social, podendo assumir significado próprio para a doutrina dos direitos da personalidade.

Por outro lado, vale afirmar que de um lado o poder diretivo do empregador interfere no âmbito privado do empregado, cuja tutela não resta prejudicada em função da obediência devida aos direitos fundamentais da personalidade. Conforme José Antônio Gediél os direitos fundamentais interferem na autonomia privada e tornam ofensivas à dignidade e lesivas aos direitos de personalidade do trabalhador todas as exigências contratuais ou pré-contratuais, que extrapolem a exata finalidade e os limites da operação econômica e venham a atingir o núcleo da pessoa.⁵²⁰

Nessa toada, torna-se clara a ideia de que a liberdade de expressão é um elemento da personalidade do trabalhador da qual o mesmo não se afasta.

Como lembra Carlos Alberto Bittar os direitos da personalidade são dotados de caracteres especiais para a pessoa humana, e por isso é que o ordenamento jurídico não pode consentir que dele se despoje o titular, emprestando-lhes caráter essencial.⁵²¹ Além disso, em suas características gerais e principiológicas – termo que utiliza Carlos Alberto Bittar - os mesmos são absolutos, extrapatrimoniais, vitalícios, imprescritíveis e oponíveis *erga omnes*⁵²², como preleciona o artigo 11 do Código Civil. ⁵²³

⁵²⁰ GEDIEL, Antônio Peres, Op. Cit. p. 162.

⁵²¹ BITTAR, Carlos Alberto. Op. Cit. p. 43.

⁵²² BITTAR, Carlos Alberto. Op. Cit. p. 43.

⁵²³ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o s⁵²³ GEDIEL, José A. Peres. Op. Cit. p. 162.

Os direitos e deveres decorrentes do contrato entram em conflito com os direitos fundamentais, os quais devem ser examinados a partir do princípio da proporcionalidade, pois se vierem a ofender a dignidade, serão lesivos à personalidade do trabalhador e acabarão atingindo a pessoa. A imagem, a vida privada e o trabalho são elementos ou aspectos indissociáveis do trabalhador.

Essa discussão é importante porque as relações trabalhistas não devem ser apreciadas apenas em seu aspecto econômico, pois se tratam de relações de caráter pessoal, tanto é assim, que para sua configuração válida é necessário que haja personalidade.

Diariamente, no Brasil, são levadas demandas até o Judiciário, que envolvem demissão por violação à liberdade de expressão, de opinião, religiosa, ou outra, sendo que inúmeros trabalhadores muitas vezes sequer tem a noção de que estão sendo demitidos porque se expressaram de forma a irritar ou desafiar o empregador.

Um caso que foi bastante debatido diz respeito aos músicos e a sua necessidade ou não de inscrição junto a Ordem dos Músicos do país no Paraná. Atualmente, o exercício profissional da atividade de músico é regulado pela Lei n.º 3.857/1960, que criou a Ordem dos Músicos do Brasil, e dispôs em seus artigos sobre o exercício da profissão.

A discussão se originou a partir de um Mandado de Segurança ajuizado contra ato do presidente do Conselho Regional da Ordem dos Músicos do Brasil que exigia a inscrição de um músico na entidade do Paraná. Em suas razões o autor dizia que a Constituição Federal não recepcionou lei que ampara a OMB, de 1960, e por essa razão seria livre o exercício profissional, nos termos do artigo 5º, inciso XIII, que assegura a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, segundo as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Na ocasião, a entidade não se manifestou e o autor do Mandado de Segurança teve sua tutela deferida liminarmente

Na sentença foi suscitado o fato de que a profissão de músico não causa prejuízo quando não desempenhada a contento ou por incapacidade do músico. Esse entendimento foi confirmado pela a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que manteve a sentença de primeiro grau que

condenou o Conselho Regional da OMB no Paraná a se abster da exigência de inscrição de um músico profissional de Curitiba.⁵²⁴

A decisão que foi unânime e seguiu entendimento já esposado pelo Supremo Tribunal Federal, em voto da Ministra Ellen Grace em 2011, no sentido que não se pode exigir do músico inscrição em conselho profissional, já que sua atividade tem amparo constitucional da liberdade de expressão.

No Brasil, muitos são os casos em que empregados são demitidos porque emitem opinião sobre a postura patronal em veículos de comunicação ou redes sociais, como ocorreu com o médico, lotado na Santa Casa de Misericórdia de Jacaréí foi sumariamente demitido após lamentar em sua página nas redes sociais a precariedade das ferramentas com as quais trabalhava. O médico criticou duramente a gestão do hospital e o fato de ter que fazer uso de uma lanterna durante uma cirurgia, em uma criança de seis anos, de apendicite de urgência. Por ocasião da demissão, sentindo-se injustiçado, através da assessoria de imprensa local, o empregador mencionou no jornal local que “o município não pode mais permitir estes abusos. Outro profissional já está sendo encaminhado para suprir a vaga.”⁵²⁵

Casos como esse envolvendo publicações em redes sociais ganharam maior repercussão no Tribunal Superior do Trabalho a partir de 2013, quando isso passou a ocorrer no local de trabalho, e temas afetos a invasão de privacidade e liberdade de expressão foram discutidos. Leis trabalhistas no Brasil não têm previsão impedindo que empresas estipulem no contrato de trabalho regras e condutas no que diz respeito ao uso de tecnologias. Nem sempre porém, casos como esses foram julgados de forma favorável para os trabalhadores que ajuizaram demandas. A ministra do TST, Delaíde Miranda ao abordar o tema e explicar sobre a interferência de tais atividade no trabalho, no que se refere a produtividade, explica sobre a importância de o trabalhador atentar-se para o uso de redes sociais.

⁵²⁴ BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. Apelação Cível 5027427-30.2013.404.7000/PR. Apelante: Luiz Gustavo Pimentel Slomp. Apelado: Conselho Regional da Ordem dos Músicos do Brasil no Paraná. Relator: Marga Inge Barth Tessler. Porto Alegre, 5 de dezembro de 2013.

