

## VOTO

### SÍNTESE DO VOTO

1. O presente voto, ao dispor dos eminentes pares e das partes na íntegra, expressa fundamentação nos termos do inciso IX do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil, e se contém em aproximadamente 18 páginas. A síntese e a conclusão podem ser apresentadas, sem prejuízo da explicitação no voto contida, à luz do procedimento que se fundamenta nos termos do insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, em cuja abrangência se insere a celeridade de julgamento, mediante sucinta formulação que tem em conta as seguintes premissas e arremate:

#### 1.1. Premissas

*Primeira* : Em leis que envolvam mais de um tema, os conflitos formais de competência federativa devem ser solucionados reconhecendo deferência à competência legislativa concorrente e comum de Estados e Municípios. Há, pois, uma presunção a favor de suas competências.

*Segunda* : Não se deve confundir a maior proximidade do governo, que naturalmente ocorre nos municípios, com mais democracia, pois a Constituição é também um contraponto à captura do governo local pelas oligarquias regionais. O federalismo é um instrumento de descentralização política não para simplesmente distribuir poder político, mas para realizar direitos fundamentais.

*Terceira* : A presunção a favor da competência de Estados e Municípios somente cede quando a lei federal ou estadual nitidamente indicar, de forma adequada, necessária e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores. Mesmo eventual conveniência na harmonização de um determinado tema afeto à competência concorrente ou comum dos entes da federação exige lei em sentido estrito

*Quarta*: Não é dado ao julgador presumir que o exercício da competência pelo legislativo de um ente federativo tenha sido feito de forma inconstitucional. É o legislador, não o juiz, quem deve decidir pela conveniência da harmonização das normas da federação.

*Quinta* : A proibição para a realização de revistas íntimas dentro do local de trabalho dimana da própria Constituição, razão pela qual a competência para proibi-la é comum a União, Estados e Municípios.

*Sexta* : A fim de garantir a inserção da mulher no mercado de trabalho, a Lei Federal 13.271/2016 proibiu a revista íntima de funcionárias nos locais de trabalho, sem dispor sobre a possibilidade de Estados e Municípios disciplinarem o tema. Assim, é possível que o legislador estadual, com fundamento no art. 23, I, da CRFB, complemente a legislação federal, para explicitar proibição de conduta vexatória e atentatória a direitos fundamentais.

1.2. **Base constitucional** : o direito à dignidade (art. 1º, III, da CRFB), o pluralismo político (art. 1º, V, da CRFB); o direito à igualdade (art. 5º, *caput* , da CRFB) e o federalismo (arts. 21 a 24 e 30 da CRFB).

1.3. **Base doutrinária** . O voto se assenta no pensamento de diversos autores nele citados; mencionam-se aqui especialmente os seguintes: Luís Roberto Barroso, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Sarlet.

1.4. **Base em precedentes**. o voto se estriba em precedentes que formam jurisprudência deste Tribunal e do Tribunal Superior do Trabalho. Citam-se, em particular, os seguintes: a Súmula Vinculante 13; ADC 41, Rel. Min. Roberto Barroso; Recurso de Revista 1646-85; e Recurso de Revista 90340-49.

1.5. **Conclusão do voto** : Ante o exposto, declaro a constitucionalidade formal do texto da Lei do Estado do Rio Grande do Sul 12.258, de 22 de abril de 2005, razão pela qual julgo improcedente a presente ação direta.

**O Senhor Ministro Edson Fachin (Relator)**: Registro, inicialmente, a plena cognoscibilidade da presente ação direta. A parte requerente é legitimada para a propositura da ação de controle de constitucionalidade, nos termos do art. 103, V, da Constituição Federal. O objeto é lei estadual e, portanto, amolda-se às hipóteses que autorizam o ajuizamento das ações diretas.

No mérito, porém, não assiste razão jurídica ao requerente.

A inconstitucionalidade arguida na presente ação direta é de natureza formal, por usurpação de competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho.

Em oposição a esse posicionamento, ao defender a constitucionalidade da norma objeto da presente ação, a Assembleia Legislativa e o Governador do Estado sustentam que ela visa à adoção de mecanismos para a garantia das normas constitucionais, matéria afeta às competências comuns dos estados e municípios.

