

O DANO PESSOAL NO DIREITO DO TRABALHO

PAULO EDUARDO VIEIRA DE OLIVEIRA(*)

Embora o tema dano pessoal, normalmente tratado como “dano moral”, venha sendo tratado com certa abundância em monografias, artigos de revistas especializadas e decisões judiciais nos últimos anos, mais precisamente, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, há espaço para novos enfoques sobre a matéria, especialmente no campo das relações de emprego.

I. CONSIDERAÇÕES GERAIS

1. Dano “pessoal” e não apenas “moral”

Observou Adriano De Cupis que “personalidade” é um continente de que direitos e obrigações são o conteúdo. Seguindo e completando as lições de Limongi França, assim se destacam as integralidades e os direitos a elas inerentes do “todo” que é a pessoa:

“Direito à integridade física: direito à vida e aos alimentos; direito sobre o próprio corpo vivo; direito sobre o próprio corpo morto; direito sobre o corpo alheio vivo; direito sobre o corpo alheio morto; direito sobre partes separadas do corpo vivo; direito sobre partes do corpo morto.

Direito à integridade intelectual: direito à liberdade de pensamento; direito pessoal de autor científico; direito pessoal de autor artístico; direito pessoal de inventor.

Direito à integridade moral: direito à liberdade civil, política, religiosa; direito à honra; direito à honorificência; direito ao recato; direito ao segredo pessoal, doméstico e profissional; direito à imagem; direito à identidade pessoal, familiar e social.

(*) Juiz Titular da 38ª Vara do Trabalho de São Paulo, Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP, Professor de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da Universidade São Judas Tadeu.

Direito à integridade social: ser essencialmente político e social, a pessoa humana tem direito ao convívio familiar, ao convívio com grupos intermediários existentes entre o indivíduo e o Estado, grupos a que se associa pelas mais diversas razões (recreação, defesa de interesses corporativos, convicção religiosa, opção político-partidária, etc.); direito do exercício da cidadania, esta tomada no sentido estrito (status ligado ao regime político) e no sentido lato: direito de usufruir de todos os bens de 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)⁽¹⁾.

Todo dano causado com base em responsabilidade subjetiva (dolo ou culpa) ou objetiva (criação de risco) ou com a conjunção de ambas a uma ou mais destas integridades, por um único ou múltiplos atos, assume pelo objeto que atinge, a qualificação de "pessoal".

O dano estético, como modificação duradoura e permanente na aparência externa, que afeta a integridade física, é dano pessoal ressarcível, independente de eventuais ressarcimentos por danos patrimoniais dele decorrente.

Quando as obras de um autor são utilizadas, sem sua autorização e com modificações grotescas, que violam a "integridade" da obra, se desrespeita não somente os direitos patrimoniais, mas também, os pessoais do autor das obras originais. Opera-se, na verdade, uma violação da "integridade intelectual" do autor e tem-se um dano pessoal.

Se alguém, mediante calúnia, difamação ou injúria, ofende a honra de outrem, atribuindo-lhe um comportamento imoral, é a "integridade moral" que é atingida e tem-se, então, um dano moral *stricto sensu*. Neste exemplo, vê-se bem que o dano moral é, em uma nomenclatura técnica, uma modalidade de dano pessoal.

Quando alguém aprisiona pessoas e as submete a condições semelhantes às da escravidão, impondo-lhes, por exemplo, trabalhos forçados, causam-lhes dano pessoal. O Estatuto da Criança e do Adolescente veda o trabalho em locais prejudiciais ao desenvolvimento social do adolescente. Em ambos os procedimentos, impor trabalhos forçados ou impor trabalhos em condições que prejudicam o desenvolvimento social, há ofensa à "integridade social" do ofendido e tem-se outra modalidade de dano pessoal.

Vê-se, pelos exemplos apontados, que o termo "dano pessoal" e "dano moral" não são sinônimos, porque o pessoal tem, em termos de lógica formal, uma "extensão" muito maior do que o moral, que se circunscreve ao que afeta, apenas, o comportamento de vida honesta pautada nos ditames da moral.

(1) *Limongi França, op. cit.*, págs. 411-414. Um único reparo pode ser feito, além do direito à vida, ao corpo ígido e íntegro, há que se destacar, também, o da saúde mental e física. Melhor seria, pois, apontar a integridade somática e psíquica.

Em outras palavras, a "extensão" do termo "dano pessoal", como gênero, pode referir-se às seguintes espécies de danos: psicofísico, intelectual, moral e social.

Impõe-se, pois, uma conclusão: a opção feita pela qualificação "pessoal" que se deu ao dano, objeto deste estudo, não se baseia na preferência por um simples sinônimo, mas sim, por corresponder melhor à definição real intrínseca propriamente dita (portanto lógica e ontologicamente mais perfeita), do dano pelo objeto que menoscaba: a pessoa humana.

Cahali anota com razão que todos os danos acusados à pessoa humana são "subjettivos" porque "atentam contra o sujeito de direito, quer dizer, contra o ser humano em qualquer etapa de seu desenvolvimento existencial; são danos à pessoa, como geralmente conhecidos e incidem em um vasta gama de interesses ou aspectos da pessoa; (...) a pessoa humana é um valor *per se*, o bem supremo do direito, pelo que qualquer dano que se pratique contra ela deve valorar-se com independência das conseqüências de ordem patrimonial que podem apresentar simultaneamente"⁽²⁾.

Na medida em que causa dano "intrinsecamente" à pessoa humana, o dano pessoal distingue-se do patrimonial que lhe é extrínseco.

