

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

ZENAIDE DA SILVA

**DIREITOS DA PERSONALIDADE VERSUS INVIOLAÇÃO À INTIMIDADE DO
EMPREGADO POR PARTE DO EMPREGADOR**

Aracaju

2014

ZENAIDE DA SILVA

**DIREITOS DA PERSONALIDADE VERSUS INVIOLAÇÃO À INTIMIDADE DO
EMPREGADO POR PARTE DO EMPREGADOR**

Monografia apresentada à Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe, como um
dos pré-requisitos para obtenção de grau de
Bacharel em Direito.

ORIENTADOR:
Prof. Me. Marcelo de Macedo Schimmelpfeng

Aracaju
2014
ZENAIDE DA SILVA

**DIREITOS DA PERSONALIDADE VERSUS INVIOLAÇÃO À INTIMIDADE DO
EMPREGADO POR PARTE DO EMPREGADOR**

Monografia apresentada à comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Marcelo de Macedo Schimmelpfeng
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof.
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof.
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Dedico aos meus filhos, Jéssica e Paulo, ao meu esposo Ednaldo e meus familiares, os quais me apoiaram ao longo desta caminhada – jornada que jamais chegaria ao fim sem a compreensão de todos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a DEUS por tudo que aconteceu durante esta caminhada. Sem a FÉ jamais chegaria a mais uma etapa vitoriosa na minha vida.

Ao orientador e prof. Me. Marcelo de Macedo Schimmelpfeng pela compreensão e a paciência durante a elaboração deste trabalho.

À professora Pós. doc. Hortência de Abreu Gonçalves, pelo convívio, pelo apoio e pela amizade.

À professora Dra. Clara Angélica Gonçalves Dias, pela forma carinhosa e atenciosa durante a minha vida acadêmica.

Ao professor José Carlos Santos, pela perseverança e compreensão ao longo do curso.

Aos professores e coordenadores Me. Vitor Condorelli e Dr. Pedro Durão pelos anos de convivência enquanto gestores do Curso de Direito.

Em especial ao Diretor Geral, o professor Ionaldo Vieira Carvalho, e ao Diretor Acadêmico, José Albérico Gonçalves Ferreira.

A todos os professores do curso, colegas presentes e ausentes e todos os funcionários que, de forma direta ou indireta, contribuíram para minha formação acadêmica.

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo estudar o respeito aos direitos da personalidade da pessoa humana, inseridos no contexto do contrato e do ambiente de trabalho, levando em consideração os limites que devem ser respeitados pelo empregador em detrimento da sua vontade e do seu poder diretivo. Para tanto, foi necessário que iniciássemos com o estudo dos direitos da personalidade do homem, demonstrando a relevância desse direito e o porquê de serem amplamente tutelados, para então passarmos à parte específica que delimita o tema, a intimidade. O estudo da intimidade inicia-se com a abordagem histórica da origem deste direito e, só então, passamos a tratar dos abusos cometidos pelo empregador, tanto em fase de exame de seleção, quanto no contrato de trabalho e em sua fase de execução. Discorreremos sobre os métodos invasivos utilizados nos exames de seleção, as práticas abusivas recorrentes e os limites a serem observados por ambas as partes do contrato de trabalho, empregador e empregado. Ressaltando que devem ser sempre observados: o princípio norteador como princípio de proteção ao hipossuficiente econômico, e o princípio da boa-fé. Ainda é válido mencionar que para atingir tais fins, o método utilizado foi o histórico, haja vista a necessidade de informações que demonstrassem a evolução na proteção aos interesses do empregado no decorrer dos anos. Já no que se refere ao nosso objetivo, por tratar-se de uma pesquisa com caráter exploratório, recorreremos à bibliografia de diversos autores, dos códigos e das leis, que estivessem, direta ou indiretamente, relacionados com a temática em tela.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da personalidade. Princípios. Intimidade. Proteção. Métodos invasivos.

ABSTRACT

This monograph aims to study the respect of personality rights of the human person while in the context of the contract and the work environment, taking into account what limits should be respected by the employer in detriment of his will and his authority. Therefore, it was necessary to us to start with the study of the rights of man's personality, showing the relevance of this right and why they are widely protected, then move to the specific part that defines the theme, intimacy. The study of intimacy begins with a historical approach to the origin of this right, and only then, we began to address the abuses committed by the employer, both in the examination stage of selection, as in the employment contract and its execution phase. We discuss the invasive methods used in the selection exams, the abusive practices to applicants and limits to be observed by both parties of the work contract, the employer and the employee. Emphasizing that must be observed guiding principles as the principle of protection to economically disadvantaged, and the principle of good faith. It is important mentioning that to achieve such purposes it was used the historical method, due to the necessity of information that show the progress in the protection of the interests of the employee over the years. In relation to the objective of this study, because of its exploratory nature, articles of various authors, codes and laws, which were directly or indirectly related to the subject of this study, were researched.

KEYWORDS: Personality rights. Principles. Intimacy. Protection. Invasive methods.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	15
2.1 Noções Conceituais	17
2.2 Características	19
2.3 Classificação	21
2.4 Direito à Integridade Psíquica	21
3 HISTÓRICO DO DIREITO À INTIMIDADE	24
3.1 Origem da Intimidade	24
3.2 Instrumentos Internacionais e o Direito à Intimidade	25
3.3 Direito à Intimidade e a Legislação Nacional	26
3.4 Teoria do Direito Social.....	28
4 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO.....	29
4.1 Princípio da Proteção.....	29
4.2 Cláusulas e Práticas Abusivas.....	31
4.3 Procedimentos de Seleção Pessoal.....	32
4.4 Dados Exigidos de um Candidato ao Emprego.....	32
5 DADOS QUE NÃO PODEM SER EXIGIDOS DO CANDIDATO AO EMPREGO..	34
5.1 Limites do Empregador	35
5.2 Métodos Invasivos Utilizados	35
5.2.1 Grafologia	35
5.2.2 Exame Psicotécnico.....	36
5.2.3 Investigações Prévias	37
5.2.4 Exames Médicos Adicionais	38
6 CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	40
6.1 Proibição de Namoro	40
6.2 Aparência	42
6.3 Práticas Abusivas.....	44
6.3.1 Aparelhos audiovisuais	44
6.3.2 Condutas Extralaborais.....	
6.3.3 Exames Médicos no Curso da Relação de Emprego.....	
6.3.4 Revista Íntima do Empregado.....	47
6. 4 Assédio Moral.....	49

6.4.1 Processo.....	50
7 EFEITOS DAS PRÁTICAS E CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CONTRATO DE TRABALHO	54
7.1 Controle das Cláusulas e das Práticas Abusivas	55
8 CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS.....	61

1 INTRODUÇÃO

O direito do trabalho tem como finalidade estabelecer medidas de proteção ao trabalhador. Entretanto, o direito da personalidade do empregado em conflito com o poder diretivo do empregador forma uma relação jurídica. Como tema geral o direito da personalidade no contrato de trabalho limita-se especificamente ao estudo da proteção à intimidade do empregado. Pretendemos, ao longo da pesquisa, encontrar resposta para uma questão importante, que ainda não foi devidamente esclarecida, qual seja: até que ponto pode o empregador interferir, através do contrato de trabalho, na vida privada e nas escolhas pessoais dos empregados, e coloca-las como óbice à sua contratação, causando uma invasão à intimidade do empregado?

Ao longo da história dos direitos da proteção dos seres humanos, os gregos e os romanos foram os primeiros a discutirem sobre a proteção da pessoa humana. A doutrina dos direitos da personalidade surgiu no século XIX, sendo seu precursor Otto Von Gierke. Porém, o Cristianismo foi responsável pela evolução da dignidade humana ao reconhecer o ser humano a Deus. Desta forma, teve um novo sentido político à crença dos romanos acerca do conceito de pessoa – status libertatis, civitatis e família (AMARAL, 2002, p. 243).

Com o surgimento do Iluminismo, nos séculos XVII e XVIII, na Europa e mais fortemente na França, aonde veio a ser desenvolvida a teoria dos direitos subjetivos, com base na ideia dos direitos positivos e fundamentais, que garantia a proteção humana como a Declaração de direito de 1689 (Bill of Rights of 1689), a Declaração de Independência das Colônias Inglesas (Declaração de Independência dos EUA), em 1776, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada em 1789, até chegarmos à Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, segundo o art. 1º, a liberdade, a igualdade e a dignidade passam a ser inerentes a todo ser humano.

No Brasil, estas garantias nascem com a promulgação da Constituição de 1988, que definiu, no art. 5º, caput, V, X e XXXVI, ao considerar invioláveis os direitos à vida, à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra das pessoas, assegurando a indenização por danos materiais e morais decorrentes de sua violação. O novo Código Civil Brasileiro, de 2002, nos arts. 11 a 21, também trata

dos direitos da personalidade. Conforme Amauri Mascaro Nascimento (2003, p.132), os direitos de personalidade:

[...] são prerrogativas de toda pessoa humana pela sua própria condição, referentes aos seus atributos essenciais em suas emanções e prolongamentos, são direitos absolutos, implicam num dever geral de abstenção para a sua defesa e salvaguarda, são indisponíveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e de difícil estimação pecuniária.

É preciso destacar que os Direitos Humanos são direitos naturais, inatos, imutáveis, abstratos e inderrogáveis, de inspiração jusnaturalista, que ultrapassam a esfera positiva do Ordenamento Jurídico, por emanarem da própria natureza ética do homem, independentemente de reconhecimento perante o Estado. Assim sendo, os direitos de personalidade compreendem verdadeiros Direitos Humanos inatos, que independem de positivação para serem reconhecidos e protegidos pelo Direito.

Com base nas doutrinárias, em relação ao direito à intimidade e à vida privada, é importante ressaltar o que vem a ser o ensaio Warren-Brandeis. O jurista Brandeis e o Senador Samuel Warren analisaram os excessos da imprensa norte-americana, acostumada a constantemente romper a tranquilidade do universo familiar e privado dos cidadãos. As conclusões deste ensaio foram publicadas num artigo em 1890 (WARREN-BRANDEIS, 1890).

De acordo com Aieta (1999. p. 83), através do experimento realizado por Warren-Brandeis, é que foi possível obter elementos e argumentos com um propósito para fins jurídicos, com relação ao que venha a ser privacidade, ou seja, um real direito de ser deixado em paz. Tendo em vista que através de métodos científicos foi possível delinear a privacidade, evidenciando com clareza os limites de relação no binômio particular e a vida privada, deixando claro o que pode ser ou não publicado.

No mundo globalizado, as informações e as tecnologias da informação, alavancadas com o crescimento da *Internet*, são reconhecidas como um progresso para os seres humanos. Não há dúvidas que elas possibilitam uma ampla democratização do acesso e do fluxo da comunicação. É importante levar em consideração os recursos disponíveis nos dias atuais. Pode-se citar o *Facebook*, *Twitter*, correio eletrônico, *Google*, de pesquisa, *Youtube*, *WatsApp*, *instagram* e outros, os quais propiciam uma ampla capacidade de acesso, acúmulo e divulgação de informações neste meio de comunicação. Entretanto, diante da facilidade de

acesso às informações *online* e do enorme número de usuários, as pessoas ficam vulneráveis a uma invasão de privacidade.

Em relação à proteção jurídica da intimidade e da vida privada, devido à *internet* e em decorrência do avanço das novas tecnologias, surgiram duas correntes doutrinárias com o contendo em busca de alternativas para a decisão dos conflitos existentes.

No entendimento da primeira corrente não se faz necessária a criação de um novo direito para proteger a intimidade, quando se refere a dados pessoais, em decorrência das novas tecnologias, ou seja, o bem jurídico protegido continua sendo a intimidade. Já para a segunda corrente, é conveniente que haja um novo direito para a proteção de dados e de informações pessoais na *Internet*. Pereira explicita como pode ser amparada essa outra corrente doutrinária:

A insuficiência dos instrumentos de tutela jurídica do clássico direito à intimidade para a proteção dos indivíduos frente aos avanços tecnológicos; e a particularidade do bem jurídico protegido pela concepção clássica do direito à intimidade, que não corresponderia com bem jurídico protegido por esse novo direito. (PEREIRA, 2003, p. 148).

O objetivo principal desse estudo é aprofundar o entendimento do abuso por parte de empregadores na elaboração de contratos, sem a devida preocupação com os princípios do Direito, em especial, quanto à igualdade. Busca explicar a importância do respeito aos direitos da personalidade do empregado, como garantia da efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade, verificando, na prática, qual a realidade encontrada nos contratos de trabalho, no que diz respeito à proteção e a intimidade do empregado, demonstrando também como a jurisprudência tem se manifestado a esse respeito.

Além disso, levou-se em consideração que, ao se construir esse estudo, foi necessário a obtenção de dados e informações que demonstram a evolução na proteção aos interesses do empregado no decorrer dos últimos anos, especificando aspectos históricos dos direitos à intimidade.

Igualmente, por se tratar de um estudo com caráter exploratório, que almeja proporcionar maior familiaridade e profundidade com o tema, por intermédio da bibliografia utilizada, diversos códigos e das leis que, direta ou indiretamente, se relacionaram com a temática em questão.

Também foi objeto desta monografia o entendimento dos direitos da personalidade, sua conceituação e o seu alcance, a fim de construir a base teórica. Para tanto, foram utilizados, como métodos de abordagem, o hipotético-dedutivo e o histórico, respectivamente, visando entender o porquê dessa tutela, considerando a história do direito à intimidade, no que concerne à sua origem e aos instrumentos nacionais e internacionais que deliberam. Em seguida deu-se ênfase às cláusulas e práticas abusivas, sempre em diálogo com a conceituação, os procedimentos de seleção de pessoal utilizado, elencando aqueles (procedimentos) que estão disponíveis lícitamente ao uso do empregador, quais os limites estabelecidos e quais os métodos invasivos constantemente utilizados.