Em outras oportunidades (ADI 5.356 e ADPF 109), sustentei que a tradicional compreensão do federalismo brasileiro, que busca solucionar os conflitos de competência apenas a partir da ótica da prevalência de interesses, não apresenta solução satisfatória particularmente para os casos em que a dúvida sobre o exercício da competência legislativa decorre de atos normativos que podem versar sobre diferentes temas.

Nesses casos, há uma multidisciplinariedade, isto é, “a lei editada por uma entidade política remete simultaneamente às categorias prevista em duas ou mais regras de competência, algumas permitidas e outras proibidas àquela entidade política” (como bem descreveu Tiago Magalhães Pires, em trabalho já citado pelo e. Ministro Luís Roberto Barroso).

Normas multidisciplinares são, pois, as que possuem mais de uma causa que justifica o exercício das competências legislativas dos entes da federação, ou seja, há mais de um ente autorizado a dispor sobre aspectos de um mesmo tema.

A solução, em tais hipóteses, não pode fugir do conhecido cânone de interpretação segundo o qual deve-se privilegiar a interpretação que conduza à constitucionalidade da lei impugnada, sob pena de se presumir conduta inconstitucional do legislador, afinal “não se deve pressupor que legislador haja querido dispor em sentido contrário à Constituição; ao contrário, as normas infraconstitucionais surgem com a presunção de constitucionalidade” (MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 97).

Essa presunção de constitucionalidade, vivificada pelo valor atribuído pela Constituição Federal ao federalismo, pode ser desdobrada em três diretrizes de interpretação: (i) é preciso minimizar os confrontos diretos entre os entes políticos; (ii) é preciso equilibrar o valor das regras de competência material, equiparando-as as da competência concorrente; e (iii) é preciso aprimorar o valor da representação política dos Estados no Congresso, especialmente o peso processual da inércia legislativa.

Nesse sentido, o cânone da presunção de constitucionalidade desdobra-se no que a jurisprudência norte-americana chama de uma presunção a

favor da competência dos entes menores da federação ( *presumption against pre-emption* ).

Assim, é preciso reconhecer, no âmbito da repartição constitucional de competências federativas, que o Município, desde que possua competência para matéria, detém primazia sobre os temas de interesse local, nos termos do disposto no art. 30, I, da CRFB. De igual modo, Estados e União detêm competência sobre os temas de seus respectivos interesses, regionais e nacionais, nos termos dos parágrafos do art. 24 da CRFB e também do art. 21 da Carta.

Em casos de conflitos sobre a competência federativa de leis que detêm natureza multidisciplinar é preciso examinar se o ente que detém a competência privativa e exclusiva sobre determinada matéria afastou a possibilidade de outros entes sobre ela se manifestarem quando o mesmo tema foi passível de mais de um enfoque.

Dessa maneira, é possível equacionar a presunção de constitucionalidade das leis estaduais e municipais com a harmonização nacional feita pela União em outras matérias. Seria possível vislumbrar, assim, um princípio da subsidiariedade no direito brasileiro consistente em reconhecer a preferência pelo direito nacional, desde que a União tenha efetivamente legislado e afastado a competência dos demais entes sobre o assunto. Ao tempo em que reconhece a presunção a favor da competência dos Estados e Municípios, garantida a descentralização política erigida à cláusula pétrea pela Constituição Federal, essa solução tem ainda a vantagem de permitir que a União, por meio do exercício de seu Poder Legislativo, harmonize, caso entenda desejável, as mais diversas e plurais situações jurídicas. O Poder Judiciário, por sua vez, deve abster-se de optar pela federalização dos temas, se não houver norma expressa da União a respeito.

Se é certo que tal solução permite maior participação dos cidadãos na produção de decisões coletivas vinculantes, não se deve confundir, por evidente, a maior proximidade do governo, que naturalmente ocorre nos municípios, com mais democracia. A Constituição é também um contraponto à captura do governo local pelas oligarquias. É precisamente aqui que reside a fonte material de competência dos demais entes federativos: desde que favoreça a realização material de direitos constitucionalmente garantidos, pode a União, ou os Estados, nas suas respectivas competências, dispor sobre as matérias que afetam o interesse local. O federalismo torna-se, portanto, um instrumento de descentralização

política, não para simplesmente distribuir poder político, mas para realizar direitos fundamentais.

