

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Oliveira, Paulo Eduardo V.

O dano pessoal no direito do trabalho / Paulo Eduardo V. Oliveira —
2. ed. — São Paulo : LTr, 2010.

Bibliografia.

ISBN 978-85-361-1508-5

1. Danos (Direito civil) — Brasil 2. Direito do trabalho — Brasil 1. Título.

10-00232

CDU-347.426.31:331(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Dano pessoal : Direito do trabalho 347.426.31:331(81)

Diante disso, pode-se então definir a subordinação trabalhista como o estado de dependência, submissão ou sujeição jurídica do empregado, em face do poder diretivo do empregador.

6 **Exclusividade**: É um requisito não essencial. Nada impede que um trabalhador possua mais de um emprego. Contudo, se ativa tão somente para uma única pessoa física ou jurídica, ficará robustecida a presunção de existência de vínculo empregatício.

Sendo o contrato de trabalho consensual, ele aperfeiçoa-se com a manifestação da vontade de ambos os contraentes, que juridicamente se vinculam com direitos e obrigações recíprocos.

Por vezes, porém, as declarações de vontade podem estar eivadas por vícios de consentimento, que podem gerar a anulabilidade do contrato, e se esta causar dano patrimonial ou pessoal, o causador deste responde com reparação ou com indenização.

7.2. A relação pessoal no contrato de trabalho

A doutrina costuma ressaltar, como regra, o caráter patrimonial decorrente do contrato de emprego, relação que, todavia, não esgota toda a riqueza do contrato.

O contrato de trabalho não se resume ao pagamento de salário, mediante a contraprestação do trabalho, tendo uma dimensão muito maior do que a patrimonial.

Uma das principais finalidades das normas laborais é a de assegurar o direito à dignidade das partes envolvidas nessa relação: empregado e empregador.

A norma inscrita no art. 170 da Constituição Federal brasileira dispõe:

"Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)."

Do teor da norma inserida no art. 170 da Constituição Federal brasileira, extrai-se a preocupação com o conteúdo ético do trabalho.

O contrato de trabalho traz, ao menos implicitamente, o direito e a obrigação de respeito aos direitos personalíssimos. Nesse sentido, a Consolidação das Leis de Trabalho prevê, nos arts. 482 e 483, a possibilidade de rescisão do contrato, quando atos lesivos à honra e à boa fama forem praticados pelo empregador ou seus prepostos ou pelo empregado.

A identificação da necessidade de proteção jurídica da dignidade do empregado aparece em múltiplas restrições ao exercício da autonomia contratual pelo empregado, incidindo e integrando o conteúdo do contrato de trabalho.

Dessa forma, surgem diversas formas de proteção à dignidade das partes envolvidas na relação de emprego, incidindo e fazendo parte do conteúdo do contrato de trabalho, determinando uma série de direitos e obrigações recíprocas.

Por tudo quanto foi exposto, verifica-se que o contrato de trabalho envolve empregado e empregador como uma relação pessoal, muito mais ampla que a simples relação patrimonial.

Há um desconhecimento generalizado da relação pessoal existente na relação de emprego, chegando-se a algo paradoxal. Como exemplo, pode ser citado acórdão em que se julgou a incompetência do juízo trabalhista, do qual se reproduz pequeno tópico "o prejuízo do qual (fulana) reclama ressarcimento não vem da relação de trabalho, mas sim da relação de ordem privada que a mantinha nas dependências do Banco e em virtude da qual sentia discriminada como pessoa e não como empregada."

Inaceitável, sob todos os pontos de vista, a dicotomia que se estabelece no mesmo indivíduo, sua condição de pessoa e de empregado. Este, ao integrar-se numa relação de emprego, não se "coisifica", podendo marcar sua obra com o sinete de sua própria personalidade.

Os laços pessoais que unem empregador e empregado ressaltam-se com o estudo sobre a boa-fé, objeto do parágrafo subsequente.

7.2.1. O princípio da boa-fé

Empregado e empregador devem pautar-se pelo princípio da boa-fé na execução do contrato de trabalho.

Há um princípio aplicável em todos os campos do direito, bem explicitado no art. 422 do Código Civil de 2002, segundo o qual, todos os contratos devem pautar-se nos princípios da probidade e boa-fé e, por conseguinte, obrigam não apenas ao que nele se expressa, mas a todas as consequências que, segundo sua natureza, sejam conformes à equidade, ao uso ou à lei. Nesse sentido o artigo do Código Civil ora transcrito.

"Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

No que se refere a esse tema, assim preleciona Américo Plá Rodríguez:

"...a boa-fé não é uma norma — nem se reduz a uma ou mais obrigações —, mas é um princípio jurídico fundamental, isto é, algo que devemos admitir como premissa de todo o ordenamento jurídico. Informa sua totalidade e allora de maneira expressa em múltiplas e diferentes normas, ainda que nem sempre se mencione de forma explícita."⁽¹¹⁴⁾

O princípio da boa-fé tem, no direito do trabalho, um sentido muito especial, em virtude do componente pessoal nele existente.

O contrato de trabalho não cria somente direitos e obrigações de ordem exclusivamente patrimonial, mas, também, pessoal. Cria, de outro lado, uma relação

(114) RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*, p. 269.

estável e continuada, na qual se exige confiança recíproca em múltiplos planos de direções opostas e, sobretudo, por um período prolongado de tempo.

Este é, também, o entendimento de Pérez Botija, para quem

"A relação de trabalho não é um negócio circunstancial, nem uma fugaz transação mercantil, mas contém vínculos sociológicos pessoais e permanentes. Assim, originada de um fato econômico, não pode resumir-se exclusivamente em direitos e deveres patrimoniais, coexistem vínculos de ordem moral e espiritual que, numa moderna concepção do trabalho, não devemos desconhecer."⁽¹¹⁵⁾

O contrato de trabalho, assim, deve ser entendido como uma relação pessoal tendo em um dos polos uma pessoa natural e, no outro, uma pessoa natural ou jurídica.

A doutrina costuma dividir o princípio da boa-fé em duas diferentes acepções: a boa-fé — crença, que é a posição de quem ignora determinados fatos e pensa, portanto, que sua conduta é legítima e não causa prejuízos a ninguém, e a boa-fé — lealdade, que se refere à conduta da pessoa que considera cumprir realmente com o seu dever.

A boa-fé — lealdade, que deve figurar como princípio de direito do trabalho, pressupõe uma posição de honestidade e honradez no comércio jurídico, porquanto contém implícita a plena consciência de não enganar, não prejudicar, nem causar danos. Mais ainda, implica a convicção de que as transações são cumpridas normalmente, sem trapaças, sem abusos, nem desvirtuamentos.⁽¹¹⁶⁾

Ressalte-se que o princípio da boa-fé deve abranger as partes envolvidas na relação de emprego e todas as cláusulas do contrato de trabalho.

As relações de trabalho não consistem em um simples intercâmbio de prestações patrimoniais. Elas fazem o trabalhador entrar em uma comunidade de trabalho, obriga o empregador a conceder-lhe a necessária confiança. Impõe ao trabalhador uma obrigação de boa-fé particular, podendo-se falar de uma obrigação de fidelidade do trabalhador relativamente ao empregador.

Paul Durand, manifestando-se sobre a importância do princípio, assim exprime:

"Este dever de uma particular boa-fé impõe ao trabalhador a obrigação de abster-se de todo ato que possa prejudicar o empregador e de efetuar aqueles que tendam à proteção dos interesses deste. Esta obrigação está amiúde determinada em seu conteúdo de trabalho. Ela será tanto mais imperiosa quanto mais estreitas sejam as relações pessoais entre as partes: menos estritas para os operários que para os empregados (mais intimamente associados aos serviços do empresário) e o pessoal do serviço doméstico que participa da vida familiar."⁽¹¹⁷⁾

Posteriormente, Durand cita quatro formas de manifestação do princípio de boa-fé, por parte do empregado.

(115) BOTIJA, Pérez. *Curso de derecho del trabajo*, p. 176.

(116) RODRIGUEZ, Américo Plá. *Op. cit.*, p. 273.

(117) DURAND, Paul. *Traité de droit du travail*, p. 586.

"1) o t
compre

2) o t
comer

3) o t

4) o t

legisla

Da m

nas suas re

condições

Qual

cause ou q

-la pelos d

O d

de trabalh

1) o trabalhador deve reservar ao empregador todo o tempo a que se comprometeu, evitando o trabalho para terceiros durante o horário de trabalho,

2) o trabalhador está impedido de revelar segredos de fabricação ou segredos comerciais,

3) o trabalhador deve abster-se de fazer concorrência desleal, e

4) o trabalhador deve evitar todas as formas de corrupção especificadas na legislação. ^{§ 118}

Boa fé do empregador
Da mesma forma, o empregador também deve reger-se pelo princípio da boa-fé nas suas relações com o empregado, por exemplo, expondo-lhe (na contratação) as condições de trabalho a que será submetido, as dificuldades que podem surgir, etc.

Qualquer das partes inseridas no contrato de trabalho, que pratique ato que cause ou que possa causar lesão à outra, seja patrimonial, seja pessoal, deverá indenizá-la pelos danos cometidos.

O descumprimento pelas partes, das obrigações pessoais decorrentes do contrato de trabalho, implica dano pessoal ressarcível.

se descumprir algo por dano pessoal indenizável

CONTRATO DE TRABALHO E CIDADANIA

8.1 Cidadania e relação de emprego

Cidadania, em sentido estrito, como preleciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é um status ligado ao regime político, podendo-se distinguir três graus: a) o mínimo, de que há participação no processo político com possibilidade de acesso aos cargos públicos em geral, mas sem elegibilidade; b) o médio, compreendendo elegibilidade com restrições, c) o máximo, com plena elegibilidade e pleno acesso aos cargos públicos.⁽¹¹⁹⁾ Em sentido lato, cidadania consiste no direito de usufruir de todos os benefícios que a sociedade dispõe ou deve dispor para todos e não só para eupátridas, tais como educação escolar nos diversos níveis, seguridade social (saúde pública, da previdência ou da assistência social).

O princípio básico é empregado e empregador devem, reciprocamente, em todas as fases do contrato, incluída a preliminar, respeitar direitos e deveres individuais e coletivos elencados no art. 5º da Constituição Federal, que no seu *caput* declara: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade."