Foi considerada ainda a interferência por parte do empregador no aspecto familiar do empregado, mais especificamente sobre a proibição de namoro ou qualquer outro tipo de relacionamento amoroso entre colegas de trabalho ou membros de empresas concorrentes, levando-se em conta a interferência no cotidiano laboral do empregado. Quanto aos aspectos pessoais do empregado, foram enfatizados: alcoolismo, drogas, vestimenta, tatuagem, *piercing* e higiene.

Adentrando na construção teórica desta monografia, o primeiro capítulo denominado introdução, enfatizou aspectos históricos sobre a relação empregado – empregador, acrescidos dos objetivos pretendidos, problemática investigada e metodologia da pesquisa. O primeiro capítulo foi dedicado aos direitos da personalidade, sua conceituação e o seu alcance – o que se constituiu em base teórica para o entendimento da tutela e respeito humano por parte do direito como ciência social. No segundo capítulo, deu-se ênfase ao histórico do direito à intimidade, tecendo comentários sobre origem e os instrumentos internacionais e nacionais que a tutelam. Em seguida, no terceiro capítulo, foram abordados os princípios do direito do trabalho, que servem de fundamento e inspiração para o legislador na elaboração de normas. O quarto capítulo discorre sobre os métodos e maneiras que não devem ser exigidas durante o processo seletivo do candidato a um emprego. Já o quinto capítulo fez uma abordagem das cláusulas e práticas abusivas, sua conceituação, os procedimentos de seleção de pessoal utilizados, elencando quais estão disponíveis lícitamente ao uso do empregador, quais os seus limites e métodos invasivos que são constantemente utilizados. No sexto capítulo foram relatados os efeitos das práticas e cláusulas abusivas no contrato de trabalho

e suas consequências para o emprego. E, por fim, na conclusão desse trabalho, apresentamos possíveis soluções para a resolução deste conflito.

2 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade constituem parte da produção jurídica mais recente, fruto da iniciativa cuidadosa da doutrina germânica e francesa, especialmente após a II Grande Guerra.

A história nos mostra que, nem no Direito Romano, nem no grego, os direitos da personalidade apareciam na forma de categoria jurídica específica a ser tutelada. Foi a partir do Cristianismo, com a pregação da fraternidade universal, que houve o despertar para a proteção da personalidade humana.

Saindo da esfera subjetiva de proteção, a Carta Magna Inglesa, de 1215, tratou sobre a tutela a elementos fundamentais da personalidade humana, como a liberdade, reconhecendo, ainda que implicitamente, os direitos da personalidade. Somando-se a isso, em 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem, a defesa dos direitos individuais e a proteção à personalidade do homem foram valorizadas ainda mais (AMARAL, 2002).

Mas, foi no período posterior a Segunda Grande Guerra que, levando em consideração todas as atrocidades cometidas pelo nazismo contra a humanidade, a dignidade do homem e a individualidade da pessoa, se sentiu a necessidade de proteção de uma categoria básica de direitos reconhecidos à pessoa humana. Fazia-se necessária a garantia de uma tutela fundamental em favor da personalidade humana, salvaguardando a própria raça. Foi nesse contexto que, em 1948, a Declaração Universal de Direitos do Homem foi promulgada (tornando-se um marco na história mundial) e que os Códigos Civis de diversos países europeus foram sendo repaginados, visando, em sua maioria, a proteção expressa e ampla dos direitos da personalidade (AMARAL, 2002).

Aqui no Brasil, após importantes contribuições doutrinárias, os direitos da personalidade foram objeto da atitude legislativa, ainda que de forma esparsa no texto constitucional de 1988, ressaltando que o que ganha corpo a respeito desse tema é que - apesar do reconhecimento dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002 - almejando tornar mais efetiva a dignidade do homem, em seu status de princípio fundamental, o melhor caminho seria constitucionalizar, ampla e irrestritamente, a proteção da personalidade humana, assim lhe conferindo status de princípio fundamental (AMARAL, 2002).

O novo Código Civil Brasileiro teve como grande contribuição a introdução do Capítulo II, dos Direitos da Personalidade, reforçando o que já era previsto no art. 5º da Constituição Federal, como direito fundamental (Arts. 11 a 21):

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.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Desta forma, o novo Código Civil veio tutelar o direito da personalidade amplo, assegurando o direito subjetivo, em conformidade com os onze artigos citados anteriormente.

Entretanto, o Código de 1916 não defendia o Direito da Personalidade, porque estava voltado para a proteção da propriedade privada. Somente o homem

tem relações jurídicas, na atual situação do Direito, por este motivo é obrigado a cumprir deveres e obrigação.

O direito da personalidade jurídica é um direito fundamental como define a Constituição Federal: “[...] 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”. (VADE MECUM, 2013, p. 08).

Segundo Sarmento (2006, p. 323), “a personalidade mais do que um direito é um valor – o mais importante do ordenamento, diga-se de passagem, que se irradia e penetra por todos os campos do Direito, público ou privado”, que se poderia extrair exatamente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, do qual emana a proteção a variados bens jurídica.

2.1 Noções Conceituais

O homem como ser social, a fim de satisfazer todas as suas necessidades, pode adquirir direitos e assumir deveres, tornando-se sujeito ativo ou passivo dessas inúmeras relações pactuadas, dentre elas a relação de trabalho.

Os direitos da personalidade encontram-se enraizados na esfera mais íntima da pessoa, não podem ser mensurados economicamente, e estão voltados à afirmação dos seus valores existenciais. De tal forma, ao considerar a personalidade como um conjunto de características pessoais, os direitos a ela assegurados constituem verdadeiros direitos subjetivos, ligados à própria condição da pessoa enquanto ser.

Delineando essa linha de raciocínio, assevera Chaves (2012, p.173):

Nessa ordem de ideias, é possível asseverar seres os direitos da personalidade aquelas situações jurídicas reconhecidas à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções social. Isto é, são os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica.

E ainda complementa o renomado professor: “Compõem, em verdade, um conjunto de prerrogativas jurídicas reconhecidas à pessoa, atinentes aos seus diferentes aspectos e si mesma e às suas projeções e aos seus prolongamentos”. (CHAVES, 2012, p.173).

Conforme Diniz (2002, p. 23), a personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa, não sendo um direito. Na realidade, é ela que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, sendo o primeiro bem da pessoa, pertencendo-lhe como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens. Assim, são direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, partes separadas do corpo); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística, literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional, doméstico, imagem, identidade pessoal, social e familiar). Para Rodrigues (2003, p. 61), direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e, portanto, a ela ligados de maneira perpétua e permanente, não se podendo conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, seu corpo, sua imagem e àquilo que ele crê ser sua honra.

Os direitos da personalidade possibilitam, portanto, a atuação da norma jurídica na defesa da própria pessoa, considerada em si mesmo, e nos seus múltiplos aspectos, seja no físico, psíquico ou intelectual. Assim, é impossível deixar de concluir que os direitos da personalidade estão indiscutivelmente ligados ao desenvolvimento da pessoa humana, caracterizando-se como garantia principal para a preservação de sua dignidade.

Silva (2007, p. 213), por seu turno, diz que: “a idéia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa, pois exprime a aptidão genérica de adquirir direitos e contrair obrigações”; já Clóvis Bevilacqua (1989, p. 156), muito embora sustente que “não constitui esta ‘um direito’, de sorte que seria erro dizer-se que o homem tem direito à personalidade. Dela, porém, irradiam-se direitos, sendo certa a afirmativa de que a personalidade é o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações”.

Rubens Limongi França (1994, p. 1034) afirma que “direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto é os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior”. Segundo Goffredo Telles (2002, p. 154), “a personalidade consiste num conjunto de caracteres próprios da pessoa. É, portanto, objeto de direito. [...] os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio”.

Nélson Nery Júnior (2003, p.156), citando Joseph Kohler, dita que personalidade é a “aptidão para ser sujeito de direito” e que direito de personalidade “é parte do direito privado que cuida da proteção jurídica de objetos de direito que pertencem à natureza do homem”.

Infere-se, conseqüentemente, das reflexões dos teóricos supracitados, que os direitos da personalidade possibilitam, portanto, a atuação da norma jurídica na defesa da própria pessoa, considerada em si mesmo, e nos seus múltiplos aspectos, seja no físico, psíquico ou intelectual. Assim, resta impossível deixar de concluir que os direitos da personalidade estão indiscutivelmente ligados ao desenvolvimento da pessoa humana, caracterizando-se como garantia principal para a preservação de sua dignidade.

2.2 Características

Os Direitos da Personalidade são dotados de características particulares que conferem a eles posição singular no cenário dos direitos privados, são elas (GANGLIANO; PANPLONA, 2010, p.181-225):

- a) Caráter Absoluto: Oponibilidade Erga Omnes, forçando à coletividade o dever de respeitá-los. Não se admite ao titular do direito renunciar a ele ou cedê-lo em benefício de terceiro ou da coletividade.
- b) Generalidade: Os direitos da personalidade são outorgados a todas os seres humanos, simplesmente pelo fato de existirem. Também chamado: Caráter Necessário.
- c) Extrapatrimonialidade: Ausência de conteúdo patrimonial direto, podendo, porém, ser economicamente mensurados em caso de violação.
- d) Indisponibilidade: Significa que nem por vontade própria do indivíduo o direito pode mudar de titular. Engloba tanto o conceito de intransmissibilidade como o de irrenunciabilidade.
- e) Irrenunciabilidade: Não podem ser abdicados. Razões de ordem pública impõe o reconhecimento dessa característica.
- f) Intransmissibilidade: Não permite a cessão do direito de um sujeito para outro. Trata-se de limitação excepcional da regra de possibilidade de alteração do sujeito nas relações genéricas de direito privado.
- g) Excepcionalmente pode-se admitir a transmissibilidade de alguns poderes ínsitos a certos direitos da personalidade.
- h) Imprescritibilidade: Inexiste prazo para o seu exercício. Refere-se aos efeitos do tempo para a aquisição e extinção de direitos. Essa característica não se confunde com a prescritibilidade da pretensão de reparação por eventual violação a um direito da personalidade(CC-02, Art.206, §3º, V).
- i) Impenhorabilidade: Há direitos que possuem manifestação patrimonial e extrapatrimonial ao mesmo tempo. Temos como exemplo o direito à imagem. É possível penhorar a parte patrimonial do direito a

- imagem(cessão de uso), mas não se poderá penhorar a parte extrapatrimonial, pois o direito em si é intransmissível.
- j) Excepcionalmente pode-se admitir a transmissibilidade de alguns poderes (cessão de uso, p.ex.) ínsitos a certos direitos da personalidade.
 - k) Vitaliciedade: Inatos e permanentes acompanham o indivíduo desde a primeira manifestação de vida até o seu perecimento, chegando a alcançar o *post mortem*.

As principais características dos direitos da personalidade são sem dúvida as seguintes: Independente, Comum ao ser Humano, Perpétuo, Intransmissibilidade, Inalienabilidade, Indisponibilidade, Imprescritibilidade e Irrenunciáveis, em outros termos, esses direitos são indisponíveis. Todavia, devemos nos atentar para a correta perspectiva de relativa indisponibilidade, já que, eventualmente, admite-se a cessão do exercício de alguns desses direitos em situações específicas e dentro de certos limites, desde que a própria dignidade não seja sacrificada.

Porém, o direito da personalidade pode adentrar ao indivíduo como eminência psíquica, físicas e intelectual. Ou seja, os direitos da personalidade têm atributos próprios (FARIAS, 2009, p. 140).

Além dessas características, os direitos da personalidade também são absolutos, imprescritíveis, extrapatrimoniais e vitalícios. Absolutos porque possuem eficácia contra todos, ou seja, oponíveis *erga omnes*, impondo-se à coletividade o dever de respeitá-los. Por sua vez, a imprescritibilidade garante a inexistência de prazo extintivo para que o direito da personalidade seja exercido, impedindo assim que uma eventual lesão a um desses direitos venha a convalescer com o passar do tempo.

Já a extra patrimonialidade consiste na impossibilidade de apreciação econômica dos direitos da personalidade, ainda que a eventual lesão acarrete em consequências financeiras. É sabido que a honra, a privacidade e os demais bens personalíssimos não comportam valoração pecuniária, são valores existenciais, por isso, quando ocorre uma violação a estes valores da personalidade, ainda que não acarrete consequência material, surge a possibilidade do aparecimento do dano moral, de caráter compensatório e educativo.

Por fim, não se pode esquecer também da vitaliciedade, que consiste no caráter intransmissível que possuem esses direitos, extinguindo-se, naturalmente, com a morte do titular.

2.3 Classificação

Os tão falados direitos da personalidade tendem a assegurar a integral proteção da pessoa humana, considerada em si mesmo e em suas múltiplas faces (corpo, alma e intelecto). Logo, a classificação dos direitos da personalidade deve levar em consideração a necessidade de tutela jurídica em todas as searas que atua o homem, considerados os seus múltiplos aspectos biopsicológicos.

Desse modo, a classificação deve ser baseada em aspectos fundamentais da personalidade, que são: a integridade intelectual, a integridade física e a integridade moral ou psíquica, sendo que este último será o foco principal do nosso estudo. Convém ressaltar apenas que é impossível se falar numa previsão taxativa dos direitos da personalidade, já que constituem uma categoria elástica, compreendida, ampla e concretamente, a partir do quadro evolutivo do homem, integrado em suas mais variadas atividades. É preciso então que esses direitos sejam assegurados a partir de uma cláusula geral, que assegure essa proteção ampla à pessoa humana, permitindo que, à medida que surgirem novos valores sociais, eles possam ser incorporados à personalidade e passem, também, a desfrutar de tutela jurídica.

Diante do que já foi citado em nosso estudo, pode-se ainda fazer a seguinte classificação (BITTAR, 2006, p. 17, 69):

- a) Direito à integridade física: é tudo que esta relacionado com a vida tais como: o alimento, ao corpo, vive ou morto, como também o corpo alheio e ainda sobre separações do corpo, vivo ou morto;
- b) Direito à integridade intelectual: são todos os direitos que estão ligados diretamente tais como: a liberdade de expressão, direito do autor, direito artístico, direito a imagem, direito científico e o direito do idealizador;
- c) Direito à integridade moral: é o direito autônomo, direito à honra, política e religiosa; direito ao discernimento; direito ao sigilo pessoal, profissional; direito social e da educação.