⁵²⁵ O caso repercutiu na imprensa e por se tratar de caso sigiloso, não se tem informações se o médico propôs reclamatória trabalhista contra o Município. Disponível em: <http://diariodejacarei.com.br/new/?action=www&subaction=noticia&title=ouvidoria-vai-apurar-assedio-moral-contr-medico-demitido&id=15342/>. Acesso em 01.04.2017.

Dentre os vários casos julgados entre 2012 e 2013, alguns se destacaram, como o da empregada de uma loja de animais (*pet shop*) que fez comentários ofensivos em sua rede social sobre os proprietários da loja, dizendo que maltratava os animais sob seus cuidados e foi demitida por justa causa. Na referida ação, os ex-empregadores é quem receberam o direito à indenização por danos morais. Também em 2013, o TST julgou o caso de um servidor da Prefeitura de Itu (SP) que foi demitido por justa causa após publicar em sua rede social severas críticas contra o prefeito. Por ocasião da inicial, o servidor relatou que foi surpreendido pela visita do prefeito em sua sala requerendo explicações, e que mesmo tendo alegado liberdade de expressão foi demitido. Sua ação foi julgada procedente e mantida em primeiro e segunda instâncias, sob o argumento de que “os comentários diziam respeito aos acontecimentos políticos da cidade de Itu”, os quais, segundo o juiz, “eram de conhecimento público e notório de qualquer cidadão”.⁵²⁶ Importante lembrar que o uso do e-mail no ambiente de trabalho e o direito à privacidade do empregado estão relacionados com o direito à privacidade e ao sigilo da correspondência, previstos na Constituição Federal, no art. 5º, incisos X e XII.

A doutrina majoritária encara como inviolável o acesso ao e-mail pessoal, destacando a proteção à liberdade do empregado.⁵²⁷

Por isso mesmo, se faz necessário o estudo da questão afeta à tutela do direito fundamental à liberdade de expressão do trabalhador, compreendendo-o como um limite a despedida do empregador, e os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade que devem sondar o assunto.

3.4 A relativização do direito de despedida em face da liberdade de expressão do trabalhador.

A tutela do trabalhador no que se refere ao ato demissional a ser tratada aqui, não analisará a disciplina relativa às formas de dispensa que existem no

⁵²⁶ Fonte: TST. Disponível em: http://www.tst.jus.br/en/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/em-2012-tst-decidiu-diversos-casos-sobre-o-uso-de-redes-sociais-no-trabalho/pop_up?_101_INSTANCE_89Dk_viewMode=print. Acesso em 28.05.2017

⁵²⁷ PAREDES, Marcus. Violação da privacidade na Internet. Revista de Direito Privado. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, n.º 09, p. 183-203, jan./mar. 2002: “Considera o e-mail pessoal sempre inviolável uma vez que alcançado pela proteção à intimidade e à vida privada, contida do Art. 5º, XII da C.F/88. Já o e-mail fornecido pela empresa escapa a essa proteção, podendo ser lícitamente monitorado, uma vez que deve ser utilizado em proveito da empresa e de acordo com a política interna desta.”

direito brasileiro, mas delinea acerca da proteção ao direito fundamental à liberdade de expressão do trabalhador, afeto à sua relação laboral já tratada em momentos anteriores.

Destacou-se em tópico anterior que uma vez que se contrate o trabalho, há o dever de respeito e de proteção durante a sua execução e término, o que inclui obrigações para o Estado, e envolve uma conduta e um resultado, relacionada com a satisfação, tendo o mesmo por isso o papel de implementar e de garantir o avanço dessa proteção ao trabalho.⁵²⁸

Inclusive, esse caráter de proteção é chamado por Leonardo Vieira Wandelli de progressivo e diz respeito a obrigação contida no artigo 7º *caput* da CF, como melhoria da condição social, tendo em conta, o que ele chama de obrigação de não regressividade, também por parte do Estado, não podendo o mesmo adotar políticas ou normas que piorem a situação do direito ao trabalho.⁵²⁹

A modalidade de rescisão sem justa causa no Brasil ocorre quando o empregador sem um motivo justificado resolve encerrar o contrato de trabalho de seu empregado, cabendo, contudo, indenizar-lhe por ter violado o princípio da continuidade da relação de trabalho, que dispõe, regra geral, ou seja, salvo os casos expressos por lei, que os contratos de trabalho devem ser fixados por tempo indeterminado.⁵³⁰

Importante frisar que o contrato de trabalho tem natureza sinalagmática e compreende prestações contínuas, direitos e deveres, ou seja reciprocidade. Alguns autores dentre eles Octavio Bueno Magano, entende que por mais que a lei defenda que os contratos devam ser sem prazo de validade, em determinado momento termina sua vida útil, e portanto seu objetivo.⁵³¹ Essa ideia advém do próprio Tribunal Superior do trabalho que em seu enunciado 212, trata dessa presunção de que os contratos não terão prazo de validade.

⁵²⁸ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. p. 240-243.

⁵²⁹ *Ibid.*, p. 244.

⁵³⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p. 57, *in verbis*: "O caráter de ordem geral que é deferido pela ordem jurídica ao contrato por prazo indeterminado, confere-lhe status privilegiado: o status de presunção jurídica de sua existência em qualquer contexto de contratação empregatícia."

⁵³¹ MAGANO, Octavio Bueno, **Primeiras lições de direito do trabalho**. 3ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 73, *in verbis*: "A cessação do contrato de trabalho se traduz no desaparecimento do sinalagma, em virtude do qual à obrigação de trabalhar, por parte do empregado, corresponde a de lhe pagar salários, por parte do empregador."

Por outro lado, é vedada a despedida discriminatória, que está prevista na Lei 9.029/95. Embora não esteja explícita na CLT, seu conceito se aproxima um pouco das formas de ruptura por ato ilícito praticado pelo empregado ou pelo empregador, que são as hipóteses encontradas nas despedidas por justa causa ou indiretamente propostas.⁵³²

Esse direito -a não discriminação - também encontra guarida no Código Civil Brasileiro⁵³³ que tratando de direitos patrimoniais, reservou em vários dispositivos expressa compensação para violação aos direitos da personalidade. A ausência deles é que geraria a discriminação, ou seja, uma conduta negativa pode gerar o dano de ordem subjetiva.