Houve autores que defenderam a existência de um *tertium genus* além do dano pessoal e do patrimonial, que atingiria a integridade puramente corporal da pessoa humana. A dicotomia é inaceitável: a pessoa humana é um "todo" que sintetiza em si as integridades acima mencionadas.

Respeitam-se, todavia, os autores que, por razão pragmática, preferem utilizar o termo "dano moral", desde que lhe dê toda a compreensão e extensão que o "dano pessoal" exprime melhor lógica e ontologicamente⁽³⁾.

No âmbito do Direito Civil e do Trabalhista, há consenso doutrinário e jurisprudencial que o dano pessoal assume várias modalidades (subjettivo, objetivo, puro e reflexo).

1.1. Dano pessoal objetivo e subjettivo

Tal classificação considera o dano que causa conseqüência somente na esfera íntima da pessoa, ou sua repercussão no meio social que a circunda. *Miguel Reale* assim os tipifica:

"Pode-se distinguir claramente entre o dano moral objetivo (aquele que atinge a dimensão moral da pessoa no meio social em que vive, envolvendo o de sua imagem) e o dano moral subjettivo que se correlaciona com o mal sofrido pela pessoa em sua subjettividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento intransferíveis porque ligados a valores de seu ser subjettivo, que o ato ilícito veio penosamente subverter, exigindo inequívoca reparação"⁽⁴⁾.

(2) *Yussef Said Cahali, op. cit.,* pág. 187.

(3) Equivocam-se, porém, os autores optando pelo termo "dano moral", contentando-se com uma simples definição nominal (etimológica ou semântica) do adjetivo moral.

(4) *Miguel Reale, "O Dano Moral no Direito Brasileiro", in "Temas de Direito Positivo",* págs. 23 e 198. Capítulos III e IV, *apud Sérgio Severo, "Os Danos Extrapatrimoniais",* pág. 44.

1.2. Dano pessoal puro (direto) e reflexo (indireto)

Tanto o dano objetivo quanto o subjetivo, recebem o qualificativo de puro ou direto, ou de reflexo ou indireto. Puros são "os que se exaurem nas lesões a certos aspectos da personalidade (...), enquanto os reflexos, constituem efeitos ou interpolações de atentados ao patrimônio ou aos demais elementos materiais do acervo jurídico lesado"⁽⁵⁾. Os primeiros afetam somente o "âmago da personalidade", podendo causar, por exemplo, apenas, um descontentamento ou insatisfação do lesado, quando há uso indevido de sua imagem. Porém, o uso indevido da imagem, pode ter uma repercussão social levando a uma desconsideração da mesma na sociedade (amigos, clientela, negócios em geral).

2. Aspecto accidental da "dor" causada pelo dano pessoal

No estudo da matéria deu-se e, ainda se dá, ênfase à dor, ao constrangimento, à humilhação, à tristeza, que o dano pessoal causa quando fere uma ou mais das integridades da pessoa humana.

Poderia-se perguntar se estes estados subjetivos seriam elementos essenciais para a configuração do dano pessoal, ou se bastaria que este tivesse a potencialidade de causá-los? A resposta a tal indagação pode tornar superada a celeuma sobre o pagamento do *pretium doloris*.

É absolutamente normal que uma pessoa em estado de lucidez afetada em uma ou mais de suas integridades tenha sentimentos íntimos de humilhação, constrangimento, vergonha ou revolta.

Tais sentimentos, por mais nobres que sejam, são accidentais, a tal ponto, que a doutrina unanimemente reconhece haver casos em que ocorre dano pessoal desacompanhado de tais sentimentos. A literatura aponta hipóteses de danos pessoais em que o ofendido não sente dores físicas (em estado anestésico, comatoso, morte violentíssima e súbita), nem tem possibilidade de qualquer manifestação de dor e muito menos de sentir ou manifestar sentimentos d'alma.

Estes sentimentos, embora reais, são elementos accidentais na configuração do dano pessoal e não integram seu conceito ontológico.

Referindo-se a um dano morte, ocorrido sem que o lesado tenha sofrido dor, assim, se expressa *Sérgio Severo*:

"O fundamento teleológico do dano morte é a perda da vida e não a dor. (...) (desta forma) o advento da dor não pode ser mais do que uma circunstância atenuante ou agravante, que influirá no momento satisfatório."⁽⁶⁾

(5) *Idem, ibidem*, pág. 52 e *passim*.

(6) *Sérgio Severo, op. cit.*, pág. 161.

No trato da matéria alguns autores deram ênfase ao *pretium doloris*: uns mostrando sua relevância para caracterização do dano pessoal, outros se escandalizando com sua indenização que seria "pagamento monetário" de um sentimento íntimo. Uns e outros se embaraçaram no acidental.

II. O DANO PESSOAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO

1. Aspectos gerais

Há uma indagação que merece resposta: a relação jurídica que se cria entre os sujeitos individuais e coletivos da relação de emprego é puramente patrimonial, ou é, também, pessoal?

Pode-se responder sem hesitar que é primordialmente pessoal sem deixar de ser, também, patrimonial. Curiosamente no trato da matéria em momento em que muito se discutia sobre o juízo competente para julgar os dissídios dele decorrentes, houve quem, até com bastante brilho e agudeza enfatizou que o dano "moral", por ser pessoal, fugia da esfera dos limites da relação de emprego. A partir desta falsa premissa, concluía-se tratar-se de um dano "materialmente" civil.

O dano pessoal que ocorre no âmbito de uma relação de emprego desta recebe o sinete de sua "materialidade" inconfundível própria, porque se origina e se desenvolve subjetivamente como infração dolosa, culposa de um contrato ou objetivamente como fruto de criação de risco.