Dessa forma, têm, empregado e empregador, direito à intimidade, à liberdade de pensamento e expressão, de consciência e crença religiosa, de associação, de acesso a informações e de consciência, de convicção política ou filosófica, além de outras.

Dentre as variadas formas que podem propiciar a ofensa aos mencionados direitos de cidadania, duas — ofensa ao direito à intimidade e discriminação negativa — merecerão análise mais detalhada.

8.2. Direito à intimidade

Na abordagem da matéria, os autores distinguem os conceitos de intimidade e privacidade nos âmbitos objetivo e subjetivo.

"O direito à intimidade há muito vem sendo conceituado como aquele que visa a resguardar as pessoas dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos."

(119) CL. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, p. 205 e 206.

outrem, pressupõe a divulgação de fato

O conceito de intimidade determina-se, por sua natureza, pela informação sobre a pessoa e se desenvolvem

O art. 5º, inciso I, garante a inviolabilidade do domicílio e como asilo industrial e telefônicas (in)

Sem força de modalidades de

A Conso

O Estatuto da intimidade, n

"Art. 4º, inciso I, su intimidade e a ofensa

O art. 5º, inciso I,

"Art. 1º, inciso I, y efectos y de los trabajos se com del ce

Em d pode prati

O tra da morad moradia e o trabalh

Algo como a d telegráfico Embora a violaçã

(120) BAR

(121) Ibid

(122) VILL

labor

(123) Ibid

outrem, pressupõe ingerência na esfera íntima da pessoa através de espionagem e divulgação de fatos íntimos obtidos ilicitamente. ^{*(120)}

O conceito subjetivo é a "pretensão de um indivíduo, grupo ou instituição de determinar-se, por si mesmo, quando, como e em que, pode comunicar-se a outros, ~~informação sobre ele~~", e o objetivo, "a esfera inderrogável de liberdade pessoal em que se desenvolvem a racionalidade e a vida privada dos indivíduos" ^{*(121)}

O art. 5º, da Constituição Federal de 1988, explicita três modalidades de inviolabilidade que merecem menção: a intimidade individual (inciso X), a da casa como asilo individual (inciso XI) e da correspondência, das comunicações telegráficas e telefônicas (inciso XII).

Sem forçar a compreensão dos termos, pode-se dizer que a norma garante três modalidades de intimidades: a individual, a da moradia e a das comunicações.

A Consolidação das Leis do Trabalho é omissa a respeito da questão.

O Estatuto do Trabalhador espanhol é mais explícito, no que concerne à intimidade, na Lei n. 3/89, em que se estipula:

"Art. 4º, 2º e. En la relación de trabajo los trabajadores tienen derecho () al respecto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual." ^{*(122)}

O art. 18 do mesmo ordenamento jurídico espanhol ainda dispõe:

"Art. 18. Sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro del trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro del trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible." ^{*(123)}

Em diversas ocasiões, no curso de uma relação de emprego, uma das partes pode praticar atos que agride as intimidades apontadas.

O trabalho doméstico, certamente mais do que qualquer outro, propicia a violação da moradia, quer porque frequentemente o(a) empregado(a) mora em cômodos da moradia em que trabalha, cômodos que podem ser facilmente vasculhados, quer porque o trabalho da empregada lhe dá acesso direto a todos os compartimentos.

Algumas funções desenvolvidas no interior do estabelecimento do empregador, como a de telefonista, por exemplo, possibilitam um contato com a correspondência telegráfica e telefônica do empregado e do empregador, propiciando uma violação. Embora funcionalmente tais empregados tenham acesso às informações confidenciais, a violação ocorrerá quando estes as revelarem a terceiros.

(120) BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*, p. 28.

(121) *Ibidem*, p. 30.

(122) VILLAR, José Manuel del Valle. *El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo en el ordenamiento laboral español*, p. 157.

(123) *Ibidem*, p. 158.

Ha uma grande incidência, que se revela nas decisões judiciais, da violação da intimidade individual no âmbito do estabelecimento, explicando-se por que os autores costumam dar a esta maior atenção, enfocando sobretudo aquela comissada pelo empregador contra seu empregado, embora a de ambas as partes devam ser resguardadas.

No entanto, certas asserções que se fazem ao direito à intimidade individual do empregado, em outros contextos e circunstâncias, valem, também, em relação ao empregador.

Falar em intimidade, não do empregador ou de seus prepostos como pessoas físicas, mas da empresa pessoa jurídica, pode ser exagero. Todavia, quando se entende a figura do ato faltoso da revelação de segredo por parte do empregado, pode-se dizer que houve a violação de uma certa "intimidade" conhecida como a "alma do negócio". Entende-se por segredo, "todo fato, ato, ou coisa, que, de uso ou conhecimento exclusivo da empresa, não possa ou não deva ser tornado público, sob pena de causar prejuízo, remoto, imediato ou provável, àquela".⁽¹²⁴⁾

Observa ainda Durval de Lacerda que o ato faltoso consiste em violar, não implicando necessariamente revelar, e para justificar o dever de sigilo, diz fundamento no dever de fidelidade.⁽¹²⁵⁾

O direito à intimidade pode ser classificado como um direito individual relativamente à liberdade, com natureza jurídica de direito fundamental de defesa.

Jose Luis Gofu Sein, em ótimo estudo sobre o tema, assim ressalta o direito à intimidade:

"El derecho a la intimidad penetra, también, en la relación del trabajo, engendrándose en un importante límite a la potestad discrecional del empresario, y al mismo tiempo en garantía del ejercicio de otros derechos fundamentales. Su reconocimiento implica la superación de la escisión entre el status general del ciudadano y el del trabajador subordinado, que por la posición de sujeción reducida su libertad. El régimen de garantía constitucional de los derechos inolables que afecta al derecho a la intimidad no admite graduaciones, ni como consecuencia de la posición que ocupa el individuo, ni de la actividad que desempeña. Por ello, la situación de subordinación que caracteriza la relación de trabajo no puede explicarse en manifestaciones de ejercicio del poder empresarial que lesionan instancias irreducibles de libertad o intimidad".⁽¹²⁶⁾

Como já sublinhou muito bem Arion Sayão Romita a respeito do tema:

"A subordinação não significa sujeição ou submissão pessoal. Este conceito corresponde a etapa histórica já ultrapassada e faz lembrar lutas políticas que

remontam à condição da coisa (res). O trabalho, esta sim, obriga-se a luta, que se vincula como antes e está em coordenação negociada de iniludíveis fins.

Costuma-se apressar o empregador. Este pode ser em três modalidades que se referem às atividades a serem desenvolvidas (ordens e ordens)

É o exercício do poder demonstram reiteradamente a privacidade do operário da intimidade com o

Neste sentido,

"Não é o fato de deter este último a liberdade no local de trabalho jurídica em si mesma, mas poderá consistir em uma fundamentação deverá ser admitindo-se imprescindível

Pode-se, aliás, porque, como não honra como intimidade

"Se a honra é considerada no sentido de terceiros confundidos que atingem concomitantemente a

(124) LACERDA, Durval de. A falta grave no direito do trabalho, p. 214.

(125) *Ibidem*, p. 212 e 214.

(126) BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., p. 31-32.

(127) SEIN, Jose Luis Gofu. El respecta a la esfera privada del trabajador, p. 22.

(128) ROMITA, Arion Sayão.

(129) BARROS, Alice Monteiro de.

remontam à condição do trabalhador como objeto de *locatio*, portanto equiparado a coisa (*res*). O trabalhador como pessoa, não pode ser confundido com a atividade, esta sim, objeto da relação jurídica. No dizer de Francisco Ferrara, essa luta, que se vinculava a formas econômicas anacrônicas e superadas, não existe como antes e está desaparecendo paulatinamente para dar espaço à ideia de coordenação negociada de atividades profissionais com vistas ao cumprimento de iniludíveis fins comunitários. ^{*(128)}

Costuma-se apresentar a subordinação como o lado passivo do poder diretivo do empregador. Este poder, em relação a seus trabalhadores, pode manifestar-se em três modalidades que se concatenam: o de organização (dar conteúdo concreto às atividades a serem desenvolvidas pelo trabalhador), o de controle (verificar a observância das ordens e orientações dadas) e o disciplinar (punir por inadimplemento das ordens).

É o exercício do poder diretivo pelo empregador que mais frequentemente, como demonstram reiteradas decisões judiciais, vem propiciando ocasiões de invasão da privacidade do operário. Entende-se, assim, por que os autores relacionam violação da intimidade com o poder diretivo.

Neste sentido, merece citação a observação de Alice Monteiro de Barros:

"Não é o fato de um empregado encontrar-se subordinado ao empregador ou de deter este último o poder diretivo que irá justificar a ineficácia da tutela à intimidade no local de trabalho, do contrário, haveria degeneração da subordinação jurídica em um estado de sujeição do empregado. O contrato de trabalho não poderá constituir 'um título legitimador de recortes no exercício dos direitos fundamentais' assegurados ao empregado como cidadão, essa condição não deverá ser afetada quando o empregado se insere no organismo empresarial, admitindo-se, apenas, sejam modulados os direitos fundamentais na medida imprescindível do correto desenvolvimento da atividade produtiva." ^{*(129)}

Pode-se, afinal, tecer breves considerações entre direito à intimidade e à honra, porque, como nota Aparecida I. Amarante, já faz tempo que se aceitou o direito à honra como integrante do núcleo da privacidade. Hoje este entendimento está superado.

"Se a honra, conforme anotamos, significa a dignidade pessoal refletida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa, a intimidade, em sentido oposto, quer justamente significar a subtração da consideração de terceiros, da publicidade e permanência tranquilidade (...). Por que não se confundiram os mencionados direitos é que se verifica uma ofensa à honra, sem que atinja a intimidade ou vice-versa, bem como se comprova lesão a ambas concomitantemente (...). Quando a lesão individual, por indiscrição, compromete a dignidade de alguém, estamos diante da ofensa à honra, quando, porém,

(128) ROMITA, Arion Sayão. *A subordinação no contrato de trabalho*, p. 83.

(129) BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, p. 33.

a lesão atinge apenas o mencionado resguardo, há ataque à intimidade. Por os ataques à honra tanto recaem na vida privada quanto pública do indivíduo. Em síntese, configurada a violação das três intimidades do indivíduo, a lesão das comunicações telefônicas e das telegráficas, ocorre dano pessoal resguardado.