A configuração dos casos de despedida discriminatória no Brasil, exige prova robusta e são identificadas por exemplo no caso de empregados portadores do vírus HIV, trabalhadores com doenças terminativas, graves e degenerativas, que sofrem dispensa sem justa causa e se inserem por isso na forma de segregação por questões de saúde, além de outros casos. A identificação dos motivos que podem ser considerados discriminatórios quando da dispensa é bastante complexa, e a reintegração do empregador que sofreu com tal ato ou ainda a nulidade da sua dispensa ainda é tratada timidamente pela doutrina e pelos Tribunais no país, sendo mencionada para informar sobre a carência de disciplina expressa mesmo em casos mais concretos, quanto mais em casos de violação à liberdade de expressão.

Leonardo Vieira Wandelli ao estudar sobre os limites legítimos para a dispensa, comenta que a rescisão injusta é protegida por ser uma das dimensões do conteúdo do trabalho, sendo que a proteção em face da despedida injusta é “uma das dimensões de conteúdo mais relevantes do direito ao trabalho, dimensionando as condições fáticas e jurídicas de exercício de muitos outros direitos fundamentais próprios ao mundo do trabalho”.⁵³⁴

⁵³² BRASIL. **Lei 9029/1995**. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995.

⁵³³“Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

“Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

⁵³⁴ Ibid., p. 245.

O Brasil tem ainda o caso dramático disposto no artigo 7º inciso I da CF⁵³⁵ que resultou na admissão de um direito geral do empregador de resilir o contrato de trabalho sem motivo, apenas com o pagamento de uma indenização, salvo casos específicos.

A confirmação pelo Brasil dos termos da Convenção nº 158 da OIT, fechou essa lacuna, introduzindo a necessidade de fundamentar tal ato em causas justificadas, ou na necessidade da empresa.⁵³⁶ Quando a convenção foi denunciada, houve uma espécie de rompimento da obrigação pelo Brasil, violando a eficácia ótima do direito fundamental ao trabalho (artigo 5º § 1º CF).

Ora, a proteção em face da despedida injusta é uma das dimensões mais relevantes do direito ao trabalho, dimensionando as condições fáticas e jurídicas de exercício de muitos outros direitos fundamentais próprios ao mundo do trabalho. Nesse sentido, Mauricio Godinho assevera:⁵³⁷

O critério da dispensa desmotivada por ato empresarial confere, infelizmente, a essa modalidade de ruptura do contrato empregatício o estatuto jurídico de simples exercício de um poder potestativo pelo empregador – poder próximo ao absoluto, portanto –, desconsiderando todos os aspectos pessoais e sociais envolventes à dinâmica da extinção do contrato de trabalho.

Muitos defendem a consagração da manutenção da relação de trabalho assistida pelo Estado que por sua vez privilegia princípios de proteção do direito ao trabalho, mas que inspira de certa forma uma batalha no que se refere a condição de vulnerabilidade do trabalhador.

⁵³⁵ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

⁵³⁶ A Convenção 158 da OIT estabelece de forma geral, que a dispensa sem justa causa deve ser justificada pelo empregador, evitando dispensas arbitrárias. Embora ratificada pelo Brasil, seus efeitos não estão vigentes, pois a mesma foi denunciada em 20 de novembro de 1996 pelo Decreto 2.100/96, da lavra do então presidente da República, Fernando Henrique Cardoso. Depois de denunciada, a Central Única dos Trabalhadores (CUT) e a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura (Contag) distribuíram ação direta de inconstitucionalidade, com objetivo de anular a denúncia, arguindo que o ato não poderia ser realizado de forma unilateral pelo Poder Executivo, mas deveria obedecer o disposto no artigo 49, inciso I da Constituição Federal e passar pelas fases legais, necessitando do Congresso Nacional para discussão e aprovação da medida. Atualmente o processo aguarda julgamento no Supremo Tribunal Federal, após pedido de vistas do Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325338>. Acesso em 30 mai 2017.

⁵³⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. Op. Cit. p.1058.

O desfazimento do contrato de trabalho por mera faculdade do empregador, se observado preceito contido na Constituição Brasileira, pode estar com os dias contados, visto que cada vez mais esse direito social ganha forças e se torna quase que inatingível. Ainda assim, afigura-se como uma faculdade do empregador, como face de seu direito potestativo.

O pleno emprego já foi o coração do Estado Social,⁵³⁸ e ele implica não só ter a possibilidade de obter o custo, mas de realizar-se com dignidade, de transcender a força do trabalho, como dito antes, ele impõe condutas e resultado.

A despedida sempre impacta o trabalhador, o grau de proteção em face da despedida significa, pois, o eixo em torno do qual se dimensiona a possibilidade de efetivo exercício de todos os demais direitos. Para o empregador, o empregado que se desliga, é rapidamente substituído. Para o trabalhador, como dito, é a perda da fonte de sustento.⁵³⁹

Vale lembrar que, em se tratando de despedida coletiva, o impacto é ainda maior, ele se multiplica, e é mais lesivo. No Brasil, ante a falta de disciplina legal, é dever do Estado respeitar o direito ao trabalho, e o privar injustamente um indivíduo não se trata de um critério qualitativo ou quantitativo da despedida, mas vincula-se a questão da motivação da dispensa.

Nessa perspectiva, o exercício do direito potestativo de despedimento, ainda que reconhecido ao empregador, concretamente situado, pode ser reputado excessivo.⁵⁴⁰

Leonardo Wandelli, nesse sentido, defende que o direito potestativo de dispensar não é absoluto, e se sujeita a limitações.⁵⁴¹ São tais limitações que deverão ser observadas no ato do empregador.⁵⁴²

É que, não existindo norma regulamentadora que assegure permanência do empregado em seu vínculo de trabalho, mesmo quando não há motivo justo para encerrá-lo, ele pode ser desfeito sem justificativa. No universo do Direito do Trabalho como se têm visto, o que permeia a despedida é simplesmente o

⁵³⁸ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit., p. 210.

⁵³⁹ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit., p. 267.

⁵⁴⁰ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. p.269. WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. p.269.

⁵⁴¹ WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida Abusiva: O Direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade.** São Paulo: LTr, 2004, p. 78.