Assim, seria possível superar o conteúdo meramente formal do princípio e reconhecer um aspecto material: apenas quando a lei federal ou estadual nitidamente indicar, de forma adequada, necessária e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores ( *clear statement rule* ), seria possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente maior.

Em síntese, a doutrina da preempção é, pois, a que melhor se ajusta à exigência da presunção de constitucionalidade das normas feitas pelos demais entes da federação. Como adverte Ernest A. Young:

“Essa doutrina têm empregado regras de interpretação de leis – a tradicional presunção contra a preempção – ao invés de limites rígidos à autoridade do Congresso. Por essa razão, sua aplicação dá ao Congresso a palavra final e minimiza a confrontação direta. Além disso, a doutrina da preempção não tem aplicada categorias materiais ou valores de políticas públicas que falharam no passado. Regras claramente estabelecidas ( *clear statement rules* ) sinalizam o fortalecimento da representação política e o aumento dos custos para a contornar as regras procedimentais de ação federal. Mais importante, a doutrina da preempção permite que o Poder Judiciário se concentre naquilo que pode fazer de melhor: proteger a autonomia regulatória dos Estados.”

(YOUNG, Ernest A. *Federal Preemption and State Autonomy* . In: EPSTEIN, Richard A. e GREVE, Michael S. *Federal Preemption. States' Powers, National Interests* . Washington: The AEI Press, 2007, p. 254, tradução livre).

Frise-se: eventual conveniência na harmonização de um determinado tema afeto à competência concorrente ou comum dos entes da federação exige lei em sentido estrito editada pela União. Não é dado ao julgador presumir que o exercício da competência pelo legislativo tenha sido feito de forma inconstitucional. Por isso, apenas quando houver norma que indique nitidamente o óbice para o exercício da competência dos demais entes, é que há espaço para a atuação do Judiciário. Noutras palavras, à míngua de norma editada pelo ente com competência exclusiva, não pode o Poder

Judiciário afastar a presunção de constitucionalidade da norma estadual ou municipal editada com fundamento na competência concorrente ou comum.

A *questio iuris* dos autos consiste em saber se o legislador estadual, ao dispor sobre a proibição de revista íntima de funcionários de ambos os sexos em todos os estabelecimentos industriais, comerciais e de serviços com sede ou filiais no Estado do Rio Grande do Sul, invadiu competência constitucionalmente reservada à União para legislar sobre as relações de trabalho. Para responder a essa questão é preciso averiguar (i) se o Estado efetivamente detém competência sobre essa matéria; e (ii) se há norma federal que o impeça de legislar a respeito.

Posta a controvérsia nesses termos, surge inegável dificuldade de se resolver a lide. Isso porque, além das considerações específicas sobre os argumentos trazidos pelo Autor desta ação, que envolve repartição constitucional de competências, é preciso chamar a atenção para uma premissa da discussão dos autos: **não se está diante de uma legislação exclusivamente regulamentadora de direito do trabalho, mas de uma legislação regulamentadora de princípios e direitos fundamentais, protetiva da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da imagem das pessoas, bem como contrária à discriminação de gênero.**

Tem-se plena ciência de que os casos anteriores já julgados por esta Corte (ADI-MC 953, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento 8.10.1993; ADI 953, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento 19.3.2003; ADI 2.947, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento 5.3.2002) são de fato semelhantes ao que ora se submete à análise desta Corte. Entretanto, as soluções que decorrem da interpretação dada pelo Requerente e pelas decisões anteriores desta Corte sobre o tema, com a devida vênia, parecem não ser suficientes para esse exame.

É tempo de sintonia com a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da igualdade de gênero (art. 5º, I) e da inviolabilidade da intimidade (art. 5º, X). O princípio da dignidade da pessoa humana é amplamente defendido como fundamento da República Federativa do Brasil no artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988. Já o artigo 3º, IV, institui, como um dos objetivos fundamentais da República a promoção do o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Inaugurando o rol de direitos e garantias fundamentais, o artigo 5º prevê que “*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” e o inciso I, reafirmando tal igualdade, decreta que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.*

Em sede doutrinária, Ingo Wolfgang Sarlet propõe um conceito multidimensional, aberto e inclusivo de dignidade da pessoa humana. Para o autor, trata-se da *“qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.”* (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988* . 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.70/71).