8.3. Discriminação negativa e ação positiva

A tutela antidiscriminatória está inserida nos arts. 5º, inciso XLI, e 7º, inciso XXX da Constituição Federal de 1988.

A esse respeito, observa Alice Monteiro de Barros o seguinte:

O princípio da não discriminação possui conexão com a garantia dos direitos da personalidade e atua como limite imposto pela Constituição Federal à autonomia do empregador, quando da obtenção de dados a respeito do candidato ao emprego, e se projeta durante a execução do contrato.

Para melhor entendimento do tema, cabe, inicialmente, diferenciar discriminação negativa e ação positiva.

Discriminação negativa consiste em privar alguém de algo que os cidadãos, em geral, têm direito. A Convenção n. 111 da OIT — Organização Internacional do Trabalho —, sobre a discriminação em matéria de emprego e ocupação, de 1958, ratificada pelo Brasil, assim define discriminação:

"Art. 1º ()

- a) Toda distinção, exclusão ou preferência baseada em motivos de raça, cor, sexo, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha como efeito alterar igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou na ocupação;
- b) Qualquer distinção, exclusão, preferência que tenha como efeito alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou ocupação."

Todavia, não são discriminação, as distinções ou exclusões baseadas em qualificações exigidas para determinado emprego (art. 1º, §§ 1º, 2º e 3º).

Há, inegavelmente, da parte do empregador, maior possibilidade de discriminação a partir da fase pré-contratual e em toda a vigência do contrato.

Na "ação positiva", o direito leva em consideração situações concretas e permite que se deem maiores oportunidades a certas pessoas em condições especiais, porque em se tratando de justiça distributiva que visa a equiparar, não se ferem normas do direito dando mais a quem tem menos.

(130) AMARANTE, Aparecida. Responsabilidade civil por dano à honra, p. 84, 85, 86.
(131) BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., p. 58.

O art. 5º, § 2º, da mesma Convenção n. 111, explicita não serem discriminatórias as medidas especiais de proteção, destinadas a atender às necessidades particulares de pessoas que, por razão de sexo, idade, invalidez, encargos familiares, nível social ou cultural, tenham necessidade de proteção ou assistência especial.

Exemplos de disposições prevendo "ação positiva" encontram-se na Constituição Federal, que assegura "proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei" (art. 7º, inciso XX), ou em favor do deficiente (art. 37, inciso VIII, e leis ordinárias que lhe reservam percentuais na admissão).

O parágrafo único do art. 373-A da CLT dispõe não ferir o princípio da não discriminação "medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher". A maioria, se não a totalidade, das normas de proteção da maternidade são disposições de "ação positiva".

8.4. Obrigação de não discriminar

Dentre as múltiplas modalidades de ofensa à cidadania que podem ocorrer em uma relação de emprego, destaca-se a discriminação que as partes podem sofrer em todas as fases do contrato de trabalho. Embora, por razões óbvias, se aborde a discriminação que possa sofrer o empregado, a obrigação de não exercê-la é de ambas as partes da relação empregatícia.

Abordaremos, a seguir, algumas das inúmeras possibilidades de ocorrência de discriminação, em virtude de gênero, homossexualidade, maternidade, idade, etnia, estado civil, ideologia, nacionalidade, saúde e vida pregressa trabalhista, ensejadoras de danos pessoais.

8.4.1. Gênero

Textos legais, doutrinários e de decisões judiciais, habitualmente utilizam o termo "sexo", referindo-se a ambos, feminino e masculino. O termo mais adequado é "gênero".

Tratando-se de discriminação, ela pode atingir homem e mulher, mas o fato de esta ter sofrido, e ainda sofrer, maior discriminação no mundo do trabalho, no que se refere ao acesso a ele, à remuneração e às funções mais graduadas, faz com que as atenções se voltem para a exclusão dela. Assim, sem nenhum paradoxo, a oferta de trabalho exclusivamente para mulheres, com explícito afastamento do homem, pode visar à mão de obra mais barata.

Em rigor, não há trabalhos "masculinos" e "femininos", a procura maior por determinadas funções, por parte dos homens (motoristas de caminhões ou táxis, p. ex.) e das mulheres (enfermagem, serviço social, etc.), reflete resquícios de preconceitos,

ou, na melhor das hipóteses, uma tendência cultural para determinados alazares
seriam mais adequados à psicologia masculina ou feminina

O empregador tem amplo poder de estabelecer a política de emprego, mas
nesta não pode ser incluída a discriminação à base do gênero, sob pena de configurar
se dano moral ressarcível

Razões históricas fizeram e fazem com que o legislador estipule normas
diferenciadas de proteção ao trabalho da mulher, muitas das quais ainda refletem
situações novecentistas, quando a criança, o adolescente e a mulher eram considerados
"meias forças", a quem, *coeteris paribus*, se afirmava, explicitamente (talvez de modo
não tanto hipócrita como hoje), caber menor remuneração pelo mesmo trabalho

As normas anteriores de "proteção" à mulher, tidas no passado como de caráter
afirmativa, acabaram tendo efeito contraproducente e se tornaram de discriminação
negativa, o que levou o legislador a suprimir várias proibições, fato que se verifica no
confronto de antigas e atuais normas da CLT. Houve, por exemplo, tempo em que
princípio era o da proibição do trabalho noturno, especificando-se as exceções, depois
prevaleceu o princípio da permissão, especificando-se as exceções.

A partir da Constituição de 1988, entendeu-se que as restrições não se justificam
viam, razão pela qual a Lei n. 7.855/89 suprimiu, sem sistematizar, várias proteções

Visando especialmente ao trabalho da mulher, o art. 373-A relaciona e proíbe
atos discriminatórios: publicar e fazer publicar anúncio no qual haja referência a sexo,
recusar emprego, promoção ou motivar dispensa do trabalho em razão de sexo, con-
siderar o sexo como variável, como determinante para fins de remuneração,
formação profissional, impedir acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento
de inscrição ou aprovação em concursos em razão de sexo.

O contexto em que se situa a norma citada não deixa dúvidas de que se trata de
proteção do trabalho da mulher, tecnicamente, porém, os mesmos atos apontados podem
configurar-se, em determinadas situações, como discriminatórios contra o homem.

No inciso I do art. 373-A, abre-se uma exceção quanto à publicação de anúncio
"salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível".
Esta matéria implica complexidade, uma vez que é indispensável a verificação de que
trabalhos, por sua natureza, seriam notoriamente incompatíveis.

Há ordenamentos jurídicos em que, por exemplo, se proíbem determinadas
atividades insalubres para a mulher, não porque estas só afetem o organismo procriador
feminino, mas porque (ao que consta, científica, mas não dogmaticamente comprovada)
têm efeitos que se prorrogam no tempo prejudicando no futuro o feto.

É evidente que a opção por ter filhos é individual da cada mulher, na hipótese
o direito proíbe, levando em consideração que uma grande maioria faz esta opção.
portanto, a proteção seria não contra o trabalho da mulher, mas de uma maternidade
potencial. O tema sempre abre espaço para acaloradas discussões e há quem veja

tais formulações
como "repro
Qualqu

8.4.2. Hom

Duran
foi objeto de
motivos reli
meios social
parecem for

Indub
noritários,
reivindicaç

Não h
de trabalho

Se o
todo o dir
trata de op

Sobr

"Qua
emp
genc
bele
o en
pess
tute

Assi

trabalho,
mormen
Quando
mentos
quer em
ocorre o

8.4.3. M

O
em esta

(132) BAR

... as formulações, um machismo oculto nada sutil ou uma visão da mulher apenas como "reprodutora da espécie".
Qualquer discriminação fundada em gênero implica dano pessoal ressarcível.

8.4.2. Homossexualidade

Durante anos, o fenômeno da homossexualidade, de pouca expressão quantitativa, foi objeto de uma rejeição cultural muito forte, sobretudo quando fundamentada em motivos religiosos. Hoje se tem notícia de que ele está presente nos mais diversos meios sociais, em alguns dos quais, como, por exemplo, nas fileiras das forças armadas, parecem fortalezas inexpugnáveis.

Indubitavelmente, os homossexuais constituem-se na minoria. Os grupos minoritários, de qualquer coloração ideológica, costumam ser mais agressivos em suas reivindicações para conseguir seu espaço na sociedade.

Não há qualquer razão que justifique a exclusão de homossexuais do mercado de trabalho.

Se o empregador indagar ao candidato sobre suas preferências sexuais, este tem todo o direito de omiti-las ou ocultá-las, caso entenda necessário, uma vez que se trata de opção individual situada na esfera da intimidade.

Sobre o tema, assim expõe Alice Monteiro de Barros

"Quando o preceito constitucional veda a discriminação no ato da admissão do empregado e considera invioláveis sua intimidade e sua vida privada, está protegendo uma série de direitos e liberdades individuais. E, em consequência, estabelece um limite ao poder empresarial de questionar sobre os modos pelos quais o empregado conduz sua vida privada, dentre eles, fatos ligados à liberdade pessoal. Logo, a proibição de indagar é uma consequência da própria ideia de tutela à privacidade (...)"⁽¹³²⁾

Assim sendo, não pode o empregador, em qualquer das fases do contrato de trabalho, discriminar o empregado em virtude de sua condição de homossexual, mormente, quando este desenvolve suas atividades laborais de maneira recatada. Quando o tema é objeto de seminários acadêmicos, há quem aponte certos comportamentos estranhos de homossexuais. O decurso que o empregador pede de todo e qualquer empregado é exigível também do homossexual. Configurada a discriminação, ocorre o dano pessoal, ressarcível.

8.4.3. Maternidade

O art. 391 da CLT estipula que o fato de a mulher ter-se casado ou se encontrar em estado de gravidez não constituem motivos para a rescisão de seu contrato de

(132) BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, p. 118-119.

trabalho, e seu parágrafo único proíbe que regulamentos, convenções coletivas ou contratos de trabalho, restrinjam o direito da mulher ao emprego por causa de gravidez.

O direito francês, em seu Código do Trabalho, enuncia um princípio de proteção que merece ser lembrado.