⁵⁴² Outros autores dentre eles Amauri Mascaro Nascimento, Op. Cit. entendem que a ruptura unilateral é ato jurídico que se reveste de caráter absoluto e não comporta oposição do empregado ou de qualquer autoridade pública.

poder potestativo do empregador; visto como elemento subjetivo da responsabilidade.

O poder potestativo do empregador anteriormente tratado, que não está pautado apenas em ações de mando ou de gestão, fica comprometido e perde sua particularidade, pois é dado a conhecer uma outra face do direito do trabalho, aquela que protege e reclama sua manutenção. Mauricio Godinho chega a afirmar que “a concepção potestativa corresponde ao elogio do individualismo possessivo inerente ao mercado capitalista, e que foi sua marca ideológica mais forte no período do liberalismo clássico.”⁵⁴³

Alice Monteiro de Barros⁵⁴⁴ em outro vértice, discute o tema, e comenta sobre a questão da legitimidade moral do empregado, que pode decidir preservar sua intimidade.

Contudo, não importa se as despedidas são simultâneas ou diluídas, é do Estado o controle dos projetos de despedida, e da procedimentalização das mesmas, bem como das formas de negociação no que se refere à dispensa coletiva para atenuar as suas consequências. Nessa perspectiva, o exercício do direito potestativo de despedimento, ainda que reconhecido ao empregador, concretamente situado pode ser reputado abusivo.⁵⁴⁵

Pensando no respeito devido à liberdade de expressão e na limitação ao exercício da despedida pelo empregador; um ponto de grande tensão, é a questão de como o trabalhador pode agir diante do cerceamento de sua liberdade pelo empregador? Seria esse um direito inafastável?

⁵⁴³ DELGADO, Mauricio Godinho, Op. Cit., p.650.

⁵⁴⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Op. Cit., p.572-573. Em suas palavras: “Cumprer ressaltar que as ordens emitidas por quem não está legitimado a fazê-lo, as ordens ilícitas ou capazes de lesar direitos à integridade física ou moral do empregado poderão ser desobedecidas. Logo, não está o empregado obrigado a acatar ordens que lhe exijam uma conduta ilegal (prática de um crime), aliás ele tem até mesmo o dever de descumprir a determinação, sob pena de incorrer em sanção penal. ([...]) Da mesma forma, não estão os empregados obrigados a acatar ordens sobre aspectos alheios à relação de emprego e sem qualquer repercussão sobre ela. Isso porque, em regra, a vida privada do empregado, seus costumes, amizades, ideias, orientação sexual e opiniões estão fora do campo de incidência do poder diretivo do empregador, como também suas crenças religiosas, convicções políticas, liberdade sindical, o que se deduz do art. 5º, inciso X, da Constituição de 1988, quando considera invioláveis a intimidade e a vida privada das pessoas, como também dos incisos IV, VI, VIII, XVII do mesmo diploma, que garantem a liberdade de pensamento, de crença religiosa, de convicção filosófica ou política e de associação para fins lícitos. Nessas situações, justifica-se a desobediência extralaboral”.

⁵⁴⁵ WANDELLI, Leonardo Vieira. Op. Cit. p.269.

No plano prático, não constituem um direito absoluto, em face de algumas circunstâncias fáticas e jurídicas que limitam a concretização dessa liberdade de expressão.

A questão ligada a essa condição, tem o que se costuma dizer, uma restrição variável, de acordo com o princípio da proporcionalidade e de fato deve ser assim, justamente para assegurar a efetivação de outros direitos fundamentais, mormente aqueles ligados à pessoa humana, e seu direito à imagem, a honra, à privacidade, etc.

A maioria das pessoas ainda segue com sua identidade dentro do processo organizado, por isso a questão central estaria na possibilidade de reconhecer no ato demissional por afronta a liberdade, uma transgressão.

Dentro dessas considerações sobre o peso da liberdade, subordinação e direitos decorrentes de uma relação de cunho privado, é importante ter em mente que qualquer forma de discriminação ao pensamento, à expressão é vedada, e que não obstante questões ligadas à liberdade de consciência sejam cingidas por ausência de critérios sólidos para seu enfrentamento; já que o bem da vida é indisponível e indissociável da dignidade, precisa ser tutelada.

Então, poderíamos pensar na dificuldade de associar à liberdade com alguns limites e com tolerância acerta invasão ao direito alheio, considerando que a sua essência é marcada por liberalidade, criação, expressão. O fato do empregado estar subordinado ao poder diretivo do empregador não implica a ineficácia da tutela à sua intimidade.

O respeito à liberdade é bastante amplo, e conforme exposto anteriormente ela pode ser fragmentada. Sua privação é um campo de tensão, notadamente nas relações laborais. Não há como negar que o trabalho, é e sempre será riqueza, e por isso ele é um mediador de lutas, na produção da cultura.⁵⁴⁶

A privação da liberdade pode surgir em razão de processos inadequados (como violação do direito ao voto ou de outros direitos políticos e civis), ou de oportunidades inadequadas que algumas pessoas têm para realizarem o mínimo que gostariam (incluindo a ausência de oportunidades elementares como a capacidade de escapar da morte prematura, morbidez evitável ou fome involuntária.

⁵⁴⁶ SEN, Amartya. Op. Cit., p.32.

No Brasil, a liberdade de expressão contribui para o debate público, que de certa forma fomenta a democracia, através das informações críticas, e também propagandas partidárias, porém, no campo das relações privadas, elo marcado pela autonomia e consenso das partes, muitos casos de objeção ocorrem todos os dias e impedem o exercício do poder potestativo, que é como visto alhures, a liberdade de exercer o direito demissional. Nesse momento é que surgem as pontes para as reflexões.

Ao questionarmos uma pessoa minimamente letrada sobre o que é liberdade, ela afirmaria que é poder agir de acordo com sua própria determinação. E de fato é isso, a liberdade é o poder que uma pessoa tem de agir de acordo com sua própria determinação, direito de expressar opiniões, de escolher, de expressar sentimentos.

Dentro de um ambiente de trabalho, por outro lado, a subordinação que parece em seus conceitos ser uma figura contrária à liberdade, é necessária para hierarquizar a relação laboral.