Esta "materialidade" implica, também, a responsabilidade que lhe é inerente, ou seja, ela é, também, essencialmente trabalhista, equivocando-se os que a qualificam como civil, esquecidos de que a responsabilidade jurídica com seus princípios é cível ou trabalhista, dependendo da área de sua incidência "material".

Duas indagações merecem comentários, ainda que breve: a primeira, sobre existência de dupla indenização; a segunda, sobre o complexo montante da indenização cabível em uma relação jurídica em que os sujeitos têm uma condição econômica assimétrica.

Tome-se como exemplo a ofensa à honra por parte do empregado ou do empregador, ambas capituladas como atos que justificam a rescisão contratual, tendo já previamente estipuladas indenizações *sui generis*: de um lado, priva-se o empregado ofensor do recebimento de verbas rescisórias (muita do FGTS, décimo terceiro e férias proporcionais) e de outro, uma indenização pré-tarifada: pagamento de verbas rescisórias.

Vista a ofensa à honra como dano pessoal, caberia uma indenização autônoma em *quantum* não coberto pelas indenizações apontadas?

A maioria dos direitos trabalhistas ocidentais prevêem indenizações em dinheiro, muitas vezes pré-tarifadas, a título de ressarcimento do descumprimento das obrigações, de que são exemplo as que nosso ordenamento jurídico estipula para as rescisões contratuais imotivadas.

Durante anos, uma ofensa à honra que motivara uma despedida indireta ocasionava somente o pagamento da indenização de antigüidade ou da multa fundiária.

Posteriormente, tendo-se como foco um duplo ressarcimento pelo acidente do trabalho, levantou-se uma discussão doutrinal com reflexos nas decisões judiciais sobre o direito a uma outra indenização.

O Supremo Tribunal Federal acabou acatando a tese da dupla indenização, entendimento este, consagrado pelo inciso XXVIII do art. 7º da Carta Magna.

Hoje, reconhece-se o direito a duas indenizações autônomas, mas, este é o passo importante, não só no acidente do trabalho, mas em danos que atingem uma ou mais das integridades da personalidade, em que há dano pessoal.

A CLT, em seu artigo 462, estabelece parâmetros precisos concernentes ao dano material causado pelo empregado ao empregador: o dano proveniente de dolo é ressarcível e o de culpa depende de prévio acordo individual ou coletivo ou de previsão no regulamento da empresa, como anota *Arnaldo Süssekind*⁽⁷⁾.

Se a reparação não ocorrer antes do término do contrato, na homologação extrajudicial, a eventual compensação não poderá ultrapassar o equivalente a um mês de remuneração (artigo 477, § 5º, da CLT).

O dano material causado por dolo ou culpa, pelo empregador ao empregado, não sofre limitações.

Em termos de integração de normas, caberia a indagação sobre aplicação da analogia dos preceitos supracitados ao ressarcimento do dano pessoal. Suponha-se que, por culpa *stricto sensu* do empregado, o empregador sofra um dano pessoal; aplicada a analogia, se não previamente pactuado, não haveria direito à reparação.

A resposta, porém, é negativa: autônomos são os direitos e as indenizações que lhes correspondem.

Normas estipulam indenizações diferenciadas, quando há extinção imotivada dos contratos a termo (artigos 479 e 480 da CLT) e de duração indeterminada (artigos 477, 478, 483 e 497 da CLT e artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Ainda que o dano pessoal ocorra concomitantemente com a extinção do contrato, a reparação devida, *in natura* ou em dinheiro, não guarda relação com as previstas nos referidos artigos.

2. Fixação do *quantum* da indenização

Os autores são unânimes em reconhecer que um dos temas mais complexos, quando se trata de dano pessoal, é o da fixação do *quantum*,

(7) *Arnaldo Süssekind, et al.* "Instituições de Direito do Trabalho", pág. 453.

sendo que os parâmetros apontados, sobretudo por *Antônio Jeová Santos*, corroboram para solução da fixação do valor da indenização por dano pessoal no Direito do Trabalho.

Há de ser reconhecer que, neste campo, a dificuldade é maior quando a reparação é pecuniária, uma vez que as condições econômicas do empregador e as de um operário que sobrevive, com sua família, às duras penas, são diversas.

A priori, não há possibilidade de preestabelecer critérios, ficando claro que a impunidade não pode ser agasalhada.

Em geral, no âmbito das relações jurídicas cíveis a tendência majoritária é de dar atribuição ao juiz, desde que não se exagere quanto ao "prudente arbítrio".

Na órbita trabalhista o leque pode ser maior, recorrendo-se a uma autocomposição (ainda que sugerida por uma Comissão Prévia de Conciliação), preferencialmente com assistência sindical.

Não se pode, porém, *a priori* descartar a composição heterônoma via arbitragem. O peso da nossa cultura levará à procura do Poder Judiciário que certamente, não poucas vezes, terá que recorrer à equidade para solucionar o problema.

Oportuna a lição de *João Oreste Dalazen* que, em duto estudo sobre o *quantum* no Direito do Trabalho, sintetiza as seguintes regras para dimensionar concretamente o dano pessoal:

- 1) compreender que o dano moral em si é incomensurável;
- 2) considerar a gravidade objetiva do dano;
- 3) levar em conta a intensidade do sofrimento da vítima;
- 4) considerar a personalidade (antecedente, grau de culpa, índole, etc.) e o maior ou menor poder econômico do ofensor;
- 5) não desprezar a conjuntura econômica do país;
- 6) pautar-se pela razoabilidade e equitatividade na estipulação, evitando-se: de um lado, um valor exagerado e exorbitante, a ponto de levar a uma situação de enriquecimento sem causa, ou à especulação, ou conduzir à ruína financeira o ofensor; de outro, evitando-se um valor tão baixo que seja irrisório e desprezível, a ponto de não cumprir a função inibitória⁽⁸⁾.