A igualdade entre homem e mulher, à luz do postulado maior da não discriminação, necessariamente dialoga, entre outros, com o disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigos 2º, 1, e 26), abaixo transcritos:

*"ARTIGO 2º*

*1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, **sexo**, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.*

*ARTIGO 26*

*Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz **contra qualquer discriminação** por motivo de raça, cor, **sexo**, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação"*

Por fim, o princípio da igualdade encontra-se vinculado à obrigatoriedade da redução das desigualdades. Por isso, o Estado deve, além de se abster de discriminar e proibir a discriminação, atuar positivamente para obter tal redução, visto que a mera vedação de tratamentos discriminatórios não garante a realização dos objetivos fundamentais da República constitucionalmente definidos.

Assim sendo, importante se faz chamar a atenção, no presente caso, para o conteúdo da norma cuja inconstitucionalidade se alega com fundamento na competência exclusiva da União para legislar sobre direito do trabalho (art. 22, I, da Constituição Federal).

Como informam o Governador do Estado e a Assembleia Legislativa, a norma impugnada tem conteúdo que vai muito além da regulamentação do direito do trabalho, pois se apresenta como concretização dos direitos fundamentais à inviolabilidade, à intimidade, à não discriminação de gênero, além do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e como tal deve ser analisada.

De fato, os direitos e as garantias fundamentais possuem amplitude tal que alcançam os trabalhadores e se projetam sobre os vínculos existentes entre patrões e empregados, de modo que se torna imperiosa a conciliação entre o legítimo interesse do empregador em defender seu patrimônio com o respeito à dignidade, à intimidade e à igualdade entre os empregados. Desse modo, apesar da legislação impugnada dispor acerca de uma proibição no âmbito de estabelecimentos industriais, comerciais e de serviços, seu teor, sua essência e seu conteúdo extrapolam irremediavelmente as relações trabalhistas. É possível, portanto, que o legislador concorrente e comum legislem sobre o tema.

Registre-se que o exercício dessa competência pelos entes da federação deve ser admitido sempre que, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a norma impositiva decorra diretamente da Constituição.

É assim, por exemplo, com a proibição do nepotismo, tema da Súmula Vinculante 13 deste Tribunal, ou com a possibilidade de adoção de cotas para o ingresso, por concurso público, nos quadros das administrações de Estados e Municípios, conforme decisão na ADC 41, Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário, DJe 16.08.2017. Na matéria sob exame nesta ação direta, há também manifestações do Tribunal Superior do Trabalho, reconhecendo a ilegalidade da prática, como adiante se apontará.

Superada a análise acerca da competência, cumpre confrontar a legislação estadual impugnada em face do ordenamento federal.

No caso dos autos, a proteção à dignidade da pessoa humana, à igualdade entre gêneros e à inviolabilidade da intimidade (art. 1º, III e art. 5º, I e X, da Constituição da República) está densificada pela norma estadual ora impugnada (Lei 12.258/2005 do Estado do Rio Grande do Sul), conforme seu artigo 1º:

*“Art. 1º - Fica proibida, em todos os estabelecimentos industriais, comerciais e de serviços com sede ou filiais no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a prática de revista íntima nos funcionários.*

*Parágrafo único - A revista íntima de que trata o ‘caput’ deste artigo, engloba, além do despimento coercitivo, todo e qualquer ato de molestamento físico que exponha o corpo dos funcionários.”*

O conteúdo da referida norma demonstra a verticalização da proteção já existente tanto na Lei Federal 9.799/1999, que inseriu o art. 373-A na Consolidação das Leis do Trabalho, quanto na Lei Federal nº 13.271/2016. Vejamos:

#### **Lei Federal 9.799/1999**

*Art. 1º A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com as seguintes alterações:*

#### *SEÇÃO I*

*Da Duração, Condições do Trabalho e da Discriminação contra a Mulher*

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

*I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;*

*II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;*

*III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;*

IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

**VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.**

*Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher."*

#### **Lei Federal 13.271/2016**

*Dispõe sobre a proibição de revista íntima de funcionárias nos locais de trabalho e trata da revista íntima em ambientes prisionais.*