A questão afeta à subordinação e liberdade dessa forma, se liga com a limitação da liberdade, e com a proteção ao trabalho que poderia ser estendida para um empregado que se expressa. “Neste contexto, a estabilidade do vínculo empregatício é, indistintamente, um dos institutos capazes de conferir proteção à manutenção do augurado equilíbrio social do qual faz parte o vínculo laboral.”⁵⁴⁷

Tudo isso faz chocar o direito potestativo com o direito a manutenção do trabalho, só aparentemente protegido na Constituição, mas a bem da verdade, ignorado; pois o reconhecimento da anulação do ato demissional, tem como pressuposto preservar o bem jurídico que dentro do Direito do Trabalho se representa pelo emprego, frustrando tentativas da retirada desse direito. Porém, não há nada, ao menos por ora, que proíba o empregador de exercer direito legítimo.

⁵⁴⁷ CUNHA, Marco A. Rodrigues C., César, Laudeniz P., Uma Leitura Jurisprudencial da Proteção do Vínculo Empregatício e a Convenção n° 158 da OIT. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n.13, 2013, p. 217.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Trabalhar é humanizar o mundo, transformá-lo e torná-lo com um propósito maior, o da realização humana.

Quando falamos da vida privada do trabalhador temos em conta que este acaba externando sua expressão durante todo o tempo que executa suas atividades.

A partir dos delineamentos dos estudiosos sobre o campo social do trabalho, é possível perceber que o trabalho, embora apresente inúmeras oportunidades de destruição das pessoas e da subjetividade do outro, pode trazer o desenvolvimento de si mesmo, próprio da autorrealização, que é o desejo profundo de se satisfazer, e que é tão individual como se é.

É preciso saber que o trabalho não é um espaço separado dos direitos fundamentais e que pode trazer para o homem o desenvolvimento da sua personalidade, pode edificá-lo. De outro lado, quando lhe é retirado esse direito de se transformar, principalmente em casos de expressão livre, indaga-se se o trabalhador não estaria sendo impedido de alcançar redenção.

A discussão sobre a liberdade de expressão e sua conexão com a personalidade é bastante recente no que diz respeito ao trabalho, mesmo porque esse enfoque sobre a personalidade do indivíduo adveio no Brasil principalmente a partir da redemocratização do país e com a Constituição da República de 1988, em que se reconheceu e sedimentou os direitos fundamentais e quando se discutiu valores objetivos destacados em seu bojo, ampliando a proteção de direitos privados.

No que se refere ao direito à liberdade de expressão, é importante refletir que se trata de um direito da personalidade que é construído e desenvolvido também pelo trabalho, ainda que seja um grande desafio se conciliar liberdade de expressão, quando contrapostos os lados.

Nota-se mais uma vez o quanto o trabalho é central para a construção do sujeito, e percebe-se que a liberdade de expressão faz parte da personalidade do trabalhador, e isso implica que o empregador deve respeitar a expressão desse direito, mesmo porque, o trabalho é mais do que mover-se

para suprir necessidades, ele é uma forma humana de satisfazê-las como um ser livre e consciente.

De todo modo, embora se tratem de questões legisladas constitucionalmente, o direito ao trabalho não foi repensado a partir do livre desenvolvimento da personalidade. Isso porque antagonicamente ao que trata a Constituição Federal os ambientes de trabalho não são considerados espaços neutros, onde o empregado possa expressar-se em suas atividades resguardado pelo direito à livre expressão, religiosa ou qualquer que seja.

Como dito, as novas formas de administração negam o trabalho como espaço de cidadania; o poder de descarregar nos trabalhadores o despedimento, e romper as expectativas de reconhecimento e de concretização ao direito de emancipar-se e de ser livre em sua expressão.

O campo das relações de trabalho ainda é um ambiente de muito desequilíbrio, e representa um espaço de desigualdade, por isso, muito embora o direito laboral cuide de hastear seus princípios protetores, a liberdade, um vetor dos direitos fundamentais, é bastante afetada, havendo um choque entre autonomia e deveres contratuais.

Por outro lado, vale destacar que a eficácia direta do direito fundamental de liberdade de expressão no contrato de trabalho, relativiza o direito potestativo de despedida do empregador.

Quanto às dificuldades encontradas na pesquisa, cumpre notar que ela foi realizada durante longo tempo e modificou-se ao longo do estudo, bem como se notou que a comunidade acadêmica ainda precisa debater, e muito, sobre a liberdade de expressão, o que se espera que aconteça com respeito e serenidade.

Nesse sentido, cumpre notar que a presente pesquisa não traz solução definidas, aplicáveis a todo e qualquer caso. Na realidade, o trabalho nem possuiu tal pretensão, mas apenas visou trazer à lume o debate entre liberdade de expressão na esfera do contrato de trabalho. Espera-se que a presente dissertação renda bons frutos e que sempre haja novos ensinamentos sobre o tema, sempre a acrescentar e a procurar o trabalho como algo a garantir o pleno desenvolvimento do ser humano.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Lilian Martins, A leitura da obra “Guernica”, de Picasso, para o estudo da história. **Mundo Educação.** Disponível em: <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/historiageral/a-leitura-obra-guernica-picasso-para-estudo-historia.htm>>. Acesso em: 29 jul 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVARENGA. Rúbia Zanotelli de. **O poder empregatício no contrato de trabalho.** Publicado em set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17462/o-poder-empregaticio-no-contrato-de-trabalho>>. Acesso em: 26 nov 2015.

AMARAL, Francisco. **Direito civil:** introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MIRANDA, Felipe Arady. O-s Direitos da Personalidade e o Direito a ter uma Personalidade In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coord.). **Direito civil**, Estudos em Homenagem à Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Editora Método, 2006.

_____.O Direito Fundamental ao Livre Desenvolvimento da Personalidade, **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, Ano 2 (2013), nº 10, 11175-11211, p. 2. Disponível em: -- em: 29 maio 2017.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; GUDDE, Andressa da Cunha. O Desenvolvimento dos Direitos da Personalidade, sua Aplicação às Relações de Trabalho e o Exercício da Autonomia Privada. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 8, n. 2, dez. 2013. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43134>>. Acesso em: 05 Fev. 2016.