2.4 Direito à Integridade Psíquica

O direito à integridade psíquica, também conhecida como direito à integridade moral, consiste na proteção conferida aos atributos psicológicos relacionados à pessoa, como a honra, a liberdade, a privacidade, a intimidade. São atributos destinados à preservação do conjunto psicológico da estrutura humana, dizem respeito à alma, aos sentimentos, e são, talvez, os mais subjetivos de todos os direitos da personalidade.

No que diz respeito ao direito à privacidade, fica muito difícil a delimitação do que seria exatamente esse direito, já que seu conceito é completamente variável de acordo com a cultura, tradição e costumes existentes entre os povos. Ora, se em determinado país um determinado comportamento pode ser reputado ofensivo à vida privada, em outro, o mesmo comportamento pode ser considerado normal e perfeitamente aceitável.

Nesse contexto, o renomado professor Cristiano Chaves posiciona-se da seguinte forma:

A vida privada é o refúgio impenetrável pela coletividade, merecendo proteção. Ou seja, é o direito de viver a sua própria vida em isolamento, não sendo submetido à publicidade que não provocou, nem desejou. Consiste no direito de obstar que a atividade de terceiro venha a conhecer, descobrir ou divulgar as particularidades de uma pessoa [...] a proteção à vida privada, como um bem jurídico integrante da personalidade, funda-se no legítimo interesse de salvaguardar do conhecimento alheio (e da curiosidade indevida) tudo o que diz respeito à esfera íntima de uma pessoa [...] Trata-se, pois, da vida pessoal do ser humano, perpassando de um aspecto interior (“que se leva quando vive atrás de sua porta fechada”), incluindo aspectos amoroso, sexual, religioso, familiar, sentimental de uma pessoa, até um aspecto externo muito mais amplo. É que o direito à vida privada transcende o direito de estar só. Não porque este aspecto lhe seja estranho, mas porque é mais do que isto. (CHAVES, 2012, p. 247).

Ainda continua o mesmo autor:

Em verdade, o direito à privacidade se apresenta, também, como útil instrumento para realizar a dignidade humana em perspectiva social e econômica. Assim, funciona como mecanismo de proteção da pessoa humana contra a violência perpetrada à sua esfera individual no ambiente de trabalho, em hospitais e clínicas, em manicômios e clínicas psiquiátricas, em escolas e estabelecimentos educacionais, em bancos, em estabelecimentos comerciais, em sistemas públicos prisionais etc. Não se pode negligenciar, pois, uma dimensão coletiva da proteção da vida privada, rompendo esquemas de opressão ao mais fraco imposta pelo detentor do poder econômico, social ou político – ou mesmo de uma situação de vantagem [...] (CHAVES, 2012, p. 248).

Na esfera do direito do trabalho, que é o nosso foco, não existe dúvida de que a convivência no ambiente de trabalho implicará uma leve mitigação da privacidade do trabalhador. Ainda assim, restam impossível que se tolere condutas do empregador que aniquilem a privacidade ou afrontem a dignidade do trabalhador.

Nesta mesma linha de raciocínio, a tutela jurídica da privacidade implica, por exemplo, a proibição do procedimento de revista íntima em trabalhadores, prática ainda realizada por algumas empresas. É desarrazoado obrigar o empregado a expor partes íntimas de seu corpo ou permitir que seja apalpado, é atentado contra

as suas garantias fundamentais previstas constitucionalmente. Há quem diga que ao aceitar o emprego, o empregado anuiu a esta situação e não deve se opor. A necessidade de ter um trabalho, em época de tamanha dificuldade como a nossa, impõe aceitar as imposições que vierem acessoriamente.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento (2009, p.56).

Conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tem por efeito excluir o empregado de sua função ou deteriorar o ambiente de trabalho.

Somando-se a isso, também afronta a personalidade humana, por violar a vida privada, a submissão do trabalhador a testes pré-admissionais e provas grafológicas em que tenha de revelar aspectos de sua intimidade, como os ligados à sua sexualidade, ao uso de substâncias entorpecentes, doenças na família, gravidez ou outras opções pessoais. Por isso, gera dano indenizável a simples submissão do empregado, ainda que como candidato, ao teste de polígrafo, situações que veremos detalhadamente no próximo capítulo deste estudo.

3 HISTÓRICO DO DIREITO À INTIMIDADE

3.1 Origem da Intimidade

Ainda que não se saiba, ao certo, a partir de que ideal se originou a tão falada e protegida intimidade, tem-se, ao menos, conhecimento que dentre tantas as dimensões já suscitadas, desde as que levam em consideração fatores culturais e socioeconômicos às que consideram os fatores jurídicos, temos a certeza que todas convergem num mesmo ponto: a proteção à intimidade do homem como ser individualizado.

Inúmeras são as teorias que dissertam sobre essa proteção, como a racionalista, a liberalista e a religiosa. Mas, a que realmente nos interessa é a teoria histórica, que analisa o contexto histórico e jurídico do processo de evolução do referido direito.

O direito à intimidade deriva, diretamente, dos direitos da personalidade, que estão, notoriamente, inseridos nas garantias fundamentais do indivíduo. Essa tentativa de proteção aos direitos individuais do homem, já podia ser observada nas civilizações mais antigas, existindo no Código de Hâmmurabi, o primeiro exemplo normatizado de proteção aos direitos da personalidade, como a proteção ao direito à vida, à propriedade, à honra, à dignidade e à família. Contudo, foi a partir do Direito Romano que um complexo de mecanismos - cartas, editos e interditos - foi estabelecido a fim de tutelar os direitos individuais e protegê-los dos comuns abusos estatais.

Desde então, os direitos e garantias fundamentais foram evoluindo gradativamente em cada uma das sociedades já existentes, dissipando-se ao redor do mundo. Destacando sempre que a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e a Constituição Francesa, de 1793, que consagrou a liberdade, igualdade, segurança e propriedade como direitos irrenunciáveis do cidadão, tiveram participação de suma importância na disseminação de tais ideais por todo o mundo moderno.

Ressalta-se, ainda, que a noção de proteção à intimidade surgiu a partir da necessidade de defesa da propriedade privada, e em decorrência do surgimento da polêmica burguesa. Apesar de não existir um marco inicial específico que demonstre quando a referida intimidade começou a ser, veementemente, defendida nos

Tribunais, pode-se, certamente, considerar que a efetivação desta, enquanto direito, deu-se nos Estados Unidos, em meados de 1890, com a publicação do artigo “The Right to Privacy”, de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, na Harvard Law Review.

Consagrou-se como instrumento de tutela à intimidade e fonte inegável para a posterior doutrina, que em determinado trecho da referida obra assevera:

The right to life served only to protect the subject from battery in its various forms; liberty meant freedom from actual restraint; and the right to property secured to the individual his lands and his cattle. Later, there came a recognition of man's spiritual nature, of his feelings and his intellect. Gradually the scope of these legal rights broadened; and now the right to life has come to mean the right to enjoy life, - the right to be let alone; the right to liberty secures the exercise of extensive civil privileges; and the term “property” has grown to comprise every form of possession – intangible, as well as tangible.¹ (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 01).¹

Foi este artigo, publicado em 1890, que forneceu quase toda base teórica que sustentou o que hoje conhecemos por intimidade.

3.2 Instrumentos Internacionais e o Direito à Intimidade

Com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que, dentre outras coisas, proclamou a igualdade e a liberdade dos homens desde o seu nascimento, e que ainda assegurou que ninguém, absolutamente ninguém, seria castigado ou importunado devido às suas opiniões, crenças e religião, ficou ratificada a tendência mundial em tutelar o homem na sua esfera individual, garantindo-lhe o direito à intimidade, como nas palavras do magistrado americano Cooley, que o entende como “o direito a ser deixado em paz”. (CARRASCOSA LÓPEZ, 1998, apud BARROS, 1997, p. 11). Mas, foi na Declaração de 1948, adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU), visando garantir sua aplicação e reconhecimento em todos os povos e nações ao assegurar no seu artigo 10, que:

¹ O direito à vida servia apenas para proteger o sujeito da violência nas suas mais variadas formas; liberdade significava uma liberdade distante da sua atual abordagem; e o direito a propriedade assegurou ao indivíduo suas terras e seu gado. Tempos depois, veio o reconhecimento da natureza espiritual do homem, dos seus sentimentos e dos seus interesses. Gradualmente, o escopo desses direitos foi incrementado; e hoje, o direito a vida adquiriu o significado de “direito de aproveitar a vida”, - o direito de ser deixado em paz; o direito a liberdade assegura o exercício extensivo dos privilégios civis; e o termo “propriedade” tem evoluído para compreender todas as formas de posse – intangíveis, assim como as tangíveis.

Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias e sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem os atentados à sua honra ou reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra intromissões e atentados.

Apesar disso, o importante mesmo para a temática de nosso estudo - A Proteção à Intimidade do Empregado e o Contrato de Trabalho – foi a aprovação do projeto de Repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores, realizada em outubro de 1996, com o intento de, futuramente, adotarem normas internacionais que regulamentem a utilização de técnicas de informática, vigilância eletrônica, de exames genéticos e toxicológicos, a fim de proteger a dignidade dos empregados, garantindo-lhes que a utilização dos dados pessoais recolhidos será única e exclusivamente para assuntos pertinentes ao vínculo empregatício e ao desempenho da função.

Ainda é válido frisar que o referido projeto previa, nitidamente, uma proteção ainda mais direta ao Direito à Intimidade e Dignidade do empregado, ao proibir que os trabalhadores renunciem seus direitos, ainda que assim o queiram. Afirmava que o empregador deveria solicitar os dados pessoais que necessitasse ao próprio empregado, recorrendo apenas a terceiros mediante prévia autorização do mesmo. Além disso, proibia, também, a colheita de dados pessoais, fosse referente à conduta sexual, filiação partidária, ideologias políticas e religiosas, dentre outras tantas inúmeras proteções que serão exaustivamente comentadas nos capítulos posteriores deste estudo.

Por hora, basta-nos mencionar que essa preocupação da Organização Internacional do Trabalho com a proteção da vida privada do indivíduo, enquanto trabalhador, ensejou ainda uma série de estudos, e foi, oficialmente, o marco inicial na luta pela proteção à intimidade do indivíduo como parte do contrato de trabalho.

3.3 Direito à Intimidade e a Legislação Nacional

Com o progresso tecnológico, as intromissões na intimidade e na vida privada das pessoas ficaram cada vez mais graves, surgindo assim, a necessidade de que esses direitos fossem elevados ao nível de tutela constitucional. Na Constituição Brasileira de 1988 já se pode notar, em seu artigo 5º, a proteção ao direito de intimidade, privacidade, honra e imagem, sendo até mesmo possível o direito a indenização por danos morais ou matérias que, porventura, pudessem aparecer.

Convém ressaltar que a Carta Magna de 1988 especificou, separadamente, os institutos de privacidade e intimidade, dando-lhes, portanto, conotações jurídicas diferenciadas. Surgiram também proteções tanto na esfera penal, como na cível e em Leis Específicas como a 4.117/62, que disciplina a imprensa e tenta evitar abusos referentes aos Direitos da Personalidade.

No que concerne à Consolidação das Leis do Trabalho, datada de 1943, que, logo após a Constituição Federal, é a maior fonte reguladora do Direito do Trabalho no Brasil, é fato que apesar de suas preocupações em proteger a dignidade do empregado, ainda assim foca apenas na tutela da integridade física do empregado em seu local de trabalho, permanecendo em plano secundário a esfera privada do empregado, no seio da relação de emprego. Não obstante, o artigo 483 da Consolidação das Leis do trabalho (CLT) proíbe que o empregador ofenda a honra e a boa fama do empregado, dessa forma, não só os crimes contra a honra, mas outros comportamentos capazes de magoar o empregado na sua dignidade pessoal, desde que implique na exposição do trabalhador ao desprezo de outrem. O mesmo supracitado artigo proíbe, ainda, que o empregado seja tratado com rigor excessivo, repelindo a tão perigosa violação abusiva do poder direto exercido pelo contratante.

Mas, infelizmente, o Direito do Trabalho não faz menção direta aos direitos à intimidade e privacidade. Essa proteção é assegurada ao empregado graças ao aparecimento de artigos protetivos, envolvendo essa temática, na Constituição Federal. Consagrados na Carta Magna, adquirem a característica de oponibilidade *erga omnes*, passando a ser, obrigatoriamente, respeitados, sejam inseridos ou não na esfera trabalhista. Por outro lado, a mesma Constituição também assegura o direito de propriedade. Ora, nos resta claro concluir que, sendo assim, o direito à intimidade sofre sérias limitações no ambiente de trabalho, que não poderá exceder o limite imposto pelo supremo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

É aí que reside o cerne da discussão: Quais princípios devem preponderar nos casos concretos em que o interesse do empregador é confrontado pelo interesse do empregado? Tentaremos responder a este questionamento nos próximos capítulos, e principalmente na conclusão, discutindo de forma exaustiva quais os problemas que envolvem a intimidade dos empregados, e quais abusos os empregadores cometem que aparecem de forma mais intensa nos dias atuais.

3.4 Teoria do Direito Social

Sustentam seus defensores que o direito do trabalho está intimamente ligado ao direito social, pois o interesse coletivo da sociedade prevaleceria sobre o direito privado. As normas e os princípios do direito do trabalho existiriam para proteger o empregado socialmente mais fraco, e hipossuficiente, predominando assim o interesse social. O fundamento básico seria a socialização do direito em posição ao direito individual, como a supremacia do direito coletivo sobre o direito individual.