Ainda no campo do Direito do Trabalho, algumas decisões judiciais utilizam, como parâmetro, o salário mínimo para fixação do valor da indenização.

É questionável tal posicionamento, ante a vedação constitucional de vinculação do salário mínimo para qualquer fim.

(8) *João Oreste Dalazen*, "Aspectos do dano moral trabalhista", págs. 79-80.

Este é, também, o posicionamento do STF em acórdão que ora se transcreve:

“Ementa: Dano moral. Fixação de indenização com vinculação a salário mínimo. Vedação constitucional. Art. 7º, inciso IV da Carta Magna. O Plenário desta Corte, ao julgar, em 1º.10.97, a ADIn 1425, firmou o entendimento de que, ao estabelecer o art. 7º, IV, da Constituição, que é vedada a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim, 'quis evitar que interesses estranhos aos versados na norma constitucional venham a ter influência na fixação do valor mínimo a ser observado'. No caso, a indenização por dano moral foi fixada em 500 salários mínimos para que, inequivocamente, o valor do salário-mínimo a que essa indenização está vinculado atue como fator de atualização desta, o que é vedado pelo citado dispositivo constitucional. Outros precedentes desta Corte quanto à vedação da vinculação em causa. Recurso extraordinário conhecido e provido.

RE-225488/PR — 1ª Turma. Relator: Ministro Moreira Alves.”

Destarte, o melhor critério para fixação do valor do montante da indenização por danos pessoais no Direito do Trabalho é o da utilização da remuneração do empregado como referência, variando o *quantum* na proporção de cada caso, segundo for arbitrado.

Há diversos julgados em que se faz uma aplicação analógica da indenização de antigüidade, combinando valor do salário com o tempo de serviço prestado ao empregador, como este, a título de exemplo, que ora se transcreve:

“TRT 1ª Região: “Dano Moral — Reparação — Garantia constitucional — Apreciação pelo Juiz, que não pode ser ignorada — Valor fixado na maior remuneração mensal do empregado — Recurso provido, em parte.

Ementa: A reparação por dano moral constitui garantia constitucional, não podendo o juiz ignorar, na apreciação do caso concreto que lhe seja submetido os aspectos relacionados aos mecanismos básicos do comportamento humano, das leis de motivação humana, bem como a necessidade de inter-relacionar essas dimensões aos aspectos morais, tutelados pelas leis ordinárias. Assim, aplicando-se analogicamente as normas que regem a indenização por tempo de serviço, de estabelecer-se como ressarcibilidade do dano o valor igual à maior remuneração mensal, em relação a cada ano de serviço prestado.

RO 15.492/92 — 8ª T. — DJ 14.12.94 — Rel. Juíza Amélia Valadão Lopes.”

Tal referencial não pode, porém, ser tomado matematicamente uma vez que o direito à reparação por dano pessoal e sua respectiva indenização são de natureza jurídica essencialmente diferentes da indenização de antigüidade e da fundiária.

Finalmente, deve-se ressaltar que a natureza da reparação pecuniária, no âmbito do Direito do Trabalho, tem dupla função: reparatoria e punitiva, tendo esta, também, efeito pedagógico, tal como no caso de uma multa de trânsito.

3. Dano pessoal e cidadania

O caráter sucessivo do contrato de trabalho com suas diversas fases (pré-contratual, celebração, execução, extinção e pós-contratual) oferece várias oportunidades para que ocorra o dano pessoal.

Há, todavia, obrigações que são comuns a todas as fases, entre os quais se destaca a de não discriminar, que será objeto deste artigo.

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⁽⁹⁾. Em sentido lato, cidadania consiste no direito de usufruir de todos bens 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.

4. 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

(9) Cf. *Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, "Curso de direito constitucional", págs. 205 e 206.

da vista e dos ouvidos de outrem, pressupõe ingerência na esfera íntima da pessoa através de espionagem e divulgação de fatos íntimos obtidos ilicitamente⁽¹⁰⁾.

O conceito objetivo 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"⁽¹¹⁾.

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. 03/1989, onde se estipula:

"Art. 4º, 2º e. En la relación de trabajo los trabajadores tienen derecho (...) al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual"⁽¹²⁾.

O artigo 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"⁽¹³⁾.

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

O trabalho doméstico, certamente mais do que qualquer outro, propicia a violação da moradia, quer porque freqüentemente o(a) empregado(a)

(10) Alice Monteiro de Barros, "Proteção à intimidade do empregado", pág. 28.

(11) *Id.*, *ibidem*, pág. 30.

(12) José Manuel del Valle Villar, "El Derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo en el ordenamiento laboral español", pág. 157.

(13) *Id.*, *ibidem*, pág. 158.

mora em cômodos da casa 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.

Há uma grande incidência, que se revela nas decisões judiciais, da violação da intimidade individual no âmbito do estabelecimento, explicando-se porque os autores costumam dar a esta maior atenção, enfocando sobretudo aquela cometida pelo empregador contra seu empregado, embora, a de ambas as partes devem 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 à do 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 estuda 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 um prejuízo, remoto, imediato ou provável, àquela"⁽¹⁴⁾.

Observa ainda *Dorval de Lacerda* que o ato faltoso consiste em violar, não implicando necessariamente revelar; e para justificar o dever de sigilo, diz o mesmo fundar-se no dever de fidelidade⁽¹⁵⁾.