ARAÚJO, J. N. G. (2010). **Entre servidão e sedução do trabalhador:** uma secular insistência do capital. In Mendes, A. M. (Org.). Trabalho e Saúde. Curitiba: Juruá, 2008.

ARAÚJO, Max Elias da Silva. As teorias da personalidade - uma abordagem ampla e ontológica. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, nº 78, jul 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. São Paulo: Saraiva, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 235, p. 1-36, jan/mar 2004. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>>. Acesso em 10 mar 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2000. V.4 – tomo IV.

_____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BITTAR, Carlos Alberto, **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho, 7ª ed. Rio de Janeiro: Nova Edição, 2004.

BODIN de MORAES, Maria Celina. O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo. In: Ingo W. Sarlet. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 107-151.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOUYER, Gilberto C. Contribuição da Psicodinâmica do Trabalho para o debate: o mundo contemporâneo do trabalho e a saúde mental do trabalhador. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, vol. 35, nº 22, São Paulo, julho/Dezembro, 2010. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572010000200007, acessado em 15.08.2016.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito Público brasileiro e a análise da Constituição do Império**. Brasília: Universidade de Brasília, 1978.

CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o Direito**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 1ª edição. São Paulo: Russell, 2004.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Direito de Informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CASTEL, Robert. Trabajo y utilidad para el mundo. **Revista internacional del trabajo**. Ginebra, OIT, vol. 115, n. 6 (1996).

CHEQUER, Cláudio. A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima face: (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). Constituição, Democracia e Justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. 20 anos da Constituição Federal de 1988. Revista Jurídica Themis. Centro Acadêmico Hugo Simas. (Org.). Edição Especial Semana Acadêmica do CAHS. Direitos Fundamentais e a Dogmática Jurídica Contemporânea. Curitiba, 2008.

CONDESSO, Fernando dos Reis. **Direito da comunicação social**. Coimbra: Almedina, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

COUTO E GAMA, André, BINI DE MATTOS, Bruno F. Personalidade Jurídica: análise dos artigos 2 e 9 da Lei 10.406/02. Revista CEJ, v. 14, nº 49, abr/jun 2010.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

COURTIS, Christian, ABRAMOVICH COSARÍN, Víctor Ernesto, Futuros posibles: El derecho laboral en la encrucijada. **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**. p. 149-176. In: Palomeque Lopez, Manuel, Derecho del trabajo y ideología, Madrid Tecnos, 1991. Disponível em: <http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica08.pdf>. Acesso em 15 jan 2017.

CUNHA, Marco A. Rodrigues C., César, Laudeniz P., Uma Leitura Jurisprudencial da Proteção do Vínculo Empregatício e a Convenção nº 158 da OIT. In **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n.13, 2013, p. 217.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DEJOURS, Christophe. **O Fator Humano**. Tradução Maria Irene Stocco Betiol e Maria José Tonelli. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2007.

_____. **Trabalho vivo: Sexualidade e trabalho.** São Paulo, Paralelo 15, 2012, Tomo I.

_____. **Trabalho Vivo: Trabalho e emancipação.** São Paulo, Paralelo 15, 2012, Tomo II.

_____. **A banalização da injustiça social.** São Paulo: FGV, 2000, p. 34.

_____. **A sublimação: entre sofrimento e prazer no trabalho.** Revista Portuguesa de Psicanálise nº 33, objeto de uma Conferência apresentada no Institut Franco-Portugais em 22 de Fevereiro de 2013, organizada pela Sociedade Portuguesa de Psicanálise. Disponível em <://sppsicanalise.pt/wp-content/uploads/2014/04/SUBLIMA%C3%87%C3%83O-ENTRE-SOFRIMENTO-E-PRAZER-NO-TRABALHO.pdf>. Acesso em 10 out 2016.

_____. Subjetividade, trabalho e ação. **Revista Produção**, v. 14, nº 3, p. 027-034, Set./Dez. 2004, p. 27-34.

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

DELGADO, Maurício Godinho. **Contrato de Trabalho: Caracterização, Distinções, Efeitos.** – São Paulo, LTr, 2013.

_____. **Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução-** São Paulo: LTr, 2006.

_____. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2013.

DURHAN, Eunice Ribeiro. **A autonomia universitária: o princípio constitucional e suas implicações.**, p. 3. NUPES - Núcleo de Pesquisas sobre Ensino Superior Universidade de São Paulo e Departamento de Antropologia – FFLCH. Disponível em: <<http://nupps.usp.br/downloads/docs/dt8909.pdf>>. Acesso em: 07 jul 2016.

DURKHEIM, Emile. **As formas elementares da vida religiosa: O sistema totêmico na Austrália.** Trad. Paulo Neves. São Paulo. Martins Fontes, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito civil.** Vol. 1, Saraiva: São Paulo. 2011.

DUSSEL, Enrique. **16 Tesis de economia política: interpretación filosófica.** México, Siglo XXI Editores, 2014.

EBERLE, Simone A Capacidade entre o Fato e o Direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006.

ESPANHA, Antonio. **Introduzione alla storia del diritto europeo.** Bologna: Il Mulino, 1999.

FABRO, Roni Edson; BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Constitucionalização da Autonomia da Vontade como Expressão do Direito Fundamental de Liberdade no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista UNOESC (Mestrado)**, 2014.

FACHIN, Antonio Zulmar. **A proteção jurídica da imagem**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

_____. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro, São Paulo: Ed. Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVAL, Nelson. **Direito civil: Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERNANDÉZ SESSAREGO, Carlos. Daño al proyecto de vida. **Revista de Derecho PUCP**, .n. 50, p. 47-97. Lima, 1996. Disponível em: <http://www.academia.edu/10165354/DIREITO_AO_LIVRE_DESENVOLVIMENTO_DA_PERSONALIDADE_%C3%82MBITO_DE_PROTE%C3%87%C3%83O_E_RECONHECIMENTO_COMO_DIREITO_FUNDAMENTAL_AT%C3%8DPICO> Acesso em 20 jul 2016.