Segundo Augusto César Leite de Carvalho (2011, p. 54.): No mundo do trabalho, a justificação dos direitos sociais de índole trabalhista a partir da premissa de que o homem não deve prestar o seu labor em condições que o façam somente vegetar, ou que o tornem um mero instrumento de prazer ou cobiça, pode ser aclarada com base em remissões várias, a saber:

- a) a proibição de trabalho além da periodicidade diária e/ou semanal que permite ao empregado usar o salário para prover sua alimentação, moradia, descanso, lazer etc.;
- b) a proibição de despedida arbitrária, pois esse modo de dispensar o empregado implica considerar o valor social do trabalho como um postulado menos relevante que o da livre iniciativa, instrumentalizando o trabalhador;
- c) a garantia de salário que assegure a satisfação das necessidades vitais do trabalhador e de sua família, sendo esse o fim a ser alcançado;
- d) a garantia de trabalho sem risco, a qual pode ser extraída das normas que impõem sanção jurídica para a hipótese de acidente de trabalho;
- e) a proibição de trabalho insalubre ou perigoso (os quais conduziram o empregado a enfermidade ou morte), de novo subtraindo-lhe o interesse de trabalhar para proporcionar a si e a aos seus a provisão de bens que lhes proporcionem felicidade;
- f) a proibição de trabalho infantil em circunstâncias que inviabilizem a sua formação acadêmica, moral e física.

Com efeito, pode-se concluir que qualquer ato patronal com o intuito de desvalorizar ou aviltar o trabalhador deverá ser repellido, em atenção aos direitos fundamentais e sociais, ao princípio da valorização do trabalho humano, que representam concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, independentemente de regramento específico à respeito.

A Constituição de 1988, que dispõe sobre norma trabalhista do seu art. 7º ao 11, passando a garantir inúmeros direitos sociais aos trabalhadores urbanos e rurais, sobre sindicato, sobre o livre exercício de greve, entre outros benefícios.

4 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Princípios são preposições genéricas que servem de fundamento e inspiração para o legislador na elaboração da norma positivada, atuando, também, como forma de integração da norma, suprimindo as lacunas e omissões da lei, exercendo, ainda, importante função, e operando como baliza orientadora na interpretação de determinado positivo pelo operador do direito.

Os princípios exercem, pois, uma tríplice função: informativa, normativa e interpretativa. São destaques os seguintes princípios do direito do trabalho:

Princípio da proteção, o qual se desmembra: *in dubio pro operário*; da norma mais favorável e na decisão mais benéfica; Princípio da irrenunciabilidade de direito; Princípio da continuidade da relação de empregado; Princípio da primazia da realidade; Princípio da inalterabilidade contratual; Princípio da intangibilidade salarial. (SARAIVA, 2011, p. 37-38).

Passamos analisar, individualmente, cada princípio específico do Direito do Trabalho.

4.1 Princípio da Proteção

O princípio da proteção, sem dúvida o de maior amplitude e importância do direito do trabalho, consiste em conferir ao polo mais fraco da relação laboral – o empregado – uma superioridade jurídica capaz de lhe garantir mecanismos distintos, a tutela e os direitos mínimos estampados na legislação laboral vigente. Desta forma, o princípio da proteção criou mecanismo e regras e presunções próprias, segurando uma rede protetiva ao aderir, com o claro propósito de diminuir a desigualdade no pacto de emprego celebrado com o empregador.

O princípio de proteção, em verdade, insere-se na estrutura do direito do trabalho, como uma forma de impedir a exploração do capital sobre o trabalho humano, e permitindo o bem estar – social dos obreiros.

Conforme já explicado, o princípio protetivo desmembra-se em outros três, a saber, (SARAIVA, 2011, p.37-39):

- a) Princípio *in dubio pro operário*: induz o intérprete, ao analisar um preceito que dispunha sobre regras trabalhistas, a optar, dentre duas ou mais interpretações possíveis, pela mais favorável ao empregado. Cumpra ressaltar que no campo probatório, não se aplica *in dubio pro operário*, pois o direito processual (CLT, art. 818; CPC, art.333) impõe ao

autor a prova do fato constitutivo do direito, e, ao réu, a prova do fato modificativo, extintivo o impeditivo do direito.

- b) Princípio da aplicação da norma mais favorável: aplica-se a norma mais favorável ao trabalhador, independentemente de sua posição na escala hierárquica. O citado princípio atua em três momentos distintos a seguir enumerados:

Ainda continua a mesma legislação:

1. Aplica-se a norma mais favorável na elaboração da regra jurídica, na qual as novas disposições legais devem estabelecer regras mais favoráveis aos trabalhadores, determinação essa que se encontra implícita no caput do art. 7º da carta maior, que menciona "...além do outro visem à sua melhoria de sua condição social".
2. Emprega-se a norma mais favorável na hierarquização das regras jurídicas dos dispositivos confrontados, no sentido de que havendo vários dispositivos legais em uma escala hierárquica aplica-se o que for mais favorável ao trabalhador, independentemente de sua posição na escala.
3. Aplica-se a norma mais favorável na interpretação das regras jurídicas, quando antepostas ao intérprete duas ou mais vertentes interpretativas de determinado dispositivo legal. O art. 620 da CLT bem exemplifica esse princípio ao dispor que: as condições estabelecidas em convenções, quando mais favorável, prevalecerá sobre as estipuladas em acordo (SARAIVA, 2011, p.39).

O artigo 620 da CLT revela, de maneira irrefutável, o princípio da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, independentemente da posição hierárquica que aquela tenha. Nesse diapasão, sendo as condições estabelecidas em conversões coletivas mais vantajosas que as dispostas no acordo coletivo, dúvida não há que seria aplicada a norma mais favorável ao contrato de trabalho, qual seja, a convenção coletiva de trabalho (SARAIVA, 2011, p. 39):

Princípio da condição mais benéfica: determina que as condições mais vantajosas estipuladas no contrato de trabalho do obreiro, ou mesmo as constantes no regulamento da empresa, prevalece, independentemente da edição de norma superveniente dispondo a mesma matéria, estabelecendo nível protetivo menor.

A nova regra jurídica criada somente produzirá efeitos para os novos contratos a serem firmados. É a própria aplicação da Teoria do Direito Adquirido, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, nas cláusulas contratuais.

Como exemplo da aplicação da condição mais benéfica, podemos mencionar as Súmulas 51 e 288, ambas do Colendo do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

4.2 Cláusulas e Práticas Abusivas

Cláusulas abusivas são entendidas como aquelas que, notoriamente, prejudicam a parte mais fraca da relação contratual, caracterizada pelo surgimento de desequilíbrios contratuais, ainda que não estejam inseridas em um contrato de adesão. São, portanto, aquelas que apresentam uma vantagem apenas para uma das partes, gerando assim uma desigualdade entre direitos e obrigações pactuadas.

De forma mais acertada, Edilton Meireles (2005, [n.p.]) conceitua a cláusula abusiva como toda aquela em que resta inegável o prejuízo a uma das partes da relação contratual, ou aquela que impõe uma prestação que acarrete na violação ao princípio da boa-fé, aos bons costumes ou às funções sociais e econômicas do contrato.

Já a prática abusiva consiste em ato unilateral, realizado pelo contratante, sem prévia anuência do outro. Ou seja, é todo ato praticado, unilateralmente, que excede os limites impostos pelo seu fim econômico-social, pela boa-fé, pelos bons costumes, desrespeitando, também, os princípios gerais do direito, causando notável desproporção na relação mantida com os sujeitos atingidos.

A cláusula abusiva ocorre quando um dos contratantes impõe sua vontade ao celebrar um pacto, assumindo assim, no ponto de vista formal, feição de acordo de vontades. E, é aí que se diferencia da prática abusiva, já que esta não decorre de acordo de vontades, mas, sim, da realização de ato unilateral por um dos contratantes, sem prévia anuência do outro.

Ultrapassados os conceitos, é pertinente trazer à baila que seria praticamente impossível elencar todas as situações em que nos deparamos com as cláusulas ou práticas abusivas dentro do contrato ou da relação de trabalho, posto que a multiplicidade de situações não nos permita a criação de um elenco exaustivo. Contudo, considerando a conceituação de cláusula abusiva, podemos extrair algumas regras básicas - que servem de base para a identificação da abusividade nos preceitos contratuais e nas práticas desrespeitosas -, dentre elas, a mais importante para esse estudo, as que restrinjam, fora dos limites aceitos para a hipótese, direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos.

4.3 Procedimentos de Seleção Pessoal

Imbuídos pela necessidade econômica e pela dificuldade de obtenção de trabalho, não raro o candidato a um emprego abdica de seus direitos e de aspectos de sua personalidade, cedendo a todos os abusos do empregador, por acreditar que, devido ao seu posto de hipossuficiente na relação de trabalho, esta seria a única forma de garantir um emprego digno e seu sustento.

O contratante, por sua vez, ao invés de limitar-se a obter dados específicos sobre a capacidade profissional, nem sempre se contenta na colheita de informações imprescindíveis a uma eficiente atuação laboral, e procura adentrar em circunstâncias da vida íntima e em características pessoais do empregado, por vezes totalmente desligadas na relação trabalhista a ser firmada, configurando assim a discriminação e a invasão, intensamente vedadas pelo texto constitucional.

4.4 Dados Exigidos de um Candidato ao Emprego

São inúmeros os dados lícitos que podem ser exigidos na configuração da relação de emprego, que garantem tanto a satisfação do empregador, como o respeito ao foro íntimo do empregado. O ordenamento jurídico brasileiro não dispõe de uma norma específica que regule quais métodos utilizados na seleção de pessoal são lícitos ou não, ficando muito subjetiva a avaliação de quais técnicas podem ou não ser adotadas, restando apenas o uso da ética e do bom senso para essa escolha.

A avaliação prévia da aptidão do candidato torna-se frequente, sendo muito comum a imposição de exames de seleção, que poderão compreender desde a entrevista pessoal, provas seletivas, análise de currículos e qualificações, até provas grafológicas e exames grafotécnicos, que devem se ater apenas a questionamentos sobre o caráter e personalidade do candidato, com o intuito de aferir não somente a aptidão para desenvolver as atividades a contento, como também averiguar se poderão repercutir sobre a execução do contrato no futuro. Vale ressaltar que, a licitude desses meios utilizados dependerá das cautelas que forem adotadas para não interferir na esfera privada do candidato, além do que for necessário para o efetivo cumprimento das tarefas a serem designadas.

O ideal seria que existisse um dispositivo legal que se pronunciasse a respeito desse rol de métodos a serem utilizados, ou que, ao menos, as indagações feitas pelos empregadores fossem submetidas ao crivo dos sindicatos da classe respectiva de trabalhadores ou ao Ministério do Trabalho, para aferição de quais exames e perguntas seriam relevantes ao normal desenvolvimento das atividades a serem desempenhadas. Como ainda não existe nada nesse aspecto, resta apenas recorrer ao clima de boa-fé e respeito que devem permear a relação contratual trabalhista.

5 DADOS QUE NÃO PODEM SER EXIGIDOS DO CANDIDATO AO EMPREGO

A Lei nº 9.029/95 tem como base todas as formas do que vem a ser proibida na adoção de qualquer prática discriminatória limitativa para acesso a relação de emprego, conforme está alencado no art. 1º.

Art. 1º - Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor, previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Quanto aos documentos que não podem ser exigidos, é digna de registro a proibição contida na Lei nº 9.029/95 de adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção.

Documentos os quais o empregador não deve solicitar do candidato à vaga de emprego durante a admissão (CLT, 2011): 1) Atestado que possui experiência prévia superior a 90 (noventa) dias (artigo 445, parágrafo único da CLT); 2) Comprovação de certidão negativa trabalhista ajuizada; 3) Negativação das entidades de proteção ao crédito tais como: BACEN, SPC, CADIN, SERASA, como também títulos em protesto através de cartórios; 4) Certidões de Antecedentes criminais; 5) Comprovação através de exames ou outro meio qualquer sobre o estado de gestação, esterilização e de possuidor do vírus HIV (AIDS).

É importante frisar que o acesso à certidão de antecedentes criminais é assegurado a todos, desde que esclareçam os fins e as razões do pedido, até porque a ausência de antecedentes criminais é pressuposto para o exercício de determinadas profissões, como, por exemplo, empresa de transporte de valores (carro forte) ou a vaga de vigilantes.

No entanto, a eventual existência de registro em certidão de antecedentes criminais não pode, por si só, ser fator impeditivo para a recolocação do ex-condenado no mercado de trabalho, se esta condenação não guardar alguma relação com a atividade laboral. Portanto é valioso salientar que é inaceitável a recusa de um candidato apenas pela simples existência de antecedentes criminais, sob pena de se caracterizar, desta forma, a discriminação.

Para obter a íntegra do presente tópico, atualizações, exemplos e jurisprudências, acesse Seleção e contratação do empregado - Condições Legais no Guia Trabalhista On Line.

O art. 2º da Lei nº 9.029/95 cita as formas nas quais o empregador pode cometer um ato ilícito:

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privados, submetidos às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Parágrafo único. São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo:

I - a pessoa física empregadora;

II - o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista;

III - o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

5.1 Limites do Empregador

Difícil fica dissertar sobre quais limites devem ser respeitados pelo empregador quando da contratação de novos funcionários. Como foi dito no tópico anterior, a falta de dispositivo legal que regule os métodos de seleção a serem utilizados faz com que toda essa análise do que pode ou não ser abusivo torne-se totalmente subjetiva, recorrendo-se, dessa forma, a ajuda de princípios e códigos morais, a fim de evitar que se ultrapasse a “prova de aptidão” e entre no território proibido da “prova de personalidade”.

5.2 Métodos Invasivos Utilizados

5.2.1 Grafologia

Dentre os métodos invasivos utilizados nos procedimentos de seleção de pessoal, a grafologia é um dos que são amplamente utilizados e consiste na análise

criteriosa da grafia do candidato por meio da redação ou da folha de solicitação do trabalho devidamente preenchida.