"Art. 122 25. O empregador não deve levar em consideração estado de gravidez da mulher para recusa de empregá-la, extinguir seu contrato de trabalho no período de experiência ou, resguardadas as disposições do art. 122 25 1, alterar seu conteúdo. Consequentemente lhe é proibido procurar ou fazer procurar quaisquer informações concernentes ao estado de gravidez. A mulher candidata a um emprego ou já empregada não é obrigada a revelar seu estado de gravidez, a não ser que ela peça o benefício de disposições legislativas ou regulamentares concernentes à proteção da mãe grávida."

Esse tipo de discriminação é bastante comum e se manifesta dia a dia, por meio de diversas práticas, como a exigência de exames prévios de não gravidez ou de esterilização, em que pese mesmo a vedação legal para que isso ocorra.

Não se pode exigir atestado ou exame para o fim de verificação de gravidez, muito menos que o médico transmita ao empregador qualquer informação nesse sentido, limitando-se este a dizer se aquela candidata se encontra, ou não, apta para a função à qual se destina.

Ressalte-se, por oportuno, que a candidata ao emprego ou empregada (conforme o caso) tem plena possibilidade de ocultar seu estado gravídico, não importando tal comportamento em violação ao princípio da boa-fé, mas apenas e tão somente restrição quanto à sua intimidade.

Veja-se, a título de exemplo, decisão de um tribunal alemão a respeito da questão.

"A autora começou a trabalhar no dia 2 de novembro de 1981 após entrevista com o empregador uns dias antes. Na entrevista foi-lhe perguntado se era grávida, o que foi respondido negativamente. No dia 3 de novembro ela apresentou atestado médico certificando que estava grávida de dez semanas. No mesmo dia o empregador contestou a validade do contrato de trabalho e a despediu.

O tribunal pronunciou-se a favor da trabalhadora entendendo que o empregador tinha o direito de lhe perguntar se estava grávida. Mesmo reconhecendo que houve má-fé deliberada, esta não era causa de anulação do contrato, a menos que se tratasse de discriminação proibida às mulheres grávidas. Em virtude do art. 661, letra 'a' 1.1 do Código Civil, o empregador não pode praticar discriminação na formação de um contrato. Pode a candidata para dizer se ela está grávida indicava que o empregador ia contratá-la para assumir as obrigações que decorrem do emprego de uma mulher em tal situação. O art. 661, letra 'a' do Código Civil visa a evitar que considerações desta natureza sejam levadas em consideração quando do engajamento do trabalhador. Permitir ao empregador interrogar as candidatas quanto a eventual gravidez as obrigaria a revelar informações que diminuiriam suas possibilidades de serem tratadas em pé de igualdade com os candidatos.

homens para obter o art. 661, letra 'a' do Código Civil, mulheres grávidas.

Este acórdão, portanto, não tem caráter de investigação que inviabilize perguntar, não tem caráter ocular.

A ocultação em tais ocasiões em que não há pedido responde.

Ressalva por não ao exercício das funções, ocultar seu verdadeiro estado radiológico, uma vez que causar a malformação.

A Lei n. 9.029, de 1995, exige a exigência de testes de esterilização no procedimento de adoção, medidas de inibição da esterilização ge-

Cabe, ainda, ao empregador, for obrigada a contratar a grávida", estará em violação a empresa violando o princípio pelo dano pessoal.

A pena é de multa administrativa e o empregador, em caso de empréstimo de

Ainda não

"A Proclamação encaminha qual da Confederação referida compra contra

(133) Revue In-

(134) BARROS

homens para obter o emprego. Esta pergunta é incompatível com as disposições do art. 151, letra a do Código Civil, exceto no que concerne a funções que são proibidas às mulheres grávidas.⁽¹³³⁾

Este acórdão traz uma lição que merece comentários: verifica-se que toda indução que invade a privacidade pode ser repelida. Quem não tem direito de perguntar, não tem direito a uma resposta que exponha uma "verdade" que se quer ocultar.

A ocultação da verdade acontece frequentemente na vida social, mesmo em casos em que não se trata de invasão de privacidade, o esmoler abordado por um polígrafo responde não ter dinheiro, embora, de fato, o tenha.

Reserva pode ser feita àquelas situações em que a gravidez constitua obstáculo ao exercício das funções e realização das tarefas, quando, então, a mulher não pode ocultar seu verdadeiro estado, como é o caso do labor em usinas nucleares ou clínicas radiológicas, uma vez que em tais situações a radiação é fator teratogênico, podendo causar a malformação do feto.

A Lei n.º 9.029/95 vai mais longe, tipificando como crimes as seguintes práticas: exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou estado de gravidez, a adoção de quaisquer medidas de iniciativa do empregador, que configurem indução ou instigação à esterilização genética.⁽¹³⁴⁾

Cabe, ainda, salientar que, se a mulher, empregada ou candidata ao emprego, for obrigada a submeter-se a exame laboratorial que ateste sua condição de "não grávida", estará configurada a prática de crime por parte do empregador, além de estar a empresa violando o direito de intimidade, podendo ser condenada a pagar indenização pelo dano pessoal causado.

A pena estipulada para o crime é de um a dois anos de detenção, além da multa administrativa, em valor correspondente a 10 (dez) vezes o maior salário pago pelo empregador, elevado em 50% na hipótese de reincidência e a proibição de obter empréstimo ou financiamento em instituições financeiras oficiais.

Ainda nesse sentido, assim relata Alice Monteiro de Barros:

"A Procuradoria do Trabalho da 3ª Região, considerando o expediente encaminhado pelo Chefe da Divisão de Segurança e Saúde do Trabalhador, no qual dá notícia da exigência de teste de gravidez pela empresa Katrin Têxtil e Confecções Ltda., instaurou inquérito civil público para apuração do fato (...). A referida empresa firmou termo de compromisso perante o Ministério Público, comprometendo-se a não estabelecer quaisquer procedimentos discriminatórios contra a mulher no ato de admissão, ficando claro que não poderá exigir teste de

(133) *Revue Internationale du Travail*, 1984, v. 123, n. 2, p. 208/209.

(134) BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, p. 104.

gravidez para as candidatas a emprego, sob pena de incidir em multa de 100.000,00 por trabalhadora discriminada.⁽¹³⁵⁾

8.4.4 Idade

A atual Constituição proíbe, também, discriminação por motivo de idade, vedando já constante na Constituição de 1946, mas não nas Cartas outorgadas de 1967 e 1969.

A discriminação de um candidato por motivo de idade (salvo se esta for exigida em decorrência do cargo a ser ocupado) implica em prática de ato ilícito por empregador, ensejador de dano pessoal reparável.

Sabe-se que há uma discriminação negativa em relação às pessoas idosas, um problema que pode agravar-se à medida que cresce o número de idosos no Brasil.

A regra geral é que a pessoa com mais de 45 (quarenta e cinco) anos tem grande dificuldade de colocação no mercado de trabalho, situação que se agrava quanto menos técnica for a função procurada.

Em relação ao adolescente, há norma de discriminação positiva impedindo que seja admitido em trabalhos insalubres, inseguros (perigosos) e penosos. Estudos da Organização Mundial da Saúde — OMS mostram que o organismo do adolescente é mais susceptível aos efeitos nocivos dos elementos insalubres.

De qualquer forma, qualquer discriminação fundada em idade deve ser reprimida independentemente de que fase do contrato de trabalho esta ocorrer.

8.4.5. Etnia

A etnia caracteriza-se como um grupo social, cuja identidade se define por comunidade de língua, cultura, tradições, monumentos históricos e território.

Falar a mesma língua, estar radicado no mesmo ambiente humano, no mesmo território, e possuir as mesmas tradições, são fatores que constituem a base fundamental das relações ordinárias da vida cotidiana. Marcam tão profundamente a experiência dos indivíduos que se transformam num dos elementos constitutivos da sua personalidade e definem, ao mesmo tempo, o caráter específico do modo de viver de uma população.⁽¹³⁷⁾

Há uma discriminação difusa contra o negro no Brasil, que se verifica por um pequeno índice de negros existentes na magistratura, nos postos de comando das forças armadas, nas faculdades de medicina, pelos papéis que se lhes atribuem em novelas e peças teatrais (domésticas, serviços), etc.

(135) *Ibidem*, p. 105.

(136) BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, p. 448.

(137) *Ibidem*, p. 449.

Tais fatos são de uma discriminação de dificuldade de bem-estar.

Assim, quando o motivo se torna pessoal, sem menção a...

8.4.6. Estado civil

O estado civil...

A Constituição prevê diferença no critério...

Entre nós, o seu estado civil. Qualquer declaração civil, não a civil (exemplo).

A discriminação (ou que preterir...

Indagação não precisam em motivo de dano pessoal-se da condição...

A jurisprudência seu estado civil causa, conforme...

"Mulher justa causa civil da jurisprudência base que ordinária JCJ de l...

"Despe constituição sociedade de su e liber...

(138) BARROS

Tais fatos surgem como resquícios do colonialismo e podem ocorrer como efeito de uma discriminação maior, fruto da marginalidade social do negro, que tem mais dificuldade de beneficiar-se dos meios que lhe permitem a ascensão social.

Assim, quando um candidato deixa de ser admitido em virtude de cor e tal motivo se torna manifesto, o empregador, inequivocamente, incide na prática de dano pessoal, sem mencionar-se os aspectos penais decorrentes.

8.4.6. Estado civil

O estado civil é uma circunstância que não afeta as relações de trabalho.

A Constituição de 1988 proíbe expressamente, em seu art. 7º, inciso XXX, a diferença no critério de admissão por motivo de estado civil.

Entre nós, os questionários que se dão aos candidatos revelam imediatamente seu estado civil. A rigor, a mulher ou o homem podem não declarar seu estado civil. Qualquer declaração não verdadeira da candidata (ou candidato), sobre seu estado civil, não a compromete com o empregador (hipótese de casamento secreto, por exemplo).

A discriminação quanto ao estado civil atinge principalmente a mulher casada (ou que pretenda casar-se), por causa das normas de proteção à maternidade.

Indagações à mulher ou ao homem, sobre se estes pretendem casar-se, também não precisam ser respondidas pelos candidatos, e se forem, não podem constituir-se em motivo de recusa da contratação, sob pena de violação de sua intimidade, ensejadora de dano pessoal ressarcível, a não ser que, a qualquer título, estes queiram beneficiar-se da condição de casados.