O direito à intimidade pode ser classificado como um direito individual, relativamente à liberdade, com natureza jurídica de direito fundamental de defesa⁽¹⁶⁾.

Como já se sublinhou muito bem:

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

(14) *Durava de Lacerda*, "A falta grave no direito do trabalho", pág. 214.

(15) *Ibidem*, págs. 212 e 214.

(16) *Alice Monteiro de Barros*, *op. cit.*, págs. 31-32.

existe como antes e está desaparecendo paulatinamente para dar espaço à idéia de coordenação negociada de atividades profissionais com vistas ao cumprimento de iniludíveis fins comunitários⁽¹⁷⁾.

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 do empregador, que mais freqüentemente, como demonstram reiteradas decisões judiciais, vem propiciando ocasiões de invasão da intimidade do operário. Entende-se, assim, porque 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”⁽¹⁸⁾.

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 tranqüilidade (...) Porque 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;

(17) *Arion Sayão Romita*, “A subordinação no contrato de trabalho”, pág. 83.

(18) *Alice Monteiro de Barros*, *op. cit.*, pág. 33.

quando, porém, a lesão atinge apenas o mencionado resguardo, há ataque à intimidade. Por fim, os ataques à honra tanto recaem na vida privada quanto pública do indivíduo, diferentemente dos ataques à intimidade⁽¹⁹⁾.

Em síntese, configurada a violação das três intimidades do indivíduo, a da casa, das comunicações telefônicas e telegráficas, ocorre dano pessoal ressarcível.

5. Discriminação negativa e ação positiva

A tutela antidiscriminatória está inserida nos artigos 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⁽²⁰⁾.”

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 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, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha como efeito anular ou alterar igualdade de oportunidades ou de tratamento e 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 discriminar a partir da fase pré-contratual e em toda a vigência do contrato.

(19) *Aparecida I. Amarante*, “Responsabilidade civil por dano à honra”, págs. 84, 85, 86.

(20) *Alice Monteiro de Barros*, *op. cit.*, pág. 58.

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

O art. 5º, § 2º da mesma Convenção 111, explicita não serem discriminatórias as medidas especiais de proteção, destinadas a atender 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 destinem 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".

6. 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.

Abordar-se-á, 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.

6.1. 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 discriminação ela pode atingir homem e mulher, mas o fato desta ter sofrido e ainda sofrer maior discriminação no mundo do trabalho no que se refere ao acesso a ele, à remuneração e a 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 a 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, por ex.) e das mulheres (enfermagem, serviço social, etc.), reflete resquícios de preconceitos, ou, na melhor das hipóteses, uma tendência cultural para determinados afazeres que seriam mais adequados à psicologia masculina ou feminina.

O empregador tem amplo poder de estabelecer a política de empregos, 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 ação 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 o 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 justificavam, 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 os 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; considerar o sexo como variável, como determinante para fins de remuneração e 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, que visa à 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". A matéria implica complexidade uma vez que é indispensável a verificação de quais 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 comprovado) 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, em tais 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.

6.2. 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 que ele está presente nos mais diversos meios sociais, em alguns dos quais, como por exemplo nas fileiras das forças armadas, pareciam fortalezas inexpugnáveis.

Indubitavelmente os homossexuais constituem-se 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 idéia de tutela à privacidade (...).”⁽²¹⁾

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

(21) *Alice Monteiro de Barros, op. cit.*, págs. 118-119.

decoro que o empregador pede de todo e qualquer empregado é exigível, também, do homossexual. Configurada a discriminação, ocorre o dano pessoal ressarcível.

6.3. Maternidade

O artigo 391 da CLT estipula que o fato da mulher ter se casado ou se encontrar em estado de gravidez não constituem motivos para a rescisão de seu contrato de trabalho e seu parágrafo único proíbe que regulamentos, convenções coletivas ou contratos de trabalho, restrinjam o direito da mulher ao emprego por tais motivos.

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 de uma 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 contrato. Conseqüentemente lhe é proibido procurar ou fazer procurar quaisquer informações concernentes ao estado de gravidez. A mulher candidata a um emprego ou já assalariada 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 mulher grávida."

Esse tipo de discriminação é bastante comum e se manifesta dia-a-dia através 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 e muito menos que o médico transmita ao empregador qualquer informação nesse sentido, limitando-se este a dizer se aquela candidata encontra-se ou não apta para a função a 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 uma entrevista com o empregador uns dias antes. Na entrevista foi-lhe perguntado se estava grávida, o que foi respondido negativamente. No dia 3 de novembro ela apresentou um 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 não tinha o direito de lhe perguntar se estava grávida. Mesmo reconhecendo que houve mentira deliberada, esta não era causa de anulação do contrato, a menos que se tratasse de função proibida às mulheres grávidas. Em virtude do artigo 661, letra a, 1.1 do Código Civil, o empregador não pode praticar discriminação na formação de um contrato. Pedir a uma candidata para dizer se ela está grávida indicava que o empregador ia contratá-la, ou não, para assumir as obrigações que decorrem do emprego de uma mulher em tal situação. O artigo 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 fatos que diminuiriam suas possibilidades de serem tratadas em pé de igualdade com os candidatos homens para obter o emprego. Esta pergunta é incompatível com as disposições do artigo 661, letra a do Código Civil, exceto no que concerne a funções que são proibidas às mulheres grávidas.⁽²²⁾

Este acórdão traz uma lição que merece comentários: verifica-se que toda indagação 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 freqüentemente na vida social, mesmo em ocasiões em que não se trata de invasão de privacidade; o esmoler abordado por um pedinte responde não ter dinheiro, embora, de fato, o tenha.