É sabido que o critério grafológico comporta um conhecimento profundo da personalidade, e implica na intromissão ilegítima na intimidade do candidato, não podendo assim ser utilizado como critério de seleção, ainda que tenha a anuência do futuro contratado.

Tal proibição existe pelo simples fato de que a autonomia da vontade deve ser sempre suscitada, respeitando os limites da lei, da moral e da ordem pública. Não há dúvida de que essa limitação do princípio da autonomia da vontade é providencial na tutela do hipossuficiente na relação trabalhista. Ora, todos sabem que para aquele que necessita do emprego seria muito fácil ser convencido em abrir mão do seu direito à intimidade, para que assim pudesse garantir a sua vaga.

É certo que prestar um consentimento para realização da prova grafológica significa, além do desprendimento de alguma das faculdades do direito à intimidade, a renúncia à liberdade do que é seu por natureza - o íntimo - colocando-se contra a moral e a ordem pública.

5.2.2 Exame Psicotécnico

Os exames psicotécnicos também comumente exigidos, em regra, destinam-se a avaliar a inteligência, o raciocínio, o interesse e a personalidade do candidato, e, infelizmente, em sua maioria, objetivam aferir não só sua aptidão para realizar a tarefa, mas também suas características psíquicas.

O ideal seria que fossem expostos apenas os aspectos da personalidade do candidato que interessassem ao empregador, ao ambiente e às funções no trabalho, evitando métodos que expusessem a sua vida e desviassem do fim proposto. Correto também que o empregado sempre concorde com a aplicação do referido teste, e que este seja realizado por profissional habilitado e qualificado (psicólogo), e desde que os dados em questão não possam ser obtidos por qualquer outro procedimento lícito e confiável.

Ressalta-se que, ao empregador, deve ser apenas revelado os resultados do teste que tiverem total relevância a capacidade profissional ou psicológica para realização da função a ser exigida, sempre de forma compatível à dignidade humana e ao respeito às questões de foro estritamente íntimo do futuro funcionário.

5.2.3 Investigações Prévias

Devido ao estado de inferioridade em que se encontra o indivíduo que aspira a um trabalho, são inúmeras as possibilidades que possui o empregador para violar o seu direito à intimidade. Desse modo, a investigação prévia, seja qual for o critério adotado, deve restringir-se a avaliação da aptidão do candidato para realizar as funções relativas ao cargo que irá ocupar.

As perguntas compatíveis com a aptidão funcional dizem respeito a experiências obtidas, diplomas, locais anteriores de trabalho e quaisquer assuntos ligados à capacidade profissional do empregado. Tornando-se assim, terminantemente, proibidas as indagações sobre opiniões políticas, crenças religiosas, filiações sindicais e origens étnicas, para que seja assegurado o respeito ao disposto no artigo 5º da Constituição Federal, de 1988, que tutela a liberdade de crença religiosa, convicção política ou filosófica e a liberdade de associação.

Mas, por exemplo, não são raros os casos de investigação prévia no que diz respeito à existência ou não de antecedentes criminais. Tem-se também como prática abusiva tal investigação, já que implica em intromissão na esfera privada. De modo que deve ficar bem nítido que, se a lei não impõe qualquer vedação ao exercício da função em face da existência dos antecedentes criminais, não pode a empresa, por si só, fazer qualquer tipo de pesquisa para este fim, sob pena de violar direito fundamental, agindo em abuso de direito.

A legislação trabalhista prevê duas hipóteses em que se exige a apresentação de atestado de bons antecedentes, é o caso dos vigilantes, conforme disposto nos artigos transcritos abaixo, referentes à Lei 7.102/83 que dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros e estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências.

Art.12 Os diretores e demais empregados das empresas especializadas não poderão ter antecedentes criminais registrados.

[...]

Art. 17 O exercício da profissão de vigilante requer prévio registro no Departamento de Polícia Federal, que se fará após a apresentação dos documentos comprobatórios das situações enumeradas no art. 16. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.184, de 2001).

E ainda, o caso dos empregados domésticos, conforme disposto na Lei 5.859/72, que versa: “Para admissão ao emprego deverá o empregado doméstico apresentar: [...]; II - Atestado de boa conduta. (Art. 2º)”. Entretanto, é obvio que em algumas outras situações, ainda que não previstas em lei, há de se abrir exceções e permitir a exigência de bons antecedentes, como em casos onde o interesse coletivo ou público estiver em tela (contratação de servidores públicos).

O direito à intimidade aqui figura como alicerce da liberdade, e como tal deve ser protegido a todo e qualquer custo por parte do Estado, e respeitado pelo empregador.

Mais severa ainda, a doutrina italiana considera totalmente ilegítimos qualquer questionamento estranho à causa contratual, como a situação familiar, os *hobbies* praticados pelo candidato e família, a vida social e os locais que costuma freqüentar, já que dificilmente influem na avaliação profissional, e dão margem a uma avaliação completamente subjetiva e despida de qualquer profissionalismo prático.

5.2.4 Exames Médicos Adicionais

Em relação à exigência de exames médicos admissionais, considera-se como prática abusiva aquela relacionada ao processo de seleção de empregado que exige a realização de exames médicos, além daqueles exigidos legalmente.

Alega-se que na seleção de empregados, o empregador, ao exigir a realização excessiva de exames médicos, estaria procurando proteger seu patrimônio da possibilidade de o trabalhador não ter condições de exercer a contento sua função. Argumento que não procede, já que a proteção do patrimônio não se faz com a realização de prévios exames médicos, mas sim por intermédio de meios e controles contra prováveis acidentes de trabalho.

Na verdade, grande parte dos empregadores exige a realização de determinados exames para que estes resultados sejam utilizados, ainda que de forma bastante velada, como óbice a contratação. O que não pode ser tolerado.

Esta exigência constitui abuso do direito de contratar, pois ao condicionar a contratação à prática de ato que invade a intimidade de outrem, o empregador abusa do seu direito de celebrar o contrato, ferindo a função social do contrato, assim como também a boa-fé. No que se refere, especificamente, ao teste de gravidez ou de esterilização, há vedação expressa na legislação nacional: a Lei

9.029/95 tipifica como delituosa essa prática, ainda que seja mera exigência, pode até, se realmente exigida, configurar ilícito civil e penal.

Vale frisar que, nas hipóteses em que são necessárias condições de saúde específicas para o exercício da função para a qual será contratado ou quando é necessário averiguar se não há risco à saúde de terceiros – como no caso das doenças infectocontagiosas do empregado, pode ser exigido que se submeta aos tais exames, assim como também, a depender da situação, é aceitável a exigência de testes psicológicos, é o caso de professores e acompanhantes de crianças, deficientes ou idosos.

6 CLÁUSULAS ABUSIVAS

6.1 Proibição de Namoro

É, obviamente, legítimo o direito que tem o empregador de obter informações a respeito da idoneidade profissional do empregado, assim como do seu comportamento no ambiente de trabalho. Todavia, não raro, esse limite é desrespeitado pelo empregador, que se intromete em circunstâncias pessoais, desrespeitando direitos e garantias fundamentais do empregado assegurados pelo texto constitucional.

Em diversas empresas, na tentativa de evitar a responsabilidade civil decorrente do assédio sexual, proíbem o namoro em serviço, concedendo exceções apenas para empregados do mesmo nível hierárquico ou, se entre níveis diversos, depois de comunicação expressa aos superiores.

É incontestável que tais exigências ou proibições, inseridas no contrato de trabalho, sejam consideradas abusivas, na medida em que interferem descaradamente na vida íntima e na liberdade sexual do empregado, criando restrições indevidas e sem propósito algum. Ora, é certo que a empresa ainda possa impedir namoro entre os empregados no local e horário de serviço, evitando a troca de carinhos no ambiente laboral e a diminuição do rendimento no serviço, mas essa interferência não pode, de forma alguma, chegar a atingir a esfera mais íntima do empregado, nem violar os direitos à liberdade, à intimidade e à vida privada garantidos no texto constitucional.

Da mesma forma, considera-se abusiva a cláusula que impede casamento de empregado com outro que trabalhe em empresa concorrente, pois a fidelidade ao cônjuge não se confunde com a fidelidade à empresa, sendo inadmissível tamanho desrespeito à liberdade e à intimidade da pessoa humana.

Assim, fica constatado que toda cláusula contratual, firmada entre empregado e empregador, que tenha por objetivo restringir direito ou garantia fundamental, deve ser tida como abusiva, pois se distancia da finalidade social do contrato, desde que a interferência na intimidade ou vida privada não guarde pertinência com os serviços a serem executados ou com a atividade desenvolvida pela empresa. De fato, em algumas situações espera-se que os empregados zelem pela coerência entre sua vida privada e os interesses da empresa, sendo necessário, portanto, que a restrição

ao direito fundamental seja justificada pela intenção de se evitar um dano grave à empresa, desde que também não cause grave lesão ao empregado:

Jurisprudência- Proibição de Namoro

Renner indenizará empregado dispensado por justa causa por namorar colega- Um empregado que trabalhou por 25 anos para as Lojas Renner S. A. receberá indenização por danos morais por ter sido dispensado, por justa causa, baseada no fato de manter relacionamento amoroso no ambiente de trabalho. Para a Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, a condenação da empresa foi acertada diante dos fatos relatados. No agravo de instrumento por meio do qual pretendia destrancar o recurso de revista interposto junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (SC), a Renner alegou que a condenação violava o artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal, que trata do direito à indenização por dano moral, além de a decisão divergir de outras proferidas em situações idênticas. Após o trancamento do recurso de revista na origem, a Renner apresentou agravo de instrumento, que foi analisado pela Segunda Turma do TST. O relator, ministro Renato Lacerda Paiva, destacou que, ao analisar os fatos, o Regional deu o exato enquadramento do caso concreto à norma legal (artigos 186 e 927 do Código Civil), segundo os quais aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito e, ainda, que o responsável pelo ato ilícito causador de dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Ademais, ressaltou Lacerda Paiva, qualquer modificação da decisão exigiria nova avaliação dos fatos e provas do processo, conduta vedada pela Súmula 126 do TST. A decisão de negar provimento ao agravo foi unânime. Publicado por Tribunal Superior do Trabalho. (grifo no original).

DANOS MORAIS. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. RELAÇÃO AMOROSA ENTRE EMPREGADOS. [...] “A reclamante foi discreto sobre o relacionamento que manteve durante um ano, tanto que a própria reclamada, por sua preposta, confessou que não sabia do caso amoroso”. O próprio diretor da empresa, acusado de conduta discriminatória, confessa que teve conhecimento de que a reclamante e o Sr. Júlio teriam sido vistos juntos “em uma praça de alimentação de um supermercado” e que esse envolvimento era uma “situação ruim para a empresa”. Diverso do alegado pela reclamada, o juiz não se confundiu na análise dos depoimentos, nem inverteu a ordem dos fatos. A condenação não se fundamentou apenas no depoimento do companheiro da reclamante, mas também nas declarações das testemunhas e do Sr. Sérgio Ney, ouvido também como informante. Para furtar-se da condenação, a reclamada questiona a moralidade no ambiente de trabalho, praticamente invadindo a vida íntima de seus funcionários que até então vinham mantendo discrição sobre a relação amorosa. É evidente a prática discriminatória por parte direção da empresa. [...] In casu, a reclamada não tece uma crítica sequer à atuação profissional da reclamante! Não há registro de faltas ao trabalho, nem há menção a qualquer advertência ou desvio de comportamento, evidenciando o caráter meramente discriminatório e retaliativo da dispensa. [...] Assim sendo, considerando a capacidade econômica da ré e o sofrimento moral descrito pela reclamante, julgo razoável majorar o valor da indenização para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). (TRT-17 – RO 0041100-16.2012.5.17.0001, 1ª Turma, Relator Claudio Armando Couce de Menezes, Publicação 29/01/2013).

6.2 Aparência

Algumas empresas também estabelecem o uso de determinadas roupas em serviço, seja para melhorar a aparência, seja para revelar os dotes físicos do trabalhador para que se atraia maior clientela. No entanto, essa obrigação contratual, altamente subjetiva, pode ser considerada abusiva por interferir na intimidade do empregado quanto ao seu modo de se vestir, e de se apresentar em público, violando, assim, as regras dos bons costumes e da função social do contrato.

É claro que aí não se enquadra a situação da empresa que estabelece o uso de uniforme pelos seus funcionários, fornecidos pelo empregador, e resguardados os limites morais impostos pelos bons costumes. Mas, na hipótese em que a empresa exige que seus funcionários compareçam aos serviços com vestimentas – próprias ou fornecidas por ela – visando sua melhor aparência ou a provocação do instinto sexual dos clientes, circunstâncias que devem ser analisadas separadamente em cada caso concreto.

Em sentido diametralmente oposto, mas na mesma linha de raciocínio, temos os exemplos das empresas que interferem na realidade dos funcionários acima do peso, das trabalhadoras que vestem minissaia e usam decote, dos homens que têm barba, possuem cabelos compridos, tatuagem, usam *piercing* ou, simplesmente, são considerados fora do padrão estético.

Em resposta a essa diversidade atual de estilos e aos “abusos” dos empregadores, a Justiça Trabalhista tem sido cada vez mais chamada a decidir os limites de interferência das companhias na aparência de seus empregados. Os manuais de conduta, que algumas possuem, são aceitos pela Justiça Laboral, e o descumprimento dessas orientações pode justificar demissões por justa causa. O Judiciário, no entanto, tem condenado as companhias pela discriminação estética, quando essas exigências ultrapassam o que poderia ser considerado razoável, o que deixa a solução dos conflitos ainda mais na mão dos magistrados, já que o critério “razoabilidade” é, por sua essência, subjetivo.

Nesta linhagem houve decisão, conforme consta a seguir (BRASIL, 2010, [n.p.]):

A Justiça do Trabalho condenou o Banco Bradesco S/A por discriminação estética, referente à proibição do uso de barba pelos empregados. A decisão do juiz Guilherme Ludwig, da 7ª Vara do Trabalho de Salvador, tomou por base a ação civil pública ajuizada em fevereiro de 2008, pelo Ministério Público do Trabalho MPT, de autoria do procurador Manoel Jorge e Silva Neto (ACP 0073200-78.2008.5.05.0007).