FINGER, Júlio César. Constituição e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do Direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **A Constituição Concretizada: Construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FOUCAULT, Michel. **A microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado, Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

FREUD, Sigmund. **O futuro de uma ilusão**, ES, XXI, Rio de Janeiro: Ed. Imago, 1969.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA F., Rodolfo. **Novo Curso de Direito civil: Contratos**. v. 4. t. 1. São Paulo: Saraiva, 2005.

GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org.). **Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GEDIEL, José Antônio Peres; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. “Dos Códigos às Constituições: os direitos fundamentais da personalidade”. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Direito Privado e Constituição – Ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio**. Curitiba: Juruá, 2009.

GIAMPICOLA, Giorgio. **La Tutela giuridica de lla persona umana e il cd. diritto alla riservatezza**. Apud.: TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da

Personalidade do Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. *In*: Temas de Direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GONÇALVES, Emilio. **O poder regulamentar do empregador**: o regulamento do pessoal na empresa. São Paulo: LTr, 1997.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

_____. **Contrato de Trabalho**: Caracterização, Distinções, Efeitos. São Paulo, LTr, 1999.

HACHEN, Daniel Wunder, **A maximização dos Direitos Fundamentais Econômicos e Sociais pela via Administrativa e a Promoção do Desenvolvimento**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, janeiro/junho de 2013, p. 340-400.

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

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética & direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2007.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HINKELAMMERT, Franz. Mercado versus direitos humanos. Trad. Euclides Luiz Calloni. São Paulo: Paulus, 2014.

HINKELAMMERT, Franz J. e MORA, Henry M. Hacia una economia para la vida. San José, Costa Rica, DEI, 2005.

HONNETH, Axel, **Trabalho e reconhecimento**: Tentativa de uma redefinição. Civitas – Revista de Ciências Sociais, v. 8, n. 1, jan.-abr. 2008, pp. 46-67.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Armenio Amado, 1984.

KENNEDY, Duncan. ***A Left Phenomenological Critique of the Hart / Kelsen Theory of Legal Interpretation***. p.157-173. Disponível em: duncankennedy.net. Acesso em 11 mar 2015.

KIRSTE, Stephan. **Autonomia e Direito à autolesão**. Para uma crítica do Paternalismo, Tradução do alemão por Marcos Augusto Maliska e Felipe Bley Folly, *In*: Direitos Fundamentais e Democracia 14.1, 2013, p. 73-86.

_____. **Introdução à Filosofia do Direito**. Trad. Paula Nasser, Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **O Direito Humano Fundamental à Democracia**, traduzido por Marcos Augusto Maliska, Rev. Direitos Fundamentais e Democracia, v. 20, nº 20, p. 5-38, jul./dez. 2016.

LANCMAN, S. **O mundo do trabalho e a psicodinâmica do trabalho**. In: LANCMAN, S.; SZNELWAR, L. I. (Org.). Christophe Dejours: da psicopatologia à psicodinâmica do trabalho. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008.

Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. DEUTSCHER BUNDESTAG, Trad. Aachen Assis Mendonça, Janeiro de 2011. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 1 mai 2017.

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. São Paulo: Conceito, 2011.

LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no Direito Privado brasileiro. In: Judith Martins-Costa. (Org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p 277.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de Expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MAGANO, Octavio Bueno, **Primeiras lições de direito do trabalho**. 3ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

MALISKA, Marcos Augusto. **Reflexões sobre a constitucionalização do direito do trabalho**. In: GUNTHER, Luiz Eduardo. MANDALOZZO, Silvana Souza Netto (coord.). 25 anos da Constituição e o direito do trabalho. Curitiba: Juruá, 2013.

MACKINNON, Catharine A., **Crímenes de guerra, Crímenes de paz**. De los derechos humanos: las conferencias de Oxford *Amnestyde 1993*, 83-109 (Stephen Hurley & Susan Shute, Trotta, Madrid, 1998).

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MARTINS, Márcio. **Psico do Reconhecimento no Trabalho de Informática de Terceirizados e Concursados de uma Instituição Pública**, Universidade de Brasília - UnB Instituto de Psicologia Departamento de Psicologia Social, do Trabalho e das Organizações. Disponível em < http://lpct.com.br/wp-content/uploads/2012/11/9-2012_M%C3%A1rcioMartins.pdf>. Acesso em 01 jun 2016.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MILL, John Stuart, **Sobre la Libertad**. Tradução de Josefa Sain Pulido, Madrid: Aguilar, 1974.

MINARDI, Fabio Freitas, Dignidade da Pessoa Humana e a aplicação da Teoria da Eficácia Horizontal, *In Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v.8, 2008, v. 4, n 4, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Felipe Arady, O Direito Fundamental ao Livre Desenvolvimento da Personalidade, **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, ano 2, nº 10, 11175-11211, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros, **Curso de Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAES FILHO, Evaristo de. **O Direito ao trabalho**. *In Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, 11-16 ago. 1974, Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Asgráfica, 1974,

MORAES, Walter. **Concepção tomista de pessoa**: um contributo para a teoria do direito da personalidade. V. 73, nº 590, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MOREIRA, Rodrigo Pereira. **Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade - Proteção e Promoção da Pessoa Humana**. Curitiba: Juruá, 2016.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Isonomia**: Implicações Recíprocas. Paulo Gustavo Gonet Branco e Janete Ricken de Barros (Org). Brasília: IDP, 2014, Disponível em <<http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks> 86>. Acesso em 01 mai 2017.

MUNOZ, Jaime Rodríguez-Arana. El interés general como categoría central de la actuación de las administraciones públicas. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. (Org.) **Direito administrativo e interesse público**. Belo Horizonte: Forum, 2010.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2014.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: RT, 2005.

NUNES, Sérgio Iglesias de. **Responsabilidade civil por danos à personalidade**. Barueri, SP: Manole, 2002.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. **O dano pessoa no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 22 nov 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 8 mai 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito civil: Contratos**. Vol. III. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 20.