Ressalva pode ser feita àquelas situações em que a gravidez constitui 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. 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.⁽²³⁾

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.

(22) "Revue Internationale du Travail", 1984, vol. 123, n. 2, págs. 208/209.

(23) Alice Monteiro de Barros, *op. cit.*, pág. 104.

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 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 gravidez para as candidatas a emprego, sob pena de incidir em multa de R\$ 100.000,00 por trabalhadora discriminada"⁽²⁴⁾.

6.4. Idade

A atual Constituição proíbe, também, discriminação por motivo de idade, vedação 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 pelo empregador, ensejador de dano pessoal reparável.

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

A regra geral é que a pessoa com mais de 45 (quarenta e cinco) anos tenha 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 O.M.S. — Organização Mundial da Saúde, 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.

6.5. Etnia

A etnia caracteriza-se como um grupo social, cuja identidade se define pela comunidade de língua, cultura, tradições, monumentos históricos e território⁽²⁵⁾.

(24) *Ibidem*, pág. 105.

(25) *Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, "Dicionário de política", pág. 449.*

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⁽²⁶⁾.

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

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.

6.6. Estado civil

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

A Constituição de 1988 proíbe expressamente em seu artigo 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 decliná-lo. 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 o 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:

(26) *Ibidem*, pág. 449.

"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 JCY de Belo Horizonte, Proc. 1.822/91, Juiz Presidente Júlio Bernardo do Carmo"⁽²⁷⁾.

"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 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 XLI; 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 Facioli Chedid, Genesis, Revista de Direito do Trabalho, outubro de 1996, n. 46, pág. 537)."

6.7. Ideologia

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 idéias 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 prescindido 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

(27) Alice Monteiro de Barros, *op. cit.*, pág. 113.

política. Na ciência e na sociologia política contemporânea, predomina nitidamente o significado fraco de Ideologia, tanto na acepção geral quanto na particular⁽²⁸⁾.

Os incisos IV, VI, VIII e XVII do artigo 5º da Constituição Federal, proíbem 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 artigo 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 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. TRT 9ª Região, 3ª T., RO 00433/93, Relª Juíza Wanda Santi Cardoso da Silva, DJPR 8.7.94, pág. 61, "Dicionário de Decisões Trabalhistas", Calheiros Bonfim, 25ª ed.)⁽²⁹⁾"

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 que o candidato ao emprego tem posições ideológicas que o colocam em confronto direto com a mundividência do tomador de serviço. Isso pode ocorrer e tem-se notícia que ocorreu com um "jornalista âncora" de um telejornal. Irrelevante a circunstância, que o caso 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.

(28) Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, *op. cit.*, pág. 585.

(29) Alice Monteiro de Barros, *op. cit.*, pág. 108.

Ocorre exorbitância quando a função não interfere na ideologia (por exemplo, cozinheiro, porteiro, pedreiro etc.), hipóteses em que a exclusão pode configurar-se 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.

6.8. Nacionalidade

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

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

6.9. Saúde

O tema da discriminação em razão de problemas de saúde é complexo e pode assumir diferentes conotações.

Aqui, impõe-se tratar do problema da mediação do médico em relação ao empregado-paciente e ao empregador.

• *Ética médica nos exames*

Existem diversas medidas preventivas de medicina do trabalho visando à saúde e ao bem-estar dos empregados no ambiente laboral.

A CLT, em seu artigo 168, assim determina:

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

- I — na admissão;
 - II — na demissão;
 - III — periodicamente.
- § 1º. (...).”

O empregado está obrigado a submeter-se aos exames médicos descritos nos incisos I, II e III do artigo 168 da CLT, mesmo que não seja essa sua vontade, ficando, porém, resguardada sua intimidade.

O § 5º do mesmo artigo 168 da CLT, com redação dada pela Lei n. 7.855/89, determina que o resultado do exame médico será comunicado ao empregado, observados os preceitos da ética médica.

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

Quanto 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.

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:

“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 empresas, exceto nos casos em que seu silêncio prejudique ou ponha em risco a saúde do trabalhador ou da comunidade.

É vedado ao médico:

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. 105 — Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade;

Art. 108 — Facilitar manuseio e conhecimento dos prontuários, papeletas e demais folhas de observações médicas sujeitas ao segredo profissional, por pessoas não obrigadas ao mesmo compromisso.”

Conclui-se, assim, pelos dispositivos acima transcritos que, após realizado o 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 dos mesmos, limitando-se a afirmar se o candidato ou empregado está ou não apto para a função a que se destina.

Isto se dá porque as informações que os pacientes fornecem, quando de seu atendimento médico, assim como o resultado dos exames e procedimentos realizados com finalidade diagnóstica ou terapêutica, são de sua propriedade.

Alice Monteiro de Barros, em estudo sobre o tema, esclarece:

“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 à 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 19.11.1992)”⁽³⁰⁾.

Os médicos, enfermeiros e demais profissionais de saúde e administrativos, que entram em contato com as informações constantes do prontuário do paciente, têm apenas autorização para ter acesso às mesmas em função de sua necessidade profissional, mas não têm o direito de divulgá-las.

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 área de saúde e também do empregador.

Assim, o médico não pode, sem o consentimento do empregado, divulgar resultados de exames médicos realizados por qualquer motivo.

Se por outras vias, que não a do médico, o resultado do exame efetuado pelo empregado chegar ao conhecimento do empregador, ainda assim, este não tem o direito de divulgá-lo, sob pena de causar dano pessoal ao empregado.