A sentença foi favorável ao pedido do MPT e condenou o Bradesco ao pagamento de indenização de R\$ 100 mil, por dano moral à coletividade dos trabalhadores. Um alerta para a prática de discriminação ilegítima com base em traço estético. A Constituição Federal (art. 3º, IV) proíbe preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. A empresa recorreu, mas os embargos de declaração foram julgados improcedentes, conforme sentença divulgada no último dia 2. O valor da indenização é reversível ao FAT Fundo de Amparo ao Trabalhador. O banco também será obrigado a publicar no primeiro caderno dos jornais de maior circulação na Bahia (uma nota por dia, durante dez dias seguidos, em cada um dos jornais) e em todas as redes de televisão aberta (uma mensagem por cada rede de televisão aberta), em âmbito nacional, em horário anterior ao principal jornal de informações de cada rede, a mensagem:

BRADESCO S/A, em virtude de condenação imposta pela MM. [...] Vara do Trabalho de Salvador, conforme determinação contida em decisão prolatada em ação civil pública sob nº [...], proposta pelo Ministério Público do Trabalho na Bahia, registra que a Constituição de 1988 refere que são direitos de todos os trabalhadores brasileiros a preservação de sua dignidade e proteção contra qualquer prática discriminatória, especialmente aquelas de cunho estético, cumprindo salientar ainda que o BRADESCO S/A, ao reconhecer a ilicitude do seu comportamento relativo à proibição de que seus trabalhadores do sexo masculino usassem barba, vem a público esclarecer que alterou o seu Manual de Pessoal para incluir expressamente tal possibilidade, porque entende que o direito à construção da imagem física é direito fundamental de todo trabalhador brasileiro.

Na decisão, o juiz do trabalho concluiu que a proibição patronal toma por base o puro e simples preconceito. As medidas pretendidas pelo Ministério Público do Trabalho mostram-se úteis e necessárias, pois visam a tornar efetivamente público a toda a sociedade que se fez cessar a discriminação em prejuízo dos seus empregados do sexo masculino que desejam utilizar barba, o que, em última análise, inibe evidentemente a conduta patronal transgressora para o futuro, tutelando de forma efetiva a situação de direito substancial referida., destaca Guilherme Ludwig (grifo no original).

Do mesmo modo, pode-se observar a questão da estética no julgado (BRASIL, 2010, [n.p.]):

SHOPPING CENTERS - A discriminação com base em traço estético foi alvo da atuação do MPT também em shopping centers de Salvador, quando diversos estabelecimentos firmaram termos de ajustamento de conduta (TAC), comprometendo-se a corrigir a prática ilegal. Coordenador do Núcleo de Discriminação no Trabalho do MPT/BA, Silva Neto explica que usar ou não barba, cavanhaque, bigode ou costeleta não mostra nenhuma relação com maior ou menor eficiência no tocante à prestação de trabalho. Exceção a casos de segurança em plantas industriais, quando a vedação ao uso de barba está vinculada à proteção da saúde e segurança dos trabalhadores. Com a barba, a colocação de máscaras contra o vazamento de gases tóxicos impede total aderência ao rosto. Publicação: (23/09/2010).

Nota-se, portanto, que o Judiciário zela, incansavelmente, pelo respeito às liberdades individuais e coletivas, à intimidade, à vida privada, ou seja, efetiva com veemência o seu papel de guardião constitucional.

É válido ratificar que, no exercício do seu poder diretivo, e tendo em vista, exclusivamente, a consecução normal do trabalho, o empregador pode intervir na vestimenta e no aspecto exterior do empregado. Esta intervenção pode ocorrer em qualquer tipo de atividade, mas ocorre, especialmente, em relação aos empregados que têm contato com o público. Neste ínterim, é indispensável que a imposição de determinada vestimenta ao empregado deva estar relacionada ao trabalho realizado ou à organização das atividades da empresa, seja por motivo de identificação, higiene, segurança ou qualquer outro, desde que não seja por mero capricho do empregador.

6.3 Práticas Abusivas

6.3.1 Aparelhos audiovisuais

Também, com muita frequência, ocorrem litígios na Justiça do Trabalho sobre a prática recorrente de instalação de aparelhos audiovisuais para controle dos empregados, dos seus serviços e do local de trabalho, questão bastante controversa e que merece discussão.

O empregador, na qualidade de possuidor do imóvel onde se presta o serviço, revestido do seu poder de direção, pode sim adotar medidas de controle do trabalho efetuado ou de vigilância de seu patrimônio. Mas, como dizemos, o direito do empregador termina no ponto em que começa o do empregado, e o direito do trabalhador, neste caso, nasce no momento em que o controle efetuado fere suas garantias e direitos individuais.

Nesse sentido, seria intolerável a instalação de aparelhos audiovisuais em locais reservados ao uso exclusivo dos funcionários, como vestiários, refeitórios, salas de descanso ou banheiros, pois quando o empregador coloca à disposição do empregado locais para uso pessoal por parte deste, ele está relativizando o seu próprio direito de propriedade. É daí que decorre a ilegalidade. A não prestação de serviços nesses locais supracitados e a sua disponibilização por parte do empregador os torna uma espécie de “espaço do trabalhador”, caracterizando a

prática violadora da intimidade ou da vida privada do empregado, ou seja, o abuso por parte do empregador.

Convém considerar que, no que se refere ao controle apenas auditivo, a escuta é admitida desde que esteja relacionada com a natureza do trabalho, como no caso das operadoras de *telemarketing* ou dos pilotos de aeronaves. Sendo assim, abusiva seria a prática da colocação de escutas no ambiente de trabalho, quando este controle não possuir pertinência alguma com a atividade desenvolvida.

6.3.2 Condutas Extralaborais

Apesar de, em primeiro momento, o controle efetuado por parte do empregador na conduta do empregado, fora do ambiente de trabalho e do seu horário de serviço, ser considerada abusiva, percebemos que este controle pode ser justificado e aplicado em situações específicas.

É óbvio que a empresa não deve e não pode interferir na vida privada do empregado, mais ainda fora do ambiente de trabalho; entretanto, em situações especiais que levam em consideração a natureza do labor, esse controle pode ser feito, sendo, inclusive, aceitável a pactuação de cláusulas restritivas à conduta do trabalhador, como no caso das empresas desportivas, das empresas de desfile, dos locutores esportivos, artistas, músicos ou maestros.

Entre as possíveis restrições, podemos apontar: o horário de recolhimento, a privação de determinadas atividades em períodos específicos como festas, bebidas e até relações sexuais. Ressaltando que as proibições devem possuir relação direta com a natureza do trabalho, e a sua não existência poderia acarretar em sérios prejuízos ao empregador.

6.3.3 Exames Médicos no Curso da Relação de Emprego

Não raros são os casos em que a empresa exige a realização, no decorrer da relação de emprego, de exame *antidoping*, objetivando detectar se seus empregados utilizam drogas ou álcool.

Obviamente, não há o que se falar na admissibilidade de tamanha invasão à intimidade do ser, já que são questões ligadas à vida reservada da pessoa. Apesar de que estes exames serão admissíveis, se previstos no contrato – desde que a

cláusula não seja abusiva nem ilícita – e, havendo sério e fundado interesse da empresa na investigação quanto ao uso de álcool, drogas ou entorpecentes, levando também em consideração a natureza da função a ser desempenhada pelo empregado. É o caso dos atletas profissionais, que podem ser submetidos a estes tipos de exames, observando a existência de cláusula contratual neste sentido, pois tal invasão da intimidade não pode decorrer de cláusula implícita e sem amparo contratual.

Jurisprudência- Doença- Alcoolismo

TST- Alcoolismo crônico não pode justificar dispensa de trabalhador- A dispensa, com ou sem justa causa, de empregados considerados dependentes de álcool tem sido objeto de exame no Tribunal Superior do Trabalho (TST), cuja jurisprudência consolidou-se no sentido do reconhecimento de que o alcoolismo é doença crônica, que deve ser tratada ainda na vigência do contrato de trabalho. Para o TST, a assistência ambulatorial ao empregado traduz coerência com os princípios constitucionais de valorização e dignidade da pessoa humana e de sua atividade laborativa. Dentre os recursos analisados pelo TST encontram-se os que apreciaram questões afetas à justa causa aplicadas a empregados reconhecidamente dependentes do álcool. Nos autos do AIRR-397-79.2010.5.10.0010 foi examinado recurso por meio do qual a Empresa de Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) pretendia ver reconhecida a conduta reprovável de empregado que havia sido demitido por justa causa. O julgamento ocorreu em 14 de novembro de 2012, em sessão da Sexta Turma. Segundo admitido pelo próprio carteiro, ele encontrava-se em estado de confusão mental causada pela ingestão de remédios controlados e álcool, quando praticou ofensas aos colegas de trabalho. A sentença que afastou a justa causa ante o reconhecimento da doença sofrida pelo reclamante foi ratificada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (DF/TO). Para os desembargadores, a prova técnica atestou que o reclamante, que tem antecedentes hereditários de alcoolismo, preenchia seis critérios do DSM-IV - Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders), caracterizando a dependência do álcool pelo empregado. A conclusão do Regional foi a de que o reclamante não tinha consciência plena dos atos praticados, os quais, supostamente, embasariam a decretada justa causa alegada pela empresa para o encerramento do contrato de trabalho. No TST, o agravo de instrumento da ECT foi analisado pela Sexta Turma, que confirmou o acerto da decisão Regional. Para o relator dos autos, ministro Augusto César de Carvalho (foto), o carteiro não podia ter sido dispensado se era portador de alcoolismo crônico, que atualmente também é classificado como doença e catalogado no Código Internacional de Doenças, principalmente porque, naquele momento, encontrava-se licenciado para tratamento de saúde. O magistrado destacou, também, a falta de consciência do autor acerca de seus próprios atos. A consciência, um dos pilares da justa causa, é exigida daquele que comete atos de mau procedimento, bem como o discernimento de estar atuando de forma reprovável, em violação às normas de conduta social e ao próprio contrato de trabalho. No início de dezembro de 2012, a Sexta Turma também abordou a questão da impossibilidade da dispensa por justa causa em razão de mau comportamento de indivíduo dependente de substância alcoólica. (AIRR-131040-06.2009.5.11.0052). (grifo no original)

6.3.4 Revista Íntima do Empregado

Segundo Mauricio de Figueiredo Côrrea da Veiga (Revista Consultor Jurídico, 22 de janeiro de 2013). Um dos grandes desafios da Justiça do Trabalho é encontrar o equilíbrio das práticas promovidas por empregadores a empregados, cuja relação, nem sempre é pacífica.

A revista íntima não pressupõe a nudez do empregado, na medida em que o exame de um bem pessoal, como uma bolsa, por exemplo, também pode ser considerado como revista íntima.

O Ministro Barros Levenhagen ponderou em recente entrevista que o Tribunal Superior do Trabalho não é contra o poder diretivo que o empregador detém de proceder à revista íntima de seu funcionário, desde que ela ocorra de forma moderada e dentro dos princípios constitucionais de inviolabilidade da privacidade e dignidade da pessoa humana.

No entendimento exarado pelo referido Ministro:

a revista feita com moderação e razoabilidade não caracteriza abuso de direito ou ato ilícito, constituindo, na realidade exercício regular do direito do empregador ao seu poder diretivo de fiscalização. Por exemplo, a revista em bolsas, sacolas ou mochilas não denuncia excesso do empregador e raramente gera indenização por dano moral. Desde que seja feita nos pertences dos empregados sorteados para tanto — sem que se proceda à revista íntima e sem contato corporal, mas apenas visual do vistoriador —, e em caráter geral, relativamente aos empregados do mesmo nível hierárquico (VEIGA, 2013, [n.p.]).

Todavia, será considerada ilícita e abusiva quando for feita de maneira vexatória, com exposição do empregado.

Quando do julgamento do AIRR 1060-06.2010.5.08.0003, restou consagrado o entendimento no qual:

[...] a revista nos pertences dos empregados, quando feita sem práticas abusivas, não constitui, por si só, motivo a denotar constrangimento nem violação da intimidade. Retrata, na realidade, o exercício pela empresa de legítimo exercício regular do direito à proteção de seu patrimônio, ausente abuso desse direito quando procedida a revista moderadamente, como no caso dos autos. Intacto o artigo 5º, caput e X, da Constituição Federal.

Por outro lado, o TST já entendeu que qualquer revista íntima é abusiva, pois nenhuma norma legal autoriza o empregador 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.

Conforme entendimento exarado nos autos do RR - 45200-53.2012.5.13.0024, cujo acórdão foi publicado em 7 de dezembro de 2012, a proibição generalizada é perigosa, na medida em que adentra na esfera do poder disciplinar do empregador.

Com efeito, a revista pessoal dos empregados durante a jornada de trabalho não constitui, por si só, motivo para provar o constrangimento nem violação da intimidade da pessoa. É claro que, se houver abuso, discriminação e afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, o empregador deverá ser coibido da prática, mas, dependendo da atividade desenvolvida pela empresa, e sendo a revista íntima feita de forma moderada, não há, *data venia*, como proibi-la.

Além disso, diariamente estamos submetidos a situações constantes de revistas que poderiam ser consideradas abusivas, como, por exemplo, a necessidade de se abrir malas ou retirar os sapatos antes de se ingressar nas salas de embarque de aeroportos. Se a viagem for para os Estados Unidos, então, o constrangimento é praticamente certo.

E nestes casos haverá o dever de reparação? A justificativa para os referidos procedimentos é a garantia de segurança da coletividade, fato este que autorizaria as medidas adotadas.

Diante destes princípios, poderia uma empresa de manipulação de substâncias psicotrópicas e ilícitas, proceder a revista íntima daquele funcionário que lida com a substância?