A jurisprudência nacional, ao apreciar caso concreto em que a empregada ocultou seu estado civil, receosa de não obter o emprego, concluiu pela inexistência de justa causa, conforme demonstram as seguintes ementas de acórdãos:

"Mulher solteira. Declaração errônea de estado civil. Ausência de justa causa. Não constitui justa causa, apta à rescisão sem ônus do pacto laborativo, a declaração errônea do estado civil da empregada, ao ser admitida, porque, perante a legislação trabalhista, o fato é juridicamente inócuo, dada a proibição de discriminação do trabalho da mulher, com base quer no estado civil ou no fato objetivo da concepção, que se assente desde o plano ordinário (art. 391 CLT), até o constitucional (art. 7º, itens XX e XXX). Decisão da 15ª JCI de Belo Horizonte, Proc. 1.822/91, Juiz Presidente Júlio Bernardo do Carmo." (138)

"Despedida discriminatória da mulher que contrai núpcias. Vulneração de preceitos constitucionais. Dano moral. Indenização. Sendo a família a célula formadora de uma sociedade organizada, vulnera o sistema democrático o direito individual da trabalhadora e de sua futura entidade familiar e ainda perpetua discriminação atentatória aos direitos e liberdades individuais a despedida da mulher pelo fato de consignar seu desejo de

(138) BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, p. 113.

contrair matrimônio, cuja lesão deve ser ressarcida pela contraprestação de uma indenização equivalente ao dano provocado em momento de considerável relevância individual e social (interpretação dos arts. 3º, inciso IV, 5º, incisos I e XII; 7º, incisos I e XX e 226 da Constituição Federal e 159 do Código Civil Brasileiro) (TRT — SC — RO — V-A 6 070/94, Ac. 1ª T. 6 637/96, Rel. Juiz Antônio Carlos Facchi Chedid, Genesis, Revista de Direito do Trabalho, out. 1996, n. 46, p. 537)."

8.4.7. Ideologia *conceito político*

Norberto Bobbio, em face da gama de significados que são atribuídos ao termo ideologia, divide-os entre significado forte e significado fraco.

"No seu significado fraco, Ideologia designa o *genus*, ou a *species* diversamente definida, dos sistemas de crenças políticas — um conjunto de ideias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos. O significado forte tem origem no conceito de Ideologia de Marx, entendido como falsa consciência das relações de domínio entre as classes, e se diferencia claramente do primeiro porque mantém, no próprio centro, diversamente modificada, corrigida ou alterada pelos vários autores, a noção de falsidade: a Ideologia é uma crença falsa. No sentido fraco, Ideologia é um conceito neutro, que prescinde do caráter eventual e mistificante das crenças políticas. No significado forte, Ideologia é um conceito negativo que denota precisamente o caráter mistificante da falsa consciência de uma crença política. Na ciência e na sociologia política contemporânea, predomina nitidamente o significado fraco de Ideologia, tanto na acepção geral quanto na particular" ⁽¹³⁹⁾

Os incisos IV, VI, VIII e XVII, do art. 5º da Constituição Federal, proibem a ocorrência de discriminação por motivo ideológico, que se concretiza em crença religiosa ou de convicção filosófica ou política.

Existem precedentes jurisprudenciais determinando a reintegração de empregado despedido por motivo de perseguição ideológica, conforme transcreve Alice Monteiro de Barros, *in verbis*:

"Despedida por justa causa. Nulidade. Motivação política. Perseguição ideológica. O empregador, para exercer o direito de resolver o contrato por falta grave do empregado, cinge-se às hipóteses elencadas no art. 482 da CLT. Se empresa pública, adicione-se a necessária obediência aos princípios da legalidade e da impessoalidade, dentre outros, por força do art. 37, *caput*, da CF/88. Ao comprovar-se que a despedida do empregado deu-se por perseguição político-partidária — em autêntica restrição ao princípio de liberdade de expressão, garantido pelo art. 5º, inciso IV da CF/88 — finda, ainda, o empregador por ferir o princípio da impessoalidade, pois o ato resilitório deixa de atender ao interesse público para satisfazer sentimentos pessoais. Por sua vez, a violação ao

(139) BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Op. cit.*, p. 585.

princípio da legalidade dá-se pela ultrapassagem dos limites em que permitido o exercício do ato demissório, eis que, no caso vertente, tem traço eminentemente vinculado

(Ac. TRI 9ª Região, 3ª T., RO 00433/93, Relª Juíza Wanda Santi Cardoso da Silva, DJPR 8.7.94, p. 61 BONFIM, Calheiros. *Dicionário de decisões trabalhistas*, 25. ed.)⁽¹⁴⁰⁾

O texto constitucional garante a intimidade do indivíduo, não permitindo intromissão na vida privada do empregado, preservando a liberdade ideológica, esta, portanto, não pode ser motivo de exclusão.

Poder-se-ia indagar, se alguém, cuja ideologia não se sintonize com a filosofia do futuro empregador, poderia, por esse motivo, ser excluído?

A matéria assume complexidade, quando se trata de função em que o candidato ao emprego tem posições ideológicas que o colocam em confronto direto com a mundicência do tomador de serviço. Isso pode ocorrer e tem-se notícia de que ocorreu com um "jornalista âncora" de um telejornal. Irrelevante a circunstância que o caso de que se tem notícia tenha ocorrido na oportunidade em que uma estação de televisão teve sua propriedade mudada, o que resultou numa total incompatibilidade da filosofia do "âncora" com a dos novos proprietários.

Ocorre exorbitância, quando a função não interfere na ideologia (por exemplo, cozinheiro, porteiro, pedreiro, etc.), hipóteses em que a exclusão pode configurar discriminação. Todavia, o tomador de serviços pode exigir que o candidato, resguardadas suas convicções pessoais, respeite no serviço a orientação que a entidade dá a seus adeptos.

Na formação do contrato de trabalho, estas circunstâncias podem ser levadas em consideração, porque, efetuado o contrato, a complexidade é maior e o despedimento pode não ser juridicamente justificável.

Assim sendo, mostra-se inviável a discriminação de empregado (especialmente daquele exercente de cargo não qualificado) por motivo de ideologia, e sua ocorrência configura-se como hipótese de dano pessoal indenizável.

8.4.8. Nacionalidade

A nacionalidade identifica o local de nascimento do cidadão. É o elo jurídico que liga determinado cidadão ao estado de origem.

A Convenção n. 111 da OIT (Convenção sobre a discriminação em matéria de emprego e ocupação), ratificada pelo Brasil, proíbe qualquer discriminação que se funde em razão de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social.

Pelos mesmos motivos já anteriormente esposados, nenhuma empresa pode discriminar empregado em razão da nacionalidade, salvo em situações excepcionais

(140) BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, p. 108.

Art. 11 O médico deve manter sigilo quanto às informações confidenciais que tiver conhecimento no desempenho de suas funções. O mesmo se aplica ao trabalho em

Em qualquer hipótese, o médico, empregado ou não, deve pautar-se pela correta aplicação da medicina e do Código de Ética Médica, que assim dispõe:

Quando ao médico não empregado, inexistem grandes problemas, por tratar-se de profissional liberal. O mesmo não ocorre, porém, com relação ao médico empregado. Este, em razão da subordinação existente na relação de emprego, poderia ver-se pressionado a aceitar de seu empregador determinação de não admissão de empregados portadores de HIV positivo, hipertensão ou empregadas grávidas.

Distinção relevante deve ser feita entre médico empregado e médico não empregado.

observados os preceitos da ética médica.

O § 5º do mesmo art. 168 da CLT, com redação dada pela Lei n. 7.855/89,

portém, resguardada sua intimidade.

incisos I, II e III do art. 168 da CLT, mesmo que não seja essa sua vontade, ficando,

O empregado está obrigado a submeter-se aos exames médicos descritos nos

§ 1º (.)

III — periodicamente

II — na demissão,

I — na admissão,

Ministério do Trabalho

Art. 168. Será obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo

A CLT, em seu art. 168, assim determina

e o bem-estar dos empregados no ambiente laboral.

Existem diversas medidas preventivas de medicina do trabalho visando à saúde

• Ética médica nos exames + testes específicos

empregado-paciente e ao empregador.

Aqui, impõe-se tratar do problema da mediação do médico em relação ao assumir diferentes conotações.

O tema da discriminação em razão de problemas de saúde é complexo e pode

8.4.9. Saúde

(como em casos de guerra com o país do candidato, por exemplo), sendo tal discriminação passível de reparação por danos pessoais.

de divulgá-lo, sob pena de causar dano pessoal ao empregado empregado chegar ao conhecimento do empregador, ainda assim, este não tem o direito de divulgar. Se, por outras vias, que não a do médico, o resultado do exame efetuado pelo resultados de exames médicos realizados por qualquer motivo. Assim, o médico não pode, sem o consentimento do empregado, divulgar área de saúde e também do empregador.

A garantia do sigilo das informações, além de uma obrigação legal contida no código penal e no código de ética profissional, é dever de todos os profissionais da mas não têm o direito de divulgá-las.

apenas autorização para ter acesso a estas em função de sua necessidade profissional, entram em contato com as informações constantes do prontuário do paciente, têm Os médicos, enfermeiros e demais profissionais de saúde e administrativos, que

19 11 1992).¹⁴¹ O Conselho Federal de Medicina, através da Resolução n. 1.359/92, após prever a obrigatoriedade de os médicos atenderem os pacientes portadores do HIV, assevera estarem esses profissionais, quando prestam serviços a empresa, proibidos de revelar ao empregador o diagnóstico de empregado ou candidato a emprego, cabendo-lhe informar, exclusivamente, quanto à capacidade ou não de exercer determinada função (art. 3º da Resolução n. 1.359, publicada no DOU de Alice Monteiro de Barros, em estudo sobre o tema, esclarece.

com finalidade diagnóstica ou terapêutica, são de sua propriedade. entendimento médico, assim como o resultado dos exames e procedimentos realizados de seu

Isso se dá, porque as informações que os pacientes fornecem quando de seu apto para a função a que se destina. o resultado, limitando-se a afirmar se o candidato ou empregado está ou não exame (seja ele admissional, periódico, demissional ou outro, dentro da empresa), o médico não poderá revelar a ninguém (inclusive empregador, departamento pessoal, etc.) o resultado, limitando-se a afirmar se o candidato ou empregado está ou não Conclui-se, assim, pelos dispositivos acima transcritos, que, após realizado o mesmo compromisso.

de observações médicas sujeitas ao sigilo profissional, por pessoas não obrigadas ao Art. 108. Facilitar manuseio e conhecimento dos prontuários, papéis e demais folhas se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade.