**Art. 1º As empresas privadas, os órgãos e entidades da administração pública, direta e indireta, ficam proibidos de adotar qualquer prática de revista íntima de suas funcionárias e de clientes do sexo feminino.**

*Art. 2º Pelo não cumprimento do art. 1º, ficam os infratores sujeitos a:*

*I - multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) ao empregador, revertidos aos órgãos de proteção dos direitos da mulher;*

*II - multa em dobro do valor estipulado no inciso I, em caso de reincidência, independentemente da indenização por danos morais e materiais e sanções de ordem penal.*

*Art. 3º (VETADO).*

*Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.*

Observa-se que tanto a Lei 9.799/1999 quanto a Lei 13.271/2016 tratam da revista íntima no âmbito de um conjunto normativo de políticas públicas direcionadas à não discriminação da mulher no mercado de trabalho. Tanto é assim que na justificativa apresentada pela Deputada Alice Portugal no Projeto de Lei 583/2007 que deu origem à Lei 13.271/16 restou consignado que *"O acesso da mulher ao mercado de trabalho e sua permanência nele é um dos meios mais importantes para exercer a igualdade e respeitos conquistados e consagrados na Constituição brasileira. Portanto, o objetivo que temos ao rerepresentar este Projeto de Lei, originalmente de autoria da ex deputada Jandira Feghali, é garantir e assegurar à mulher o direito ao trabalho sem ter sucessivamente sua intimidade violada"*.

Verifica-se, portanto, que as disposições normativas ora impugnadas não são redundantes, nem despiciendas em relação às legislações federais regulamentadoras da proteção contra a discriminação da mulher no mercado de trabalho (Leis Federais 9.799/1999 e 13.271/2016).

A legislação impugnada, com base na competência comum atribuída aos entes federados para zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas (art. 23, I, CRFB), e em atenção aos princípios constitucionais da proteção insuficiente dos direitos fundamentais e da igualdade entre homens e mulheres, apenas estendeu aos trabalhadores e funcionários do sexo masculino a proibição de revista íntima que, pelas normas federais, direciona-se apenas às mulheres.

A Constituição dirigente, que não esgota em si mesma o seu conteúdo direcional, é também política. Ela só se realiza plenamente através da atuação do Poder Legislativo (produção de leis) e do Poder Executivo (criação e execução de políticas públicas). Mas, ao Poder Judiciário cabe justamente guardar e garantir os direitos fundamentais, os quais devem estar subjacentes às leis e às políticas públicas. E quando estas são insuficientes, como se verifica claramente no presente caso, é dever do Poder Judiciário atuar para que essas políticas públicas cumpram com o seu desiderato e satisfaçam um direito tido como pressuposto para qualquer existência digna e sadia.

Comunga-se da ideia de que é preciso manter uma íntima ligação entre a Constituição e as circunstâncias sociais que se mantêm em constante mutação. A dinâmica social exige um acompanhamento contínuo e incessante do Texto Constitucional, sob pena de o texto positivado não mais refletir os valores e princípios fundamentais adotados pela sociedade destinatária.

Em que pese o caráter restritivo das legislações federais acerca do tema, importante frisar que a jurisprudência já vem estendendo aos homens a proibição de revista íntima, de modo que o teor da legislação impugnada vai ao encontro do entendimento dos Tribunais. Vejamos:

*RECURSO DE REVISTA. REVISTA EM BOLSAS E SACOLAS DO EMPREGADO. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. Não se olvida que o poder empregatício engloba o poder fiscalizatório (ou poder de controle), entendido este como o conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de*