Entendo que, nesta hipótese, a revista íntima pode ser procedida, desde que haja moderação, pois o que o empregador pretende é a proteção de um bem maior, no caso a própria segurança da população, evitando que a substância chegue, ilicitamente, ao cidadão.

Por fim, invocando a lição do Ministro Aloysio Corrêa da Veiga:

[...] a matéria relacionada à revista realizada pelas empresas deve ser examinada levando em consideração a conduta da empresa, pela observância de parâmetros razoáveis na proteção do seu patrimônio, mas sem deixar de observar o direito dos empregados à preservação da intimidade, merecendo uma maior reflexão do empregador, à luz do princípio da dignidade humana.

6. 4 Assédio Moral

Para Ana Paula Sefrin Saladini (2007, p. 965.):

Fatos isolados, ainda que ofensivos à integridade moral do empregado, não configuram o assédio moral. Isso porque o próprio termo *assédio* tem a conotação de insistência impertinente, perseguição constante, estabelecimento de um cerco com a finalidade de exercer o domínio sobre a pessoa assediada.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento (2002, p. 233):

A prática do assédio se caracteriza pela repetição de gestos, palavras e comportamentos que, isoladamente, podem parecer inofensivos. A agressão moral é pontual, ainda que única atinge a dignidade do indivíduo. É aberta, direta e identificável. Ela pode até ensejar uma indenização por danos morais. Mas não se confunde com a prática do assédio moral.

União indenizará impressor vítima de assédio moral por servidor do Senado:

A Justiça do Trabalho condenou a União Federal a pagar, subsidiariamente, indenização por danos morais de R\$ 30 mil a um impressor da Steel Serviços Auxiliares Ltda., contratado para trabalhar na Gráfica do Senado Federal, onde foi submetido a tratamento vexatório por um servidor da instituição. Testemunhas informaram ter presenciado o assédio moral por parte do coordenador da área.

O processo chegou ao Tribunal Superior do Trabalho por meio de um agravo de instrumento interposto pela União (Procuradoria-Geral da União), na tentativa de ver examinado o recurso de revista, cujo seguimento foi negado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (TRT-DF/TO). A Oitava Turma do TST, porém, negou provimento ao agravo, recusando, assim, o exame também da discussão a respeito da responsabilidade subsidiária da União pelo não cumprimento das obrigações trabalhistas da Steel.

No agravo, a União alegou que a indenização era "descabida", pois o trabalhador não teria comprovado o assédio moral. Acrescentou que a caracterização desse tipo de assédio "depende da prática reiterada e contínua de condutas constrangedoras, o que não ocorreu no caso". E argumentou, ainda, que a responsabilidade subsidiária não abrangeria a indenização, apontando, na decisão regional, violação do artigo 932 do Código Civil e contrariedade à Súmula 331, item IV, do TST.

Ao examinar o caso, a ministra Dora Maria da Costa, relatora, ressaltou que a discussão sobre a responsabilidade subsidiária está superada pela Súmula 331. Quanto ao julgado indicado para divergência jurisprudencial, classificou-o de "inservível", por ser oriundo de Turma do TST, órgão não elencado no artigo 896, alínea "a", da CLT. Diante dessa fundamentação, a Oitava Turma negou provimento ao agravo de instrumento. A decisão foi unânime.

6.4.1 Processo

O impressor *offset*, que trabalhou no Senado entre novembro de 2008 e janeiro de 2010, pleiteou verbas rescisórias não recebidas e indenização de R\$ 300 mil por ter sido vítima de perseguições, xingamentos e humilhações por parte do servidor do Senado, a quem era subordinada. Além da condenação da Steel, requereu também a responsabilização da União, que, como tomadora dos serviços, não teria fiscalizado a execução do contrato com a prestadora.

Em sua defesa, a empresa afirmou que o assédio não existiu e que o servidor do Senado "é uma pessoa erudita, de fino trato, dono de um comportamento irrepreensível". Testemunhas, no entanto, presenciaram o impressor ser chamado de "moleque preguiçoso" por duas vezes pelo coordenador, que também teria destratado outros prestadores de serviços.

A 10ª Vara do Trabalho de Brasília, entendendo que o impressor foi exposto a tratamento vexatório e humilhante, fixou a reparação em R\$ 30 mil. A União recorreu da sentença, alegando que a prova oral era insuficiente e falha para comprovar o suposto dano moral. Alegou haver parcialidade nos depoimentos, pois uma das testemunhas apresentou queixa-crime no 1º Juizado Especial Criminal contra o funcionário do Senado. Além disso, afirmou que não houve a prática reiterada e contínua de condutas constrangedoras, requisito necessário para a configuração do assédio moral. Para o TRT, porém, ficou fartamente demonstrada, pelas testemunhas, a ofensa à dignidade do trabalhador.

Processo: AIRR-1271-30.2011.5.10.0010

Diante do exposto anteriormente, está evidenciado que o assédio moral vai de encontro ao princípio do direito de personalidade nas relações íntimas e entre as pessoas. Entretanto, o assédio moral no local de trabalho deve ser entendido como

uma forma de comportamento abusivo por parte do empregador, de seus antepostos, desfavorável ao empregado, expondo a danos psíquico, físico do empregado.

Ao primeiro fenômeno se dá o nome de assédio vertical, *bossing* ou mesmo *mobbing* descendente, como prefere denominar o Dr. Heinz Leymann, psicólogo e cientista médico alemão que, na década de 80, começou a estudar o fenômeno do assédio moral a partir de experiências verificadas por outros estudiosos em grupos de crianças em idade escolar que tinham comportamentos hostis, cujas manifestações começaram a ser percebidas, vinte anos depois, no ambiente de trabalho.

Assim, o que se verifica no assédio vertical é a utilização do poder de chefia para fins de verdadeiro abuso de direito do poder diretivo e disciplinar, bem como para esquivar-se de conseqüências trabalhistas. Tal é o exemplo do empregador que, para não ter que arcar com as despesas de uma dispensa imotivada de um funcionário, tenta convencê-lo a demitir-se ou cria situações constrangedoras, como retirar sua autonomia no departamento, transferir todas suas atividades a outras pessoas, isolá-lo do ambiente, para que o empregado sinta-se de algum modo culpado pela situação, pedindo sua demissão.

Já o fenômeno percebido entre os próprios colegas de trabalho que, motivados pela inveja do trabalho muito apreciado do outro colega, o qual pode vir a receber uma promoção, ou ainda pela mera discriminação motivada por fatores raciais, políticos, religiosos, etc., submetem o sujeito "incômodo" a situações de humilhação perante comentários ofensivos, boatos sobre sua vida pessoal, acusações que podem denegrir sua imagem perante a empresa, sabotando seus planos de trabalho, é o denominado assédio horizontal.

Ainda são enumerados como espécie de assédio moral o *mobbing* combinado e o *mobbing* ascendente, conforme classificação do Dr. Leymann. Aquele se daria com a união, tanto do chefe, quanto dos colegas no objetivo de excluir um funcionário, enquanto o último seria o assédio praticado por um subalterno que se julga merecedor do cargo do chefe, bem como por um grupo de funcionários que quer sabotar o novo chefe, pois não o julgam tão tolerante quanto o antigo ou tão capacitado para tal cargo.

Como bem ressalta Francisco Meton Marques de Lima (2003, p. 22), pode-se dizer, inicialmente, que os principais alvos do assédio moral são os empregados

estáveis, como diretores de sindicato e funcionários públicos, pois a estabilidade impede que os mesmos sejam dispensados sem justa causa, de modo que a tática utilizada muitas vezes pelos administradores é a de vencer pelo cansaço. Acrescenta, ainda, os trabalhadores vítimas de acidentes do trabalho, ou de qualquer doença, pois, ao invés de readaptá-los de modo paciente e compreensivo, empregador e colegas preferem hostilizá-lo, zombando de sua situação e criando um ambiente totalmente desagradável ao reabilitado.

Um dos elementos essenciais para a caracterização do assédio moral no ambiente de trabalho é a reiteração da conduta ofensiva ou humilhante, uma vez que, sendo este fenômeno de natureza psicológica, não há de ser um ato esporádico capaz de trazer lesões psíquicas à vítima.

Como bem esclarece o acórdão proferido no TRT da 17ª Região,

[...] a humilhação repetitiva e de longa duração interfere na vida do assediado de modo direto, comprometendo sua identidade, dignidade e relações afetivas e sociais, ocasionando graves danos à saúde física e mental, que podem evoluir para a incapacidade laborativa, desemprego ou mesmo a morte, constituindo um risco invisível, porém concreto, nas relações e condições de trabalho.

Danos e agravos à saúde, causados por humilhações:

- a) Dificuldades emocionais: irritação constante, falta de confiança em si, cansaço exagerado, diminuição da capacidade para enfrentar o estresse. Pensamentos repetitivos.
- b) Alterações do sono: dificuldades para dormir, pesadelos, interrupções frequentes do sono, insônia.
- c) Alteração da capacidade de concentrar-se e memorizar (amnésia psicógena, diminuição da capacidade de recordar os acontecimentos).
- d) Anulação dos pensamentos ou sentimentos que relembrem a tortura psicológica, como forma de se proteger e resistir.
- e) Anulação de atividades ou situações que possam recordar a tortura psicológica.
- f) Diminuição da capacidade de fazer novas amizades. Morte social: redução do afeto, sentimento de isolamento ou indiferença com respeito ao sofrimento alheio. Tristeza profunda.
- g) Interesse claramente diminuído em manter atividades consideradas importantes anteriormente.
- h) Sensação negativa do futuro. Vivência depressiva.
- i) Mudança de personalidade. Passa a praticar a violência moral.
- j) Sentimento de culpa. Pensamentos suicidas. Tentativas de suicídio.
- k) Aumento de peso ou emagrecimento exagerado. Distúrbios digestivos. Hipertensão arterial. Tremores. Palpitações.
- l) Aumento de consumo de bebidas alcoólicas e outras drogas.
- m) Diminuição de libido.
- n) Agravamento de doenças pré-existentes. Dores de cabeça.
- o) Estresse. Em 47% dos casos associado à tortura psicológica.

Os profissionais de saúde devem estar sensíveis às mudanças que vêm ocorrendo na organização do trabalho e aos impactos causados à saúde dos trabalhadores, pois tratar apenas dos sintomas alivia pouco, ou nada. Deve ter também certa cumplicidade, evitando preconceitos e julgamentos precipitados.

É preciso ser ético em atos, reconhecendo o sofrimento do outro e respeitando suas dores. Isto é meio caminho para a cura, ao lado do apoio fraterno, da afetividade ética e solidária, necessários para restabelecer a autoestima da vítima (SINDIPETRO – RJ, 2003, p. 10-13).

7 EFEITOS DAS PRÁTICAS E CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CONTRATO DE TRABALHO

Partindo do pressuposto que as normas trabalhistas são de ordem pública, as cláusulas abusivas presentes no contrato de trabalho configuram hipóteses de nulidade de pleno direito, de forma que o juiz pode reconhecê-las em qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. O direito, por sua vez, dispõe de duas soluções para a nulidade do ato jurídico, a sanção direta e a indireta.

A sanção direta se caracteriza pela real reparação do ato abusivo ou ilícito, já a sanção indireta mantém o ato abusivo, garantindo apenas o pagamento de quantia indenizatória, visando compensar o dano causado.

Infelizmente, a jurisprudência trabalhista tem oscilado quanto à sanção a ser adotada, já que em face da natureza das normas trabalhista e da predominância do princípio de proteção ao hipossuficiente econômico, o mais correto seria a opção pela escolha da sanção direta, e é exatamente esse o posicionamento adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho e, conseqüentemente, pelos Tribunais Regionais.

Não são raros os casos concretos que chegam ao Tribunal Superior do Trabalho (TST) de empregados que são despedidos por serem portadores do vírus da AIDS ou devido às suas convicções político-religiosa. Nestas hipóteses, atestado o abuso de direito em romper unilateralmente o contrato de trabalho, dá-se como nula a demissão sem justa causa e é ordenada a reintegração do trabalhador ao emprego. É importante ressaltar que esta reparação *in natura* decorre do fato de que o contrato de emprego não teve o seu rompimento de forma válida, já que este rompimento foi fundamentado em ato abusivo que, por ser nulo, não gera efeitos.

Ocorre que, essa reintegração, aparentemente ideal para solução do litígio e correção das injustiças, é, na verdade, o fio da navalha. Ora, nada impede que a reintegração ao emprego venha cumulada com o recebimento de verba indenizatória. Mas, suponhamos que não seja esse o caso, a mera reintegração não garante ao empregado a sua permanência no emprego se ele não dispuser de nenhuma garantia neste sentido. Sendo assim, nada impede que o empregador, após a reintegração, possa despedi-lo de forma válida numa espécie de retaliação velada pelo anteriormente ocorrido.

Somando-se a isso, ainda existem os casos em que fica impossível a restituição do empregado ao seu *status* anterior na relação de trabalho. A nulidade,

assim, resolve-se com o ressarcimento do prejuízo através de pagamento de prestação pecuniária, que leva em consideração tanto os prejuízos de natureza material e moral, quanto os reflexos que estes atos abusivos podem causar até nos familiares do empregado.

7.1 Controle das Cláusulas e das Práticas Abusivas

A cada dia cresce mais a consciência jurídica e a interminável busca pela realização do direito, não apenas no sentido de instrumentos judiciais que garantam a reparação do dano, como também na busca por mecanismos que garantam o direito na sua essência e impeçam a própria violação legal.

No direito do trabalho, com seu objetivo principal de proteção à parte hipossuficiente da relação contratual, pode-se afirmar que esse controle já é feito há muito tempo. Para isso, basta percebermos a existência dos órgãos administrativos trabalhistas que estão voltados à fiscalização do descumprimento das legislações trabalhistas. Todavia, ainda há um longo caminho a ser percorrido, já que se nota ainda certa acomodação neste objetivo fiscalizatório pela ainda existente falta de vontade política em proteger a parte inferiormente posicionada no seio da relação contratual.