PEREIRA, Ana L. P. **A atividade política da jurisdição constitucional brasileira**: algumas dimensões. In: CLÈVE, Clèmerson M.. Constituição, Democracia e Justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Por que o direito se interessa pela psicanálise?** Texto publicado em 20/04/2012 no Portal de E- Governo, Inclusão digital e sociedade do conhecimento. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/por-que-o-direito-se-interessa-pela-psican%C3%A1lise>, acesso em: 26 Jan 2016.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito civil**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. O abuso do direito e as relações contratuais: primeiras aproximações. In: **Cadernos da Escola de Direitos e Relações Internacionais da Faculdade do Brasil**, vº 1, nº1, 2002. Disponível em <<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/37>>, Acesso em 10 jul 2015.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2007

PINTO, Paulo Mota, O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Portugal-Brasil ano 2000, Coimbra Editora, 2000.

PIOVESAN, Flávia; **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 11ª ed., 2010.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho e proteção dos direitos sociais no plano internacional e constitucional. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana de Paula Vaz (coord.). **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.

POLANY, Karl. **A Grande Transformação**: As origens da nossa época, Elsevier, Campus, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Bookseller, tomo 7, 2000.

RAMOS FILHO, Wilson. **Direito Capitalista do Trabalho**: história, mitos e perspectivas no Brasil. São Paulo: LTR, 2012, p.92.

REALE, Miguel. **Os Direitos da Personalidade**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em: 1 ago 2016.

_____. **O Projeto do Novo Código Civil**. São Paulo, Saraiva, 1999.

RODRIGUES, Ivana Bonesi. Responsabilidade civil por danos causados ao direito da personalidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, n.º 09, jan./mar., 2002.

RIVERO ROJAS, Gloria. **La libertad de expresión del trabajador**. Madrid: Trotta, 1991.

SANTOS JUNIOR, Cristovam Aloisio. **Liberdade Religiosa e contrato de trabalho**: A dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho. Niteroi: Editora Impetus, 2013.

SANCHEZ RUBIO, David. Derechos humanos, producción y reproducción de la vida humana y trabajo vivo. **Revista de investigaciones Jurídicas**. México, D. F., Escola Livre de Derecho, 2000, n. 24, p. 567-595.

SANTI, Romano. **O Ordenamento Jurídico**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Constituição, **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Liberdade religiosa e dever de neutralidade estatal na Constituição Federal de 1988, **Revista Consultor Jurídico**, julho de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-10/direitos-fundamentais-liberdade-religiosa-dever-neutralidade-estatal-constituicao-federal-1988>>. Acesso em: 10 set 2015.

_____. Notas acerca da liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988. **Revista DIREITO UFMS**, Campo Grande, MS - Edição Especial - p. 87 - 102 - jan./jun. 2015.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. A Liberdade de Expressão e o Problema do 'Hate Speech'. RDE. **Revista de Direito do Estado**, v. 4, p. 53-106, 2006.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. RDE. **Revista de Direito do Estado**, v. 8, p. 75-90, 2007.

_____. **Notas acerca da liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988**. Revista DIREITO UFMS, Campo Grande, MS - Edição Especial - p. 87 - 102 - jan./jun. 2015. Disponível em < <http://oaji.net/articles/2016/3528-1469497017.pdf>>. Acesso em 01 Nov 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHIER, Adriana da Costa. **Administração Pública: Apontamentos sobre os Modelos de Gestão Tendências Atuais**, In: Edgar Guimarães. (Org.). Cenários do Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2004, v. 01, p. 21-55.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Leda Maria Messias da. Poder diretivo do empregador, emprego decente e direitos da personalidade. **Revista Jurídica CESUMAR Mestrado**, Maringá, v.6, n.1, p.271, dez. 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito** - os direitos fundamentais nas relações entre particulares, São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. Direitos fundamentais e relações entre particulares. **Revista Direito GV**, v. 1, p. 173-180, 2005

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral da personalidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **ARE nº 718.266**. Rel. Ministra Carmen Lúcia. DJ: 10.03.2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Plenário. **RE nº 511.961-1/SP**. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ: 17/06/2009, maioria.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **RE nº 718.266**. DJ:10/03/2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Plenário. Representação n.º 930/DF. Rel. Min. Rodrigues Alckmin, DJ: 05/05/1976, maioria.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **STF nega Habeas Corpus a editor de livros condenado por racismo contra judeus**. Notícias STF, quarta 17 de setembro de 2003. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291>>.
Acesso em: 18 jun 2016.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: RT, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade do Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. **Temas de Direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo, BARBOSA, Heloisa Helena, MORAIS, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Revonar, 2004.

TOMASCEVICIUS FILHO, Eduardo. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. **Estud. Av. USP**, vol. 30 nº 86, São Paulo Jan./Apr. 2016. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000100269#fn01>. Acesso em 08.01.2017.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO, 9ª REGIÃO (TRT 9R). **Processo nº. 1409100-39.2004.5.09.0014**. Desembargador Relator: Ana Carolina Zaina, 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, DJ: 09/03/2010.

UNNA, Carlos de Buen, Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. La extinción de la relación de trabajo. UNAM – Universidad Nacional Autónoma del México. Série G: **Estudios Doctrinales**, n. 188: 1997. Disponível

em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=139>>, Acesso em 10 Dez 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, v. 1, 2005.

WAMBIER, Thereza Arruda Alvim. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WANDELLI, Leonardo Vieira, **O direito humano e fundamental ao trabalho – Fundamentação e exigibilidade**. São Paulo: LTR, 2012.

_____. **Despedida Abusiva: O Direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade**. São Paulo: LTr, 2004

_____. Da psicodinâmica do trabalho ao direito fundamental ao conteúdo do próprio trabalho e ao meio ambiente organizacional saudável, *Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria*, v. 10, n.1, 2015. Disponível em: <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs2.2/index.php/revistadireito/article/view/19239/pdf#.VtX1rJwrLIV>. Acesso em 27-02-2015.

_____. A reconstrução Normativa do Direito Fundamental ao Trabalho. **Revista TST**, Brasília, vol. 79, nº 4, out/dez 2013. Disponível em: <https://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/55989/006_wandelli.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10-ago-2016.

_____. Da psicodinâmica do trabalho ao direito fundamental ao conteúdo do próprio trabalho e ao meio ambiente organizacional saudável, **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria**, v. 10, n.1, 2015. Disponível em <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs2.2/index.php/revistadireito/article/view/19239/pdf#.VtX1rJwrLIV>>. Acesso em 27 fev 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 1999.