Art. 105. Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou instituições, salvo

Art. 102. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente ().

Art. 101. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente ().

sendo o empregado, geralmente, pessoa leiga, a simples divulgação de que determinada pessoa é portadora de tais doenças já é suficiente para gerar insegurança e discriminação no local de trabalho.

No caso específico da AIDS, enquanto cientificamente ficar comprovado que a transmissão se faz por três modos: via relação sexual, via endovenosa e parenteral, nem o portador de HIV nem o afetado por doença oportunística poderão ser discriminados no emprego.

A questão é bastante complexa, porém, entende-se que poderá configurar-se o dano pessoal, se restar demonstrado que a não contratação ou a demissão ocorreu por motivo da moléstia em momento em que o candidato ou o empregado poderia perfeitamente trabalhar.

O mesmo não ocorrerá, porém, se ficar demonstrado que determinada doença é transmissível pela simples convivência social. Impõe-se a preservação da saúde dos demais empregados e clientes, ressalvada a obrigação de comunicação às autoridades públicas. Ainda, dentro desta hipótese, o médico informa que o candidato se encontra inapto a função a qual se destina e se já foi empregado (exame periódico), não mais terá condições de continuar trabalhando, sempre, porém, ocultando o diagnóstico, exceto para o paciente, que é dono deste.

A medida que a doença se alastra, os ordenamentos têm-se preocupado em estabelecer critérios para seu tratamento jurídico.

Algumas normas coletivas têm previsão de garantia de emprego aos empregados portadores de AIDS, sem qualquer ressalva.

Acórdãos já têm sido proferidos, entendendo que a dispensa em virtude de AIDS, além de discriminatória, seria obstativa ao direito de tratamento pela previdência social, outros entendem que o portador de tal doença tem direito à estabilidade como o mencionado por Alice Monteiro de Barros, *in verbis*:

"Mandado de Segurança. Sendo o empregado portador de doença que pode levá-lo à morte, estando prestes a adquirir o direito à estabilidade no emprego, havendo sido demitido de forma obstativa e sendo absolutamente necessário o exercício de sua atividade profissional no combate ao mal que o aflige, o transcurso do tempo é imprescindível para que se evite o perecimento de seu direito. O *periculum in mora* é o próprio risco do perecimento da vida do empregado. De que adiantaria o empregado sagrar-se vencedor numa ação trabalhista após sua morte? O direito deve ser ágil e ser aplicado no momento certo, sob pena de tornar-se inócuo, mormente neste caso concreto, onde mais importante que os eventuais valores monetários em discussão é a própria vital necessidade de o empregado exercer suas funções enquanto apto para tal."

(TST-RO-MS 110 056/94, 5, Rel. Min. Armando de Brito, sessão de 7.3.95, da SDI)

(142) O doente, independentemente de ser "paciente" (este termo traz uma carga grande de distorções), é "sujeito", cf. GAUDIERER, E. Christian. *Os direitos do paciente*, p. 47 e *passim*.
(143) BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, p. 93.

de sua admissão".
e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e de definir os critérios

O art. 37, inciso VIII da CF/88, afirma que "a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e de definir os critérios de sua admissão".

A Constituição Federal dispõe no art. 5º, caput, que "todos são iguais perante a lei", sem qualquer tipo de distinção. O conceito genérico é válido, sem qualquer restrição, aos portadores de deficiência.

O contrato não discriminaria contra qualquer empregado ou candidato ao emprego por causa de incapacidade física ou mental para qualquer posição para a qual está qualificado a desempenhar. O contrato não adota ação afirmativa para empregar, promover no emprego e por outro modo tratar o indivíduo deficiente qualificado sem qualquer discriminação baseada em sua incapacidade física ou mental, em todas as práticas de emprego, dentre as seguintes: emprego, promoção, rebaixamento ou transferência, recrutamento, anúncio de emprego, dissolução do contrato, obrigações de pagamento ou outras formas de compensação, e seleção para treinamento ou aprendizagem.⁽¹⁴⁵⁾

"41 CFR parágrafo 60 741 4 (1978) adendo.

de Reabilitação de 1973 esta prescrita da seguinte forma.

A normalização da discriminação em nível de relação de trabalho dentro da Lei impedimentos. Isto se dá com as chamadas razoáveis acomodações ao emprego".
no sentido de observar especial tratamento para as mesmas, de acordo com seus das pessoas com inabilidade no emprego, necessário se faz tomar providências Segundo a Lei de Reabilitação de 1973, para não proporcionar "discriminação"

Conforme esclarece Rubens Valtécides Alves, a respeito do tema em questão

"tratamento igual" são essenciais para eliminação da discriminação.
De acordo com o *Handicapped Requirements Handbook*, "igual oportunidade" e diretriz baseada na igual oportunidade para o trabalho.⁽¹⁴⁴⁾

No Direito Americano, a Lei de Reabilitação de 1973 estabeleceu uma nova
Os portadores de deficiência não podem sofrer discriminação no trabalho.

8.4.10. Deficiência

pessoal, podendo o empregado pleitear a devida reparação.
falar em dispensa e, se esta por acaso ocorrer, de forma discriminatória, haverá dano.
Assim, se o portador do vírus HIV está capacitado para trabalhar, não há de se se ficar demonstrado que agiu com evidente intuito de causar-lhe prejuízo o empregador pode ser condenado a reparação dos danos pessoais causados ao empregado virtude da doença, sendo cabível a reintegração, como tem entendido nossos Tribunais.
Dessa forma, além da proibição de ocorrência de dispensa discriminatória em

No tocante aos direitos sociais, o art. 7º, inciso XXXI, proíbe qualquer discriminação relativa a salários e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

O Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999, traz em seu art. 3º a

Art. 3º Para efeitos deste Decreto, considera-se:

I — deficiência — toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II — deficiência permanente — aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III — incapacidade — uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

O art. 4º do mesmo Decreto fixa os parâmetros de avaliação da deficiência física, auditiva, visual, mental e múltipla

O Brasil ratificou a Convenção sobre Reabilitação e Emprego (pessoas deficientes), de 1983, cujo art. 4º explicita a igualdade de oportunidades que deve ser dada ao deficiente e assinala que as ações positivas em seu favor não constituem discriminação, dispondo:

Art. 4º Essa política deverá ter como base o princípio de igualdade de oportunidades entre os trabalhadores deficientes e os trabalhadores em geral. Dever-se-á respeitar a igualdade de oportunidades e de tratamento para as trabalhadoras deficientes e de positivas especiais, com a finalidade de atingir a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamento entre os trabalhadores deficientes e os demais trabalhadores, não devem ser vistas como discriminações em relação a estes últimos.

Conforme explana Marco Antônio César Villatore em artigo recente:

“A habilitação e a reabilitação profissionais do trabalhador deficiente estão previstas nos artigos 30 e seguintes do Decreto n. 3.298/99, sendo entendidas como processo orientado a possibilitar que a pessoa portadora de deficiência, a partir da identificação de suas potencialidades laborativas, adquira o nível suficiente de desenvolvimento profissional para ingresso e reingresso no mercado de trabalho e participar da vida comunitária.”ⁿ⁽¹⁴⁶⁾

O mesmo Decreto n. 3.298/99, em seu art. 36, ratifica a percentagem obrigatória de preenchimento de cargos prevista na Lei n. 8.213/91, que obriga as empresas, com

com ou mais empregados, a contratar entre 2% e 5% de seus cargos com beneficiários da previdência social ou com pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, em proporção à estabelecida

Assim, o empregador que deixar de contratar candidato ao emprego ou dificultar a promoção, rebaixar salários ou deixar de conceder reajustes salariais, como, por exemplo, das pessoas portadoras de deficiência, em virtude de tal fato, estará sujeito às reparações não apenas relativas ao direito do trabalho, mas, também, às decorrentes do dano pessoal causado ao candidato ao emprego ou ao empregado

Comumente, tal regulamento é elaborado pelo empregador de forma unilateral. A democratização das relações do trabalho tem levado a uma participação cada vez maior dos trabalhadores na sua elaboração ou na sua reforma. Há cláusulas de convenção ou acordo coletivo que dispõem sobre temas de regulamento da empresa (horário, uniformes, etc.).

14.2.2. Poder de controle

O poder de controle tem por objetivo verificar se as atividades desenvolvidas pelos empregados se conformam com as ordens dadas. Seu limite é o princípio da razoabilidade, que, por ser genérico, deixa ao empregador uma margem de discricionariedade, não de arbitrariedade, mas impede que direitos, como o da intimidade do trabalhador, sejam violados.

Os mecanismos para controle são os mais diversos, razão pela qual se incluem os que são mais frequentemente apontados pela literatura jurídica ou contemplados nas decisões judiciais: aparelhos eletrônicos, escuta telefônica, revista, etc.

Quanto ao controle eletrônico, um dispositivo legal suíço denominado *Ordonnance*, de 18 de agosto de 1993, oferece subsídios para a fixação de parâmetros dentro dos quais o controle pode ser feito.

Art. 26.1. É proibido utilizar sistemas de vigilância ou de controle destinados a vigiar o comportamento dos trabalhadores em seu local de trabalho.

2. Se os sistemas de vigilância ou de controle são necessários por outras razões, devem projetar-se e dispor de tal maneira que não afetem a saúde e a liberdade de movimento dos trabalhadores. ⁽¹⁹²⁾

Perfeitamente válida é a observação de Luis Gofñ Sein sobre o tema.

"Para o estudo global do tema é imprescindível a delimitação rigorosa de duas situações, de um lado, a colocação e utilização de aparelhos televisivos necessários para o controle técnico de produção e segurança do trabalhador, e de outro, a instalação ou emprego de tais meios com a finalidade de controle da atividade ou comportamento laboral dos trabalhadores. ⁽¹⁹³⁾

A revista pessoal é uma das formas mais frequentes de violação da intimidade do trabalhador na execução do contrato de trabalho, sendo abundantes as ações envolvendo pedido de indenização, decorrentes de danos pessoais fundadas em tal motivo.