Este controle pode ser feito e a partir daí classificado de diversas formas, dentre elas o controle interno, externo, administrativo, legislativo e judicial.

O controle interno é realizado pelas próprias partes pactuantes do contrato, que estabelecem entre si regras próprias a fim de evitar a execução abusiva de cláusula contratual ou, até mesmo de sua pactuação. Este controle pode ser executado tanto em caráter individual como em caráter coletivo, neste caso, com a participação das entidades sindicais representantes da classe ou categoria. Tem-se utilizado, na prática, cláusulas que assegurem ao empregado o direito de anuir expressamente qualquer modificação feita no contrato de trabalho pelo empregador no curso de sua execução, ou ainda a inclusão de cláusula regedora de interpretação, que impõe aquela mais favorável ao empregado - se bem que esta última regra não se faz necessária, já que no Direito Laboral os próprios princípios existentes garantem o favorecimento interpretativo em prol do trabalhador.

Coletivamente, acordos e convenções também podem criar mecanismos de proteção e controle dos atos abusivos, sendo até possível a vedação de

determinadas cláusulas, já reconhecidamente tidas como abusivas e já inseridas nestes contratos individuais. Em suma, por meio do controle interno ou voluntário, seja ele individual ou coletivo, as próprias partes interessadas ou seus representantes sindicais, inseridos na relação de emprego, podem criar mecanismos de controle destes atos abusivos.

O controle externo, por sua vez, é exercido por terceiros, ainda que por provocação dos próprios contratantes, como no caso do controle exercido pelos órgãos da Administração Pública, pelo Poder Executivo, pelo Poder Legislativo ou através de intervenção do Poder Judiciário, como também o exercido por terceiros legitimados que podem ser tanto associações, como os sindicatos. No que diz respeito ao controle exercido pela Administração Pública, ele pode ser efetuado através da atuação do Ministério do Trabalho ou do Ministério Público do Trabalho.

O Ministério do Trabalho, enquanto órgão integrante do Poder Executivo da União exerce o papel de fiscal da lei trabalhista, já que esta é de ordem pública, cabendo-lhe, então, a fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho e ao trabalhador, sendo de fundamental importância o papel dos fiscais do trabalho que exercem o controle sobre as cláusulas ou práticas abusivas inseridas nos contratos de trabalho.

O controle exercido por este órgão ainda pode ser exercido de forma legislativa, pois também é de sua competência a edição de regras relativas a alguns aspectos da relação de emprego, como, por exemplo, as que se referem à medicina e à segurança do trabalho.

Esse mesmo controle administrativo pode ocorrer através do Ministério Público do Trabalho, que tem por função precípua a instauração de inquérito civil e outros procedimentos administrativos, com o fim de assegurar o respeito aos direitos sociais dos trabalhadores, além de requisitar à autoridade administrativa federal competente a instauração de procedimentos administrativos. No desenrolar do inquérito civil público, o Ministério Público poderá, inclusive, firmar termos de conduta, aplicar multas e sanções, criando assim mecanismos de controle das cláusulas abusivas e até tornando inválidas aquelas já firmadas pelos empregadores.

O controle legislativo, por sua vez, ocorre a partir da elaboração de normas que dispõem sobre as cláusulas abusivas, merecendo destaque o controle dos atos abusivos por meio de regras materiais, ou seja, normas relativas ao conteúdo do

contrato que definem quais os objetos possíveis desse contrato e estabelece limites objetivos ao exercício do direito do trabalhador, já reconhecido.

Este controle legislativo pode ser exercido através de três técnicas, conforme assevera o professor Edilton Meireles (2005, p.223).

[...] a primeira, pela regulamentação da matéria de forma exaustiva e detalhada; a segunda, pela coletivização do direito; e, a terceira, pela administração pública dos interesses privados.

Na primeira hipótese, o legislador, ao regulamentar a matéria de forma detalhada, diminui o campo de atuação do indivíduo, quase que impedindo a prática do abuso do direito. Neste caso, diante de uma legislação exaustiva, cresce o campo da ilicitude e diminui o do abuso do direito [...]

Outra técnica de combate ao abuso é a coletivização do direito, que ocorre quando a vontade individual é suprimida, condicionando o exercício do direito à vontade da coletividade. Com essa técnica o legislador procura evitar que o hipossuficiente ceda às pressões do economicamente mais forte, celebrando contratos com cláusulas abusivas [...]

Por esse processo técnico, a defesa dos interesses que devem ser respeitados incumbe aos próprios interessados, que, para esse fim, se organizam, adquirindo, pela associação, a força e o prestígio que isoladamente não possuem. Podem enfrentar, assim, os que teriam a possibilidade de abusar da sua fraqueza ou da sua necessidade [...].

Por fim, pode o legislador estabelecer a administração pública dos interesses privados (ou assistência) como meio de combate ao abuso do direito. No direito do trabalho essa administração pública ocorre através da atuação do Poder Público ou por meio de delegação de poderes às entidades sindicais [...].

Sendo assim, para evitar quaisquer tipos de abusos, o legislador pode dispor de inúmeros meios que asseguram à classe trabalhadora o seus direitos, controlando as cláusulas e práticas abusivas efetuadas pelo empregador.

No conjunto de tutela ao empregado, ainda temos o controle judicial, que, é, obviamente, exercido pelo Poder Judiciário, mas sempre por provocação da parte interessada, pelos seus representantes, pelos seus substitutos processuais ou ainda pelo Ministério Público do Trabalho.

No Brasil, infelizmente, é este o controle mais utilizado. Dizemos infelizmente porque o ideal seria que o empregado gozasse de proteção ao emprego, e não como ocorre, uma proteção a *posteriori*, que mais preza pela invalidade da cláusula ou prática, após ela já ter sido efetivada e o dano já tiver sido gerado. Este controle posterior, via de regra, consiste na anulação da cláusula ou prática abusiva, com ressarcimento dos danos causados, tenham sido eles materiais ou formais.

Sendo assim, são inúmeras as formas de controle dos abusos incansavelmente cometidos pela classe detentora do poderio econômico, mas, ainda, há muito que se fazer para que de fato seja possível a garantia plena dos

direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores, tanto no contrato de trabalho como na sua fase de execução.

8 CONCLUSÃO

O Direito individual do trabalho está definido com regras e princípios e institutos jurídicos, que têm como base as pessoas e matérias envolvidas, nas relações laborais. Os doutrinadores adotaram um conceito subjetivo para definir o direito individual do trabalho, ao adotarem a relação de emprego como categoria fundamental, é assim que se constrói o direito do trabalho. Ou seja, é tudo e qualquer trabalho prestado por pessoa física.

Por este motivo, o direito do trabalho tem uma importante finalidade ao estabelecer medidas protetoras para o trabalhador, ao assegurar condições dignas de labor, desde o nascimento, desenvolvimento até o término da relação contratual.

Na formação histórica do direito do trabalho, até o século XIV, o trabalhador não era reconhecido como justo direito, pois era tratado em regime de escravidão. Alguns anos depois, na época do feudalismo, surgiu o regime da servidão, onde os obreiros tinham proteção militar e política dos senhores feudais, eram obrigados a trabalhar nas terras e em troca de tudo aquilo que produzia tinham que entregar parte desta produção. Esses trabalhadores eram conhecidos como servo de gleba.

Na idade média os senhores feudais foram enfraquecidos devido ao surgimento de uma nova sociedade, com visões diferentes, comércio, indústria e centro urbano, onde as pessoas procuravam trabalho. Desta forma, passaram a se reunir para discutir as suas necessidades, levando ao surgimento de associações, mestres, direções e coordenações. Posteriormente, as oficinas artesanais e seus mestres (os quais eram proprietários) exerciam o direito de explorar as atividades, sendo proibidos a qualquer trabalhador explorar a mesma atividade no território, todos os aprendizes deviam obediência a este mestre.

Na revolução industrial, apareceram as primeiras normas com fontes de justiça voltada para o trabalho, assegurando direitos fundamentais com fundamentação em normas trabalhista.

Os direitos da personalidade ganharam força, especialmente após as grandes guerras, sendo motivo de grandes discursões para ser tutelado como direito fundamental. No Brasil, a Carta Magna de 1988 veio a reforçar o direito fundamental. Tal direito veio defender em todos os aspectos o homem como um ser social.

Diante de tudo o que foi exposto, vimos que a inadmissibilidade de inúmeras cláusulas e métodos invasivos à intimidade e à privacidade do empregado, baseado

inclusive na inconstitucionalidade de tais práticas, tem sido tema de diversas discussões nos campos doutrinário e jurisprudencial. A importância do debate é indiscutível, tendo em vista sua repercussão na sociedade como um todo e na necessidade de tutela ao empregado, que é hipossuficiente econômico na relação contratual trabalhista.

A indiscutível importância do respeito aos direitos da personalidade garantidos ao homem, como pessoa, confere ao empregado inúmeras garantias, dentro do contrato de trabalho e na sua execução, em possíveis conflitos, neste contexto, com o empregador;

As práticas supracitadas no decorrer deste trabalho serão consideradas abusivas sempre que desrespeitarem os limites impostos, que são aqueles baseados na dignidade da pessoa humana, no respeito ao foro íntimo.

Por fim, imperioso ressaltar que, o controle das cláusulas e práticas abusivas, em suas diversas formas, conforme elencado nos capítulos anteriores, deve ser objeto de cuidadosa prática e estudo, a fim de garantir ao empregado que ele, ainda que inferiormente colocado na relação contratual, possa sentir-se seguro e amparado aos abusos da classe economicamente dominante.

REFERÊNCIAS

AIETA, Vânia Siciliano. **A garantia da intimidade como direito fundamental**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 83.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 4. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ANDRADE, Geraldo. **A evolução dos direitos da personalidade**. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/23649/a-evolucao-dos-direitos-da-personalidade>> Acesso em: 27 mar. 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BRASIL. **Constituição da república federal do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983**. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%207.102-1983?OpenDocument>. Acesso em: 30 mar. 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.029, de 13 de abril de 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. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%209.029-1995?OpenDocument>. Acesso em: 05 abr. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. **Acórdão nº 9.029/2002** - TRT 17ª Região - 1142.2001.006. 17.00.9 - Publicado no D.O.E: 15/10/2002. Disponível em: <<http://cvmadvogados.blogspot.com.br/2012/01/assedio-moral-no-direito-comparado.html>>. Acesso em: 10 abr. 2014

BRASIL. Ministério Público do Trabalho na Bahia. **Banco Bradesco é condenado por discriminação estética**. Disponível em: <<http://mpt-prt05.jusbrasil.com.br/noticias/2387571/bradesco-e-condenado-por-discriminacao-estetica>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **União indenizará impressor vítima de assédio moral por servidor do Senado**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/en/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/uniao-indenizara-impressor-vitima-de-assedio-moral-por-servidor-do-senado>. Acesso em: 12 abr. 2014.

CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. **Direito do trabalho** [recurso eletrônico]: curso e discurso. Aracaju: Evocati, 2011, p. 54. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/12179/_%E2%98%852011_carvalho_augusto_cesar_leite_direito_trabalho_versao003_dez2012.pdf?sequence=6>. Acesso em: 25 abr. 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTR, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 29.

DINIZ, Maria Helena. Parte Geral. **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 23.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro** – teoria geral do direito civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1. p. 99, 102.

Direitos Humanos Fundamentais do Trabalho - Dano Moral - **Jornal do 11º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho** – São Paulo: mar. 2003 LTr, 25 – 26, p.22

DOCUMENTOS QUE NÃO PODEM SER EXIGIDOS NA SELEÇÃO E CONTRATAÇÃO DE UM EMPREGADO. Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/docproib_contratacao.htm> Acesso em: 12 abr. 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: Teoria geral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 140.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 1025.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 1034.

GANGLIANO, Pablo Stolze; PANPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Parte Geral. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Capítulo V, p.181-225

JÚNIOR, Nélon Nery; Rosa Maria de Andrade Nery. **Código civil anotado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 156.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Os direitos da personalidade na perspectiva dos direitos humanos e do direito constitucional do trabalho**. 2006. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n9/3.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

LEYMANN, Heinz. **The mobbing encyclopaedia**. Disponível em: <<http://www.leymann.se/English/13100E.HTM>>. Acesso em 10 abr. 2014

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Método, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. Relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, p. 132, 2003.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Assédio moral no direito comparado**. Disponível em: <<http://cvmadvogados.blogspot.com.br/2012/01/assedio-moral-no-direito-comparado.html>>. Acesso em: 12 abr. 2014.

NICOLODI, Márcia. **Os direitos da personalidade**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31513-35766-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2014.

ONU. **Declaração universal dos direitos humano**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 09 abr. 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, vol. I. 1989, p.153 e 159.

PEREIRA, Marcelo Cardoso, **Direito à intimidade na internet**. Curitiba: Juruá, 2003, 148. 65. Disponível em: <www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/.../231>. Acesso em: 11 mar. 2014.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. Parte Geral. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v1.

SALADINI, Ana Paula Sefrin. Trabalho, medo e sofrimento. **Revista LTR**, agost. 2007. vol. 71, n. 08. p. 965.
SARAIVA, Renato. **Direito do trabalho**. 4. ed. Método, São Paulo: Método, 2011

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 323

SINDPETRO. **Cartilha sobre assédio moral** - Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: < <http://www.sindipetro.org.br> / e-mail: saude-meioambiente@sindipetro.org.br>. Acesso em: 08 abr. 2014.

VEIGA, Mauricio de Figueiredo Corrêa da. **Revista pessoal não deve violar intimidade da pessoa**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-22/mauricio-veiga-revista-pessoal-nao-violar-intimidade-pessoa>> Acesso em: 10 abr. 2014.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. **The right to privacy**. Originally published in 4 Harvard Law Review 193 (1890). Disponível em: <<http://www.law.louisville.edu/library/collections/brandeis/node/225>> Acesso em: 10 mar. 2014.