Portanto, ao médico cabe dizer, unicamente, se o candidato está apto para o exercício da função à qual se destina, se o empregado pode continuar trabalhando naquela função ou, ainda, se é portador de moléstia profissional, nada mais.

Pode-se apontar duas formas de rompimento do sigilo por parte do médico: a exceção ao sigilo e a quebra de privacidade ou de confidencialidade.

A *exceção ao sigilo* ocorre quando, por força de legislação existente e por justa causa, um profissional é obrigado a comunicar informações sigilosas a que teve acesso em função de sua atividade (maus tratos em crianças e adolescentes, abuso de cônjuge ou idoso, etc.).

A *quebra de privacidade ou de confidencialidade* é a ação de revelar ou deixar revelar informações recebidas em confiança do paciente. Tal hipótese somente é admissível quando: a) um sério dano físico, a uma pessoa identificável e específica, tiver alta probabilidade de ocorrência; b) um benefício real resultar dessa quebra de confidencialidade; c) for o último recurso, após ter sido utilizada persuasão ou outras abordagens e d) este procedimento deve ser generalizável, sendo novamente utilizado em outra situação, com as mesmas características, independentemente de quem seja a pessoa envolvida.

(30) Alice Monteiro de Barros, *op. cit.*, pág. 89.

Ressalte-se, ainda, que o médico que incorrer em violação de segredo profissional, incorrerá na prática do crime previsto no artigo 154 do Código Penal, *in verbis*:

“Art. 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de quem tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem. (grifou-se).

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.”

A expressão “possa produzir dano” mostra que deve haver a probabilidade de dano (moral ou patrimonial) a terceiro, caso contrário, não existirá conduta punível.

Assim, bastará o dano potencial para que o médico incida na conduta tipificada no Código Penal, o mesmo não ocorrendo com relação ao dano pessoal, que depende de efetiva violação da intimidade do empregado-paciente.

A questão assume relevância, pois, pode se manifestar de diversas formas no curso do contrato de trabalho.

Determinado empregado pode ser discriminado por colegas, em virtude de uma indevida divulgação do resultado de exame, no qual se constatou a existência de determinada doença não transmissível, feita propositalmente como forma de forçá-lo a pedir demissão do emprego.

• *Da discriminação em virtude de doença*

Existem doenças que, em virtude da gravidade ou da ignorância popular, trazem grande dose de discriminação por parte das pessoas, como ocorreu com a tuberculose, lepra, sífilis e, mais recentemente, com a AIDS.

Sendo o empregado, geralmente, pessoa leiga, a simples divulgação de que determinada pessoa da empresa é portadora de tais doenças, já é suficiente para gerar anseio, dúvida 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, endovenosa e parietal, nem o portador de HIV, nem o afetado por doença oportunística pode ser discriminado 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 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 encontra-se inapto à função que se

destina e se já for empregado (exame periódico) não mais terá condições de continuar trabalhando, sempre, porém, ocultando o diagnóstico, exceto para o paciente, que é dono do mesmo⁽³¹⁾.

À 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 teria 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)⁽³²⁾.

Dessa forma, além da proibição de ocorrência de dispensa discriminatória em virtude da doença, sendo cabível a reintegração, como têm entendido nossos Tribunais, o empregador pode ser condenado à reparação dos danos pessoais causados ao empregado, se ficar demonstrado que agiu com evidente intuito de causar prejuízo ao mesmo.

Assim, se o portador do vírus HIV está capacitado para trabalhar, não há que se falar em dispensa e, se esta por acaso ocorrer, de forma discriminatória, haverá dano pessoal, podendo o empregado pleitear a devida reparação.

6.10. Deficiência

Os portadores de deficiência não podem sofrer discriminação no trabalho.

(31) O doente independente de ser "paciente" (este termo traz uma carga grande de distorções) é "sujeito", cf., *E. Christian Gauderer*, "Os Direitos do paciente", pág. 47 e *passim*.

(32) *Alice Monteiro de Barros*, *op. cit.*, pág. 93.

No Direito americano, a Lei de Reabilitação de 1973 estabeleceu uma nova diretriz baseada na igual oportunidade para o trabalho⁽³³⁾.

De acordo com o *Handicapped Requirements Handbook*, "igual oportunidade" e "tratamento igual" são essenciais para eliminação da discriminação.

Conforme esclarece, *Rubens Valtecídes Alves*, a respeito do tema em questão:

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

A normatização da discriminação em nível de trabalho dentro da Lei de Reabilitação de 1973 está prescrita da seguinte forma:

'41 CFR parágrafo. 60 741 4 (1978) adendo:

O contratante não discriminará contra qualquer empregado ou candidato ao emprego por causa de incapacidade física ou mental para qualquer posição para a qual estão qualificados a desempenhar. O contratante adotará ação afirmativa para empregar, promover no emprego e por outro modo tratará 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"⁽³⁴⁾.

A Constituição Federal dispõe no artigo 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 artigo 37, inciso VIII da CF/88, afirma que "a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios para sua admissão".

No tocante aos direitos sociais, o artigo 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 artigo 3º, a conceituação de deficiência, dispondo:

(33) *Rubens Valtecídes Alves*, "Deficiente físico: Novas dimensões da proteção ao trabalhador", pág. 102.

(34) *Id.*, *ibidem*, págs. 102-103.

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

O Brasil ratificou a Convenção n. 159 da OIT sobre Reabilitação Profissional e Emprego (pessoas deficientes) 1983, cujo art. 4º, explicita a igualdade de oportunidades que devem ser dadas 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. As medidas 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 discriminatórias em relação a estes últimos."