Uma empresa pode efetuar a revista em seus empregados como forma de preservação de seu patrimônio, estando tal prática, inclusive, dentro do seu poder de controle, mas esta deve ser realizada por pessoa do mesmo sexo e com respeito à dignidade do trabalhador, sob pena de configurar-se lesão subjetiva, reparável por indenização por danos pessoais.

(192) Cf. *Documentos de derecho social*, 1994/1, p. 115.

(193) SEIN, Jose Luis Gofñ. *El respecto a la esfera privada del trabajador*, p. 142.

E preciso
levar em conta
cidadão.

A esse res

"É com fre
jornada d
natural
humilha
do empr
portanto

Contudo
patrimô
discrica
algum d

Lelia G
aos empreg

"Prime
da rev

Segun
evitar

Terce
emp

Qua
pres

Qui
fisc

Sob
incidênc

1) di

na

de

q

o

d

a

(194) F

(195) A

É preciso também ressaltar que a revista pessoal feita pelo empregador deve levar em conta o respeito à intimidade do empregado, bem como sua condição de cidadão.

A esse respeito, Valdir Florindo, em acertado posicionamento, assevera

“É com frequência que assistimos a revistas pessoais nos empregados no final da jornada de trabalho. É um expediente adotado por muitas indústrias, e que, naturalmente, coloca o empregado em situações constrangedoras, e até humilhantes algumas vezes. Pensamos que, somente não constituiria ato ilícito do empregador, se a inspeção fosse feita com razoabilidade e discrição, dentro, portanto, da normalidade, e, obviamente, por pessoa do mesmo sexo.

Contudo, caso haja um sinal de que o empregado tenha causado uma lesão ao patrimônio da empresa, essa inspeção pessoal deve se desenvolver com muitíssima discrição e sem dúvida, neste momento, o empregado deve exigir a presença de algum de seus representantes na empresa ou então um companheiro de trabalho.”⁽¹⁹⁴⁾

Lêia Guimarães Carvalho Ribeiro faz oportunas sugestões para uma razoável revista aos empregados:

“Primeiro, que todos os trabalhadores devam ter conhecimento da praxe do uso da revista pelo empregador.

Segundo, que a revista seja impessoal, vale dizer, dirigida a todos os empregados, evitando a parcialidade e perseguições pelos prepostos da empresa.

Terceiro, que na empresa exista uma comissão paritária de representantes de empregados e empregadores para organizar a revista dos empregados.

Quarto, que o empregado tenha conhecimento de que será vigiado durante a prestação dos serviços mediante aparelhos audiovisuais e mecânicos.

Quinto, que haja uma regulamentação em normas coletivas, ordenando a fiscalização dos empregados.”⁽¹⁹⁵⁾

Sobre o mesmo tema, traz-se à colação os seguintes acórdãos, que apontam a incidência dos abusos e o juízo que deles se deve fazer.

1) TRT 3ª REGIÃO. EMENTA: DANO MORAL. OCORRÊNCIA. Se a empresa, diariamente, expõe seus empregados, em grupos de três ou quatro, completamente nus, na hora da saída, em seu vestiário, à observação de seus encarregados, por temer furtos de mercadorias, embora contra os mesmos não existissem sequer suspeitas, obviamente que agride o direito à privacidade, à intimidade e à própria honra de tais empregados, ofendendo-lhes a dignidade como pessoas humanas, sujeitando-se, pois, a indenização decorrente do dano moral perpetrado, conforme garantia expressamente assegurada no art. 5º — X — da vigente Constituição Federal.

RO/14591/96. 5ª T. Relator: Juiz Márcio Ribeiro do Valle. 1º.3.1997 DJ/MG

(194) FLORINDO, Valdir. *Op. cit.*, p. 54.

(195) Apud PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 81-85.

2) TRT 3ª REGIÃO EMENTA DANO MORAL "REVISTA" VEXATÓRIA. Cabe indenização por danos morais quando, por excessiva fiscalização empregadora, exorbitando do exercício regular do poder disciplinar, submete-se o empregado ao constrangimento de despir-se diante de encarregados da empresa com a finalidade de "revista".

RO/3275/97. 3ª T. Relator Juiz Mauricio José Godinho Delgado. 14.10.1997 — DJ/MT

3) TRT 3ª REGIÃO EMENTA DANO MORAL OCORRÊNCIA REVISTA ABUSIVA. Provado nos autos que a reclamada obrigava os empregados a se despirem para revista final do expediente, o que era presenciado pelos demais empregados e até por transeuntes da rua, abusiva e ilegal é a sua atitude, o que gera para o empregado direito ao recebimento de indenização por dano moral. ref. art. 71, § 4º, CLT, art. 159, CCb, Lei n. 5.504/68. Enunciado n. 219/TST

RO/5310/97. 4ª T. Relator Juiz Luiz Ronan Neves Koury. 24.1.1998 DJ/MG

4) TRT 3ª REGIÃO EMENTA DANO MORAL PODER HIERÁRQUICO RESPECTIVIDADE DO EMPREGADOR. O poder hierárquico do empregador não pode ultrapassar o limite do razoável, constituindo abuso de direito expor o trabalhador a situações vexatórias, colocando-o praticamente despido perante os seus companheiros, em locais de drogas e medicamentos que eventualmente estivessem em seu poder. Em assim procedendo — repita-se —, a empresa feriu os sentimentos de pudor e amor próprio do obreiro, máxime, levando-se em conta o preceito constitucional que assegura a inviolabilidade da intimidade, vida privada, da honra e da imagem das pessoas, garantindo a todos o direito a indenização por dano moral decorrente de sua violação. Não se discute, dentro do seu poder diretivo, ao empregador é dado estabelecer regras visando ao controle e à fiscalização do local de trabalho, dentre as quais se inclui a utilização de câmeras de televisão, difundida em tantos estabelecimentos. Porém, se exorbita desse limite, passando a ferir a dignidade pessoal do trabalhador, como ocorreu na espécie em julgamento, recai na obrigação de indenizar, como meio de reparação do dano moral perpetrado. Ref. art. 114, CF/88.

RO/9386/97. 1ª T. Relator Juiz Bolívar Viégas Peixoto. 29.5.1998 DJ/MG

Há de se ressaltar, ainda, que, por força da Lei n. 9.799, de 26 de maio de 1999, foi inserido o art. 373-A da CLT, que, dentre outras normas de proteção ao trabalho da mulher, prevê, em seu inciso VI, a proibição de "proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias".

14.2.3. Poder disciplinar⁽¹⁹⁶⁾ *no âmbito disciplinar*

Conceitua-se como poder disciplinar a capacidade do empregador de impor sanções punitivas ao empregado que desobedece às suas ordens.

Merecem ser apontados alguns parâmetros, dentro dos quais o poder disciplinar pode ser exercido:

(196) A existência de um poder disciplinar é matéria discutida na doutrina, mas tem ampla aceitação nos tribunais trabalhistas, sua natureza jurídica é também objeto de divergências. Entre outras obras, merece menção a que se tornou clássica, a do institucionalista MESQUITA, Luiz José. *Direito disciplinar do trabalho*.

- a) A sanção
- b) Deve haver
- c) Não haver

d) Direito de
válido para
direito do
O que o di
sobre despedida
trabalhador:

"Não pode
relacionad
oportunid
possa ped

As sançõe
verbal ou esc
justa causa

A mult
entendem se
ao atleta pro

Se o re
punições ob
resguardad

De to
submissão
jus resisten

14.3. Alg

14.3.1. C

O e
na quan

De
"D
pr

(197) Te
evi

a) A sanção pressupõe a culpa, *recusado*

b) Deve haver proporção entre a falta e a sanção;

c) Não haver *bis in idem*;

d) Direito de defesa. "ninguém pode ser condenado sem ser ouvido" é princípio válido para todos os ramos de direito, inexistindo razão para a não aplicação no direito do trabalho.

O que o dispõe o art. 7º da Convenção n. 158 da OIT, denunciada pelo Brasil, sobre despedida, vale para todas as oportunidades em que se recrimina a conduta do trabalhador

"Não poderá dar-se por terminada a relação de trabalho de um trabalhador pelos motivos relacionados com sua conduta ou seu rendimento sem que antes lhe seja oferecida a oportunidade de defender-se das acusações formuladas contra ele, a menos que não se possa pedir razoavelmente ao empregador que lhe conceda esta possibilidade"

As sanções disciplinares previstas no direito brasileiro são as seguintes: *advertência* verbal ou escrita, suspensão (não há trabalho e não há remuneração); despedida por *justa causa*.

A multa (há trabalho sem remuneração) é inaceitável, tendo razão os que entendem ser inconstitucional aquela prevista no art. 15 da Lei n. 6.354/76, aplicável ao atleta profissional.

Se o regulamento de empresa, acordo ou convenção coletiva estipularem que as punições obedeçam a uma escala crescente, a ordem das punições deve ser obedecida, resguardada a possibilidade de uma falta grave exigir imposição imediata da sanção. ⁽¹⁹⁷⁾

De todo o exposto sobre o exercício do poder diretivo, deve-se concluir que a submissão ao poder hierárquico não é ilimitada e ao abuso de poder poderá haver o *jus resistendae*.

14.3. Algumas obrigações relevantes do empregador

14.3.1. Obrigação de dar trabalho *... não pelo não trabalho / 3º nota*

O empregador deve dar trabalho ao empregado, dentro dos limites do contrato, na quantidade e qualidade razoavelmente exigíveis.

Délio Maranhão assim aborda a questão:

"Dar trabalho é possibilitar ao empregado a execução normal do contrato, proporcionando-lhe meios adequados para isso. É acima de tudo (como dissemos

(197) Tema delicado, concerne à possibilidade de o Poder Judiciário cancelar a punição ou dosá-la, quando há evidente desproporção entre a falta e a pena.

b) Especificamente: o empregador tem o direito de estabelecer a política salarial da empresa e o faz levando em conta as regras do mercado. Todavia, no interior desta política, não pode discriminar e deve obedecer ao disposto no art. 461 da CLT. A discriminação objetivada neste artigo foi bem definida nos seguintes termos: "Equiparação é a garantia atribuída ao trabalhador de não sofrer discriminação salarial quando seu trabalho seja de igual valor de outro escolhido como paradigma".