trabalho e a própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno. Medidas como o controle de portaria, as revistas, o circuito interno de televisão, o controle de horário e frequência e outras providências correlatas são manifestações do poder de controle. Por outro lado, tal poder empresarial não é dotado de caráter absoluto, na medida em que há em nosso ordenamento jurídico uma série de princípios limitadores da atuação do controle empregatício. Nesse sentido, é inquestionável que a Carta Magna de 1988 rejeitou condutas fiscalizatórias que agridam a liberdade e dignidade básicas da pessoa física do trabalhador, que se chocam, frontalmente, com os princípios constitucionais tendentes a assegurar um Estado Democrático de Direito e outras regras impositivas inseridas na Constituição, tais como a da -inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade- (art. 5º, caput), a de que -ninguém será submetido (...) a tratamento desumano e degradante- (art. 5º, III) e a regra geral que declara -invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem da pessoa, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação- (art. 5º, X). Todas essas regras criam uma fronteira inegável ao exercício das funções fiscalizatórias no contexto empregatício, colocando na ilegalidade medidas que venham cercear a liberdade, a dignidade e a intimidade do trabalhador. **Há, mesmo na lei, proibição de revistas íntimas a trabalhadoras - regra que, evidentemente, no que for equânime, também se estende aos empregados, por força do art. 5º, I, CF/88 (Art. 373-A, VII, CLT).** Nesse contexto, e sob uma interpretação sistemática e razoável dos preceitos legais e constitucionais aplicáveis à hipótese, a revista diária em bolsas e sacolas, por se tratar de exposição contínua do empregado a situação constrangedora no ambiente de trabalho - que limita sua liberdade e agride sua dignidade, intimidade e imagem -, caracteriza, por si só, a extrapolação daqueles limites impostos ao poder fiscalizatório empresarial, mormente quando o empregador possui outras formas de, no caso concreto, proteger seu patrimônio contra possíveis violações. Nesse sentido, as empresas, como a Reclamada, têm plenas condições de utilizar outros instrumentos eficazes de controle de seus produtos, como câmeras de filmagens e etiquetas magnéticas. Tais procedimentos inibem e evitam a violação do patrimônio da empresa e, ao mesmo tempo, preservam a honra e a imagem do trabalhador. No caso dos autos, conforme consignado no acórdão regional, a realização de revista nas bolsas, mochilas e sacolas dos empregados é incontroversa. Assim, ainda que não tenha havido contato físico, a revista nos pertences do Obreiro implicou exposição indevida da sua intimidade, razão pela qual ele faz jus a uma indenização por danos morais. Quanto ao valor arbitrado a título de indenização por danos morais (R\$ 5.000,00), de fato, o TRT pautou-se em parâmetros

*compatíveis, levando em consideração a intensidade do sofrimento da vítima, a gravidade da lesão, o grau de culpa do ofensor e a sua condição econômica, o não enriquecimento indevido do ofendido e o caráter pedagógico da medida. Recurso de revista não conhecido)." (TST - RR: 16468520115190008, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 06/08/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/08/2014, Grifei).*

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI Nº 11.496/2007. REVISTA ÍNTIMA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO.

1.1. A CLT consagra o poder diretivo do empregador (art. 2º), que se manifesta por meio do controle, vigilância e fiscalização dos seus empregados. Tal poder encontra limites também legalmente traçados. Ninguém pode tudo. Os poderes de qualquer indivíduo, de qualquer instituição, para além do que trace o ordenamento, estão limitados não só pelo que podem os outros indivíduos e instituições, mas, ainda, pelo que, legitimamente, podem exigir na defesa de seus patrimônios jurídicos.

A Constituição da República (arts. 1º, inciso III, e 5º, -caput- e incisos III e X) tutela a privacidade e a honra, coibindo práticas que ofendam a dignidade da pessoa humana e constituam tratamento degradante. **O art. 373-A, inciso VI, da CLT, por seu turno, traz vedação expressa à revista íntima - embora dirigido às mulheres empregadas, é passível de aplicação aos empregados em geral, em face do princípio da igualdade também assegurado pelo Texto Maior.**

Ao assumir os riscos de seu empreendimento (CLT, art. 2º), o empregador toma a si a obrigação de adotar providências que garantam a segurança de seu patrimônio, iniciativa que encontrará larga resposta por parte da tecnologia moderna.

Não há nada e nenhuma norma que autorize o empregador ou seus prepostos a obrigar empregados ao desnudamento para revistas.

Não há revista íntima razoável. O ato em si constitui abuso de direito e, diante do regramento constitucional, é ilícito. O direito de propriedade não se estende a ponto de permitir ao empregador dispor da intimidade de seus empregados, submetendo-os, cruelmente, a humilhações, às quais se curvam pela necessidade de conservação do emprego. Não é razoável tolerar-se a recusa a valor tão básico, cuja reiteração, por certo, redundaria em rigorosa modificação do espírito e em irrecusável sofrimento para o trabalhador.