Conforme explana *Marco Antônio César Villatore*:

"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.'⁽³⁵⁾"

(35) *Marco Antônio César Villatore*, "O Decreto n. 3.298, de 20.12.99 — A pessoa portadora de deficiência no direito do trabalho brasileiro e o tema no direito do trabalho comparado", in *Revista LTr*, São Paulo, vol. 64, maio de 2000, pág. 622.

O mesmo Decreto n. 3.298/99, em seu artigo 36, ratifica a percentagem obrigatória de preenchimento de cargos, prevista na Lei n. 8.213/91, que obriga as empresas, com cem 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 lá 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 tarifadas do Direito do Trabalho, mas também às decorrentes do dano pessoal causado ao candidato ao emprego ou ao empregado.

7. Relação de emprego e relação pessoal

As duas principais obrigações sinalagmática que a relação de emprego implica (prestar serviço de modo subordinado e pagamento), levaram autores a afirmar que ela comporta, apenas, uma relação patrimonial.

Não se pode negar que esta seja importante, mas a relação empregatícia cria, também, uma inter-subjetividade entre empregado e empregador, seja este pessoa física ou jurídica. Se ela não existisse, ter-se-ia que apelar, como de fato se fez, para uma relação essencial e juridicamente diversa, para explicar o dano pessoal entre empregado e empregador.

Pode parecer paradoxal, mas foram alguns escritos e acórdãos, tratando de aspectos processuais (a não competência do juízo trabalhista para julgar conflitos decorrentes de danos pessoais), que contribuíram para esse entendimento, enfatizando, com razão, a relação pessoal que o dano implica e, que este inexistiria na relação de emprego⁽³⁶⁾.

Como conclusão é importante que se frise, que há uma relação inter-subjetiva entre empregado e empregador muito acentuada, que dá oportunidade, pelo trato sucessivo da relação, a uma das partes (e até a ambas em dano pessoal recíproco), de uma causar dano pessoal à outra ou, ainda, do dano acontecer reciprocamente.

8. O dano, materialmente

Concluindo este estudo, pode-se dizer que o dano pessoal é materialmente trabalhista, quando ocorre no interior da relação de emprego e quando ambas as partes como tais (*ut sic*), causam dano à outra, descumprindo uma cláusula contratual implícita ou explícita de mútuo respeito e de boa-fé.

(36) Há um sofisma de argumentação, ao deduzir do caráter pessoal do dano, sua incidência na órbita civil, quando este ocorre "no interior" de uma relação de emprego; quando o empregado ou empregador, como tais, causam dano um ao outro. Não dá, também, para enfatizar o caráter pessoal do dano e tentar provar haver um prazo prescricional diferenciado para salvaguardar os direitos decorrentes do dano pessoal, porque a "verba da indenização não seria trabalhista *stricto sensu*, mas civil e pessoal". Tudo porque se tem uma noção unívoca e não analógica do dano pessoal de responsabilidade.

Nem o *jus resistantiae*, nem a invocação da exceção do *non adimpleti contractus*, nem o uso do poder diretivo (nas modalidades: organização, controle ou disciplinar), nem o uso da legítima defesa, justificam que se exorbite dos limites para causar dano pessoal a outrem.

9. Dano pessoal como algo “novo” nas relações empregatícias

Seria negar o velho ditado, segundo o qual, *nil novi sub sole*, dizer que o dano pessoal só passou a ocorrer nas relações de trabalho nos últimos anos, mais precisamente após 1988, com a promulgação da atual Constituição Federal.

A ofensa à honra, dano essencialmente pessoal, já era prevista no Código Comercial e a CLT fez o papel de “consolidar” o dispositivo preexistente, tipificando-a como motivo de despedida motivada (artigo 482) ou de denúncia, pelo empregado, do contrato de trabalho (artigo 483).

Exagero contrário, porém, consiste em dizer que, havendo a figura da ofensa à honra, nada de novo aconteceu. A novidade ocorreu no âmbito do Direito do Trabalho, quando se passou a dar um tratamento jurídico próprio ao dano pessoal ocorrente no seu interior. Até então, a figura da ofensa à honra só era tratada como falta anticontratual.

Uma antiga discussão, sobre o direito à indenização autônoma no acidente do trabalho, acatada pelo texto constitucional (artigo 7º, inciso XXVIII), acabou abrindo espaço para se perceber que as indenizações pré-tarifadas, pela ocorrência de “justa causa”, não cobriam um dano essencialmente diverso, como o pessoal.

10. Dupla indenização. Critérios diferenciados de quantificação

Outra conclusão que merece destaque, é a duplicidade de indenizações que um mesmo ato pode provocar. Toma-se, propositadamente, o exemplo da ofensa à honra, antes de voltar a atenção para o dano pessoal específico que ela comportava, *se vítima o empregador*, este tinha direito, apenas, ao não pagamento da indenização de antigüidade ou da multa fundiária; *se vítima o empregado*, este tinha direito ao recebimento de uma indenização de antigüidade depois de um ano de serviço ou da multa fundiária, quantias que conforme o tempo de serviço, podiam ser de pequeno valor.

Hoje, concebe-se a exigência de uma reparação essencialmente diferente para o dano pessoal, *não civil, mas trabalhista*, se feita em numerário e não *in natura*. Há o direito, *sem incidir in bis in idem*, a uma outra indenização trabalhista decorrente de uma *responsabilidade materialmente trabalhista*, cujo montante obedece a critérios diversos da indenização tarifada.

Reconhece-se, todavia, que a quantificação da reparação em dinheiro tem peculiaridades no âmbito das relações, porque, embora afastando a impunidade, deve ser levado em conta, que as condições econômicas das partes não são simétricas.