14.4 Ocorrências do dano pessoal na execução do contrato de trabalho

O contrato de trabalho, sendo de caráter sucessivo, oferece múltiplas ocasiões de incidência de dano pessoal, que hoje são objeto de maior atenção.

José Alberto Couto Maciel, ao abordar o tema em enfoque, comenta:

"O trabalhador, como qualquer outra pessoa, pode sofrer danos morais em decorrência de seu emprego, e acredito até, que de forma mais contundente do que as demais pessoas, uma vez que seu trabalho é exercido mediante subordinação dele ao empregador, como característica essencial da relação de emprego. Ora, o empregado, subordinado juridicamente ao empregador, tem a mais possibilidade do que qualquer outro de ser moralmente atingido, em razão dessa própria hierarquia interna em que se submete à sua direção, a qual o vê, na maioria das vezes, como alguém submisso às suas ordens, de forma arbitrária. Em boa hora nosso direito constitucional evoluiu para integrar no País o dano moral, e nenhum campo é tão fértil para amparar tal direito como o direito do trabalho, no qual a subordinação deve ser respeitada, sob pena de abuso moral e consequente ressarcimento."⁽²⁰³⁾

A par das situações já descritas anteriormente, outras ainda podem ocorrer na execução do contrato de trabalho, gerando, igualmente, direito à reparação decorrente de danos pessoais.

Nesse sentido, é valiosa a lição de Arnaldo Lopes Sússekind, ao afirmar:

"O cotidiano da execução do contrato de trabalho, com o relacionamento pessoal entre o empregado e o empregador, ou aqueles a quem este delegou o poder de comando, possibilita, sem dúvida, o desrespeito dos direitos da personalidade por parte dos contratantes. De ambas as partes — convém enfatizar —, embora o mais comum seja a violação da intimidade, da vida privada, da honra ou da imagem do trabalhador."⁽²⁰⁴⁾

Pinho Pedreira, por sua vez, aborda outros aspectos também relevantes a este respeito, apontando:

(202) MAGANO, Octavio Bueno. *Do poder diretivo na empresa*, p. 223.

(203) MACIEL, José Alberto Couto. *O trabalhador e o dano moral*, p. 8.

(204) SÚSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Tutela da personalidade do trabalhador*, p. 595.

"Enquanto nas contratações privadas se acham normalmente em jogo valores econômicos e como exceção podem ser afetados bens pessoais dos contratantes, geralmente de forma indireta, no contrato de trabalho o trabalhador, pela situação de dependência pessoal em que se encontra, arrisca permanentemente seus bens pessoais mais valiosos (vida, integridade física, honra, dignidade etc.). () Conforme os princípios morais, o empregador há de responder pelos danos morais que cause se por seu dolo ou culpa lesam-se esses interesses ou bens não patrimoniais. Para que proceda à reparação, o dano deve ter entidade suficiente para afetar a personalidade do trabalhador em qualquer de suas manifestações." (200)

O descumprimento da obrigação contratual pelo empregado ou pelo empregador pode causar dano pessoal à outra parte, podendo-se enumerar, entre outras, as seguintes circunstâncias: uma não equiparação salarial devida, a mora salarial, a retenção dolosa do salário, uma transferência retaliativa, um rebaixamento de função, um desvio de clientela pelo empregado, uma desídia na prestação de serviço, impedindo a entrega da mercadoria na época devida, etc.

Tais situações podem criar constrangimentos, vexames, humilhações. Dentre os temas, porém, que merecem especial menção no tocante ao dano pessoal na execução do contrato, dar-se-á, ainda, destaque às hipóteses de assédio sexual e acidente do trabalho.

14.4.1. Assédio sexual *assédio sexual é uma forma de discriminação* *baseada no gênero - de gênero*

É muito comum, nos dias atuais, trabalhadores e trabalhadoras serem submetidos a toda sorte de assédio sexual, que exploram a insegurança pela manutenção ou até para a obtenção do emprego.

A par do aspecto penal que não cabe aqui abordar, o aumento do número de ocorrências de assédio sexual denota, além da falta de escrúpulos do assediante, uma submissão aumentada, por parte do assediado, em virtude das dificuldades de colocação no mercado de trabalho ora existentes.

A respeito do tema em estudo, assim se manifesta Rodolfo Pamplona Filho:

"Um dos temas laborais mais fascinantes da atualidade é a questão do assédio sexual, que está intimamente ligado com a relação de emprego.

Seja em função da longa duração diária da jornada de trabalho ou do contato frequente imposto pelo desempenho das tarefas habituais, o certo é que o ambiente de trabalho facilita sobremaneira a aproximação dos indivíduos.

Nada impede que, nesse convívio diuturno, colegas de trabalho tenham, entre si, um relacionamento amoroso, fruto de paixões espontâneas nascidas justamente pelo conhecimento do temperamento, personalidade e caráter do companheiro de labor.

Enquanto esse relacionamento afetivo somente diz respeito à vontade humana, não há que se falar em nenhuma implicação jurídica para a relação de emprego, sendo, somente, uma circunstância natural da vida privada e do ser humano.

Todavia, podem ocorrer hipóteses em que a paixão despertada em um não correspondida pelo outro, em que pese a insistência do primeiro.

Caso essa circunstância se dê entre trabalhadores de nível hierárquico diferente e/ou entre empregador e empregado, em que uma das pessoas tem o poder de decidir sobre a permanência ou não da outra no emprego ou de influenciar promoções ou na carreira da mesma, caracterizado estará o assédio sexual, cuja conduta do assediante se traduzir em pressões ou ameaças — explícitas ou implícitas — com o objetivo evidente de obter os favores sexuais do assediado.

Ressalte-se, outrossim, que o assédio também pode dar-se do empregado em relação ao empregador ou, ainda, entre colegas de trabalho, o que poderá gerar a dispensa do assediante, pela prática da incontinência de conduta ou mau procedimento, além, é claro, da indenização por dano pessoal, ante a inequívoca violação da intimidade, assegurada no art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988.

O entendimento dos Tribunais reflete essa tendência, como se demonstra com a transcrição da seguinte ementa

1) TRT 3ª REGIÃO EMENTA. ASSÉDIO SEXUAL CONFIGURAÇÃO DANO MORAL INDENIZAÇÃO Se a reclamante, no interior da empresa, sofre reiteradas investidas de conotação sexual por parte do chefe de área, submetendo-a a situação vexatória e atentando à sua dignidade, configura-se o assédio sexual, que, segundo José Wilson Ferreira Sobrinho "é o comportamento consistente na explicitação da intenção sexual que não encontra receptividade concreta de outra parte, comportamento esse reiterado após a negativa, atraindo, assim, o direito da reclamante à reparação por dano moral.

RO/14159/97. 4ª T. Relatora: Juíza Denise Alves Horta. 13.6.1998. DJ/MG

14.4.2. Acidente do trabalho

A análise da ocorrência de dano pessoal decorrente de acidente do trabalho exige que, preliminarmente, não se confundam duas situações absolutamente distintas no campo do direito material: a) o direito à reparação do infortúnio pelo INSS e o direito à reparação provinda do mesmo acidente quando ultrapassada a responsabilidade ligada à teoria do risco, que tem origem em dolo ou culpa do empregador hipótese expressamente prevista no inciso XXVIII do art. 7º da Carta Magna.

Trata-se de duas relações jurídicas de natureza essencialmente diversas.

A relação jurídica previdencial se estabelece entre beneficiário (pessoa física ou o Estado, que, através dos seus órgãos próprios, distribui benefícios e serviços

(206) PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit., p. 81.

relação é de Direito
Constituição Feder
tência da Justiça
beneficiário e o o
Comum

O direito a
contratual por d
empregador, con
ser da competên
por estar materi

São oportu
execução do co
empregador na
descumprimen
quando se feri
diversas moda
em tese, elas
obrigação de

14.4.3. Jus

A repa
oportunidad

"O em
da div
pode
por t
como
sidac
exec
de il

Des
emprega

(207) RU
(208) ME

relação é de Direito Público.⁽²⁰⁷⁾ No que se refere às ações movidas contra o INSS, a Constituição Federal, em seu art. 109, inciso I, estabelece expressamente a incompetência da Justiça Federal para as causas de acidente de trabalho que têm nos polos o beneficiário e o órgão previdenciário, atribuindo, por exceção, a competência à Justiça Comum.

O direito à reparação do acidente de trabalho, derivado de descumprimento contratual por dolo ou culpa do empregador, tem nos seus polos o empregado e empregador, consequentemente é uma relação materialmente trabalhista. Não é por ser da competência do juízo trabalhista que ela é materialmente trabalhista, mas sim por estar materialmente inserida na relação de emprego.

São oportunas algumas observações finais sobre a incidência do dano pessoal na execução do contrato. Apresentado o rol das principais obrigações do empregado e empregador na execução do contrato, cabe uma observação preliminar: nem todo descumprimento das obrigações contratuais implica dano pessoal; este só ocorre quando se ferem uma ou mais das integridades da personalidade. Após apontar as diversas modalidades de descumprimento, teria sido enfadonho afirmar o óbvio, que, em tese, elas poderiam propiciar a incidência de dano pessoal. Ocorrido este, há obrigação de reparação *in natura* ou em numerário.

14.4.3. *Jus resistantiae*

A reparação do dano não elimina o *jus resistantiae*, cabível em múltiplas oportunidades, conforme esclarece Luiz José Mesquita.

"O empregado não pode, em tese, recusar o cumprimento das ordens emanadas da direção da empresa, mas se as mesmas configurarem um excesso de poder, pode fazê-lo, eis que ele é também uma pessoa humana, que deve ser respeitada por todos e protegida pelo direito. É sob este fundamento, que certos fatos, como a qualificação profissional, os limites de duração do trabalho, a periculosidade profissional de que o trabalho possa revestir, a insuperável dificuldade na execução da ordem e outros limites, autorizam-no a analisar as ordens com visos de ilegalidade, a fim de exercer seu *jus resistantiae*."⁽²⁰⁸⁾

Dessa forma, o exercício do *jus resistantiae* por parte do empregado ou do empregador não leva, via de regra, à configuração do dano pessoal.