Pergunta-se como reagiriam empregador, seus prepostos e, ainda, aqueles que sustentam tal comportamento, acaso submetidos a diárias revistas íntimas. Não se crê que, então, sustentassem-nas com tal vigor.

São inapreensíveis por outrem os direitos pessoais à preservação da dignidade, intimidade, privacidade e honra.

Infligindo dano moral, obriga-se o empregador à indenização correspondente (CF, art. 5º, V). Recurso de embargos conhecido e desprovido." (E-ED-RR - 90340-49.2007.5.05.0464 , Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 21/2 /2013, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 1/3/2013, Grifei)

No mesmo sentido é o Enunciado nº 15 aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. Vejamos:

15. REVISTA DE EMPREGADO.

I – REVISTA – ILICITUDE. Toda e qualquer revista, íntima ou não, promovida pelo empregador ou seus prepostos em seus empregados e/ou em seus pertences, é ilegal, por ofensa aos direitos fundamentais da dignidade e intimidade do trabalhador.

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

Em concreto, tem-se que as restrições impostas pela Lei 12.258/2005, do Estado do Rio Grande do Sul, são: adequadas ao fim de coibir as práticas discriminatórias entre homens e mulheres no tocante à proteção contra práticas abusivas no ambiente do trabalho; necessárias porque se somarão a outras já existentes no plano federal compondo um mais eficiente conjunto inibitório da nefasta prática de revistas íntimas violadoras da intimidade dos trabalhadores; e, por fim, apresentam-se razoáveis por dar concretude a direitos fundamentais que merecem a guarda e o cuidado da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Frise-se, uma vez mais, a principal consequência advinda do reconhecimento do princípio da subsidiariedade no direito brasileiro: a inconstitucionalidade formal de normas estaduais, municipais ou distritais por usurpação de competência da União só ocorre se a norma impugnada legislar de forma autônoma sobre matéria idêntica. Se, no entanto, o exercício da competência decorrer da coordenação (art. 24 da Constituição Federal) ou da cooperação (art. 23), a violação formal exige ofensa à subsidiariedade. Não é disso, todavia, que cuida a hipótese dos autos e, por essa razão, resta evidente que inconstitucionalidade não há.

De outro lado, não se sustenta o argumento do Requerente no sentido de que o provimento da presente ação direta não deixaria lacuna legislativa

ante a existência da supracitada norma celetista. A lacuna exsurgiria no tocante à proteção ao funcionário ou trabalhador do sexo masculino, não contemplado pelos regramentos federais.

Determinando-se a igualdade e equilíbrio entre os entes federativos, a Constituição ressalta a necessidade de maximização do exercício das competências comuns e concorrentes para que o Estado cumpra seu desiderato de pacificação e satisfação social. É este novo olhar que se propõe a partir da nova ordem inaugurada pela Constituição Federal de 1988. Uma mirada voltada para: a otimização da cooperação entre os entes federados; a maximização do conteúdo normativo dos direitos fundamentais; o respeito e efetividade do pluralismo com marca característica de um Estado Federado.

E nesses múltiplos olhares, o meu direciona-se para uma compreensão menos centralizadora e mais cooperativa da repartição de competências no federalismo brasileiro. Nesse contexto, dou interpretação expansiva à competência comum fixada no art. 23, I, da Constituição Federal, para compreender a legislação estadual protetiva, ora questionada, como parte de uma política pública contra a não discriminação de gênero no âmbito das relações trabalhistas e contra a utilização de práticas abusivas que maculem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da intimidade de funcionários e funcionárias, fruto de um esforço cooperativo entre entes federativos interessados em, solidariamente, zelar e guardar a Constituição e as leis brasileiras sobre o tema.

Concluo, portanto, pela compatibilidade formal da Lei 12.258, de 22 de abril de 2005, do Estado do Rio Grande do Sul em relação à normatividade constitucional.

Ante o exposto, voto pela **total improcedência** da presente ação direta de inconstitucionalidade.

É como voto.