

Do ponto de vista jurídico, o termo *direito à intimidade desfruta da preferência nacional*, como ocorre na maioria dos países latinos, enquanto o termo *privacidade é mais usado nos países do common law*.

Com o progresso científico e o avanço da técnica, as intromissões na intimidade das pessoas agravaram-se, fazendo com que estes direitos fossem elevados ao plano constitucional, embora antes já constassem de leis ordinárias, como dos Códigos Penal e Civil e Lei de Imprensa.

A atual Constituição brasileira, em seu artigo 5º, X, considera "invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Como se poderá verificar, a Constituição Federal de 1988 atribui aos institutos da intimidade e vida privada tipificação diversa. A partir daí, alguns autores passaram a estabelecer distinção entre direito à intimidade e direito à vida privada.

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 de outrem⁽¹⁾. Pressupõe ingerência na esfera íntima da pessoa através de espionagem e divulgação de fatos íntimos obtidos ilícitamente. Seu fundamento é o direito à liberdade de fazer e de não fazer⁽²⁾. É o "direito a ser deixado em paz", como se infere da obra do magistrado americano *Cooley*, escrita em 1873⁽³⁾.

Já o direito ao respeito à vida privada tem conteúdo mais amplo e sua natureza não é tão espiritual como ocorre com o direito à intimidade, compreendendo outras manifestações⁽⁴⁾. Assim, o direito à vida privada vem sendo considerado como aquele que "consiste no poder determinante que todo o indivíduo tem de assegurar a proteção de interesses extrapatrimoniais através de oposição a uma investigação na vida privada com a finalidade de assegurar a liberdade e a paz da vida pessoal e familiar"⁽⁵⁾.

(1) PONTES DE MIRANDA, F. C. "Tratado de Direito Privado", v. VIII, Rio de Janeiro: Borsari, 1971, p. 124.

(2) PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, v. VIII, p. 124.

(3) CARRASCOSA LÓPEZ, *Valentin*. "Derecho a la intimidad e informática". *Informática y Derecho*, p. 11.

(4) DOTTI, *René Ariel*. "Proteção da vida privada e liberdade de informação". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 69.

(5) SZANIAWSKI, *Élimar*. *Op. cit.*, p. 147. Outros conceituam o direito à vida privada como "auto-determinação em matéria de sexualidade — da liberdade sexual, que propicia a livre afirmação da sexualidade, segundo estatuto próprio, assim também a orientação e identidade sexuais, percutindo na problemática do homossexualismo e transexualismo; de vida familiar — congregando um direito à constituição da família que não discrimine sexo, direito ao aborto, "direito à procriação"; dentre outros; de domicílio — com seus múltiplos aspectos de escolha de onde e como, dentro das possibilidades fáticas, fixar a própria morada; de organização da própria morte, reforçado pelo direito à vida e ao próprio corpo; e de informações pessoais, identificadas com o direito à intimidade (cf. SAMPAIO, *José Adércio Leite*. "Direito à intimidade do Candidato a um Emprego". *Revista de Direito Comparado*, v. 1, n. 1, julho/97, UFMG, p. 314.

... E finalmente há ainda os que não estabelecem distinção entre "intimidade" e "vida privada"⁽⁶⁾.

Pelo que se pode constatar, os autores não chegaram a um consenso a respeito de direito à "intimidade" e direito à "vida privada".

Eles fazem parte dos direitos de personalidade⁽⁷⁾, e classificam-se como direitos à integridade moral⁽⁸⁾, inerentes ao próprio homem. Visam resguardar a dignidade da pessoa humana. Surgem como uma reação à teoria estatal sobre o indivíduo e encontram guarida em vários documentos internacionais⁽⁹⁾. Atualmente, há até mesmo um Repertório de Recomendações Práticas da OIT, de outubro de 1996, sobre Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores. Este Repertório prevê a irrenunciabilidade do direito à intimidade do empregado.

Dentro deste contexto, embora o Direito do Trabalho não faça menção expressa aos direitos de intimidade e privacidade, são eles oponíveis contra o empregador, devendo ser respeitados, independentemente de encontrar-se o titular desse direito dentro do estabelecimento empresarial. É que sua inserção no processo produtivo não lhe retira o direito de personalidade, cujo exercício pressupõe liberdades civis.

Paralelamente a esses direitos, a mesma Carta assegura o direito de propriedade; logo, no ambiente de trabalho, o direito à intimidade sofre limitações, as quais não poderão, entretanto, ferir a dignidade da pessoa humana.

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 trabalhador.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) data de 1943. Originariamente, ela demonstra uma preocupação em tutelar a integridade física do empregado no local de trabalho.

(6) CRETELLA JÚNIOR, J. "Comentários à Constituição de 1988", v. 1, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 25.

(7) PONTES DE MIRANDA, F. C. "Tratado de Direito Privado", t. II e VII, Rio de Janeiro: Borsari, 1971. LIMONGI, Rubens França. "Manual de Direito Civil", 2ª ed., v. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. GOMES, Orlando. "Introdução ao Direito Civil", 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986. SZANIAWSKI, Elimar. "Direitos de Personalidade e sua Tutela", São Paulo: Revista dos Tribunais. MATTIA, Fábio Maria. "Direitos de Personalidade: aspectos gerais". MORAES, Walter. "Direito de Personalidade, estudo da matéria no Brasil". Estes dois últimos artigos: Estudos de Direito Civil, coordenado por Antônio Chaves, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

(8) Geralmente, a doutrina nacional classifica os "direitos de personalidade" em direito à integridade física (direito à vida, à higidez corpórea, às partes do corpo, ao cadáver etc.); direito à integridade intelectual (direito à liberdade de pensamento, autoria artística e científica e invenção) e direito à integridade moral, incluído neste último o direito à imagem, à intimidade, à privacidade, ao segredo, à honra, à boa fama, à liberdade civil, política e religiosa (LIMONGI, Rubens França. *Op. cit.*, p. 329).

(9) Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789; na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, mais precisamente no art. 12; na Convenção Européia dos Direitos do Homem de 1950; na Convenção Panamericana dos Direitos do Homem de 1959.

Nesse diploma consolidado, a esfera privada do trabalhador permaneceu em um plano secundário, limitando-se a manifestações isoladas de tutela potencial, à semelhança do que ocorre com o art. 483 da CLT, quando protege a honra e boa fama do trabalhador. Sob este aspecto, a CLT não se identifica com a legislação de outros países principalmente europeus, os quais demonstram essa preocupação, ainda que através de uma proposta dogmática, como ocorre com o Estatuto do Trabalhador da Espanha ou de forma mais incisiva como é o caso do Estatuto dos Trabalhadores da Itália (Lei n. 300/70).

Acontece que, a partir de 1995, começaram a ser editadas no Brasil leis no sentido de tutelar a privacidade do trabalhador. É o que se infere, por exemplo, da Lei n. 9.029/95, que proíbe investigação sobre a esterilização ou gravidez da empregada, tanto na fase de admissão como no curso da relação de emprego; no mesmo sentido é a Lei n. 9.799, de maio de 1999, que introduziu na CLT os itens III, IV e V do art. 373-A; a mesma Lei n. 9.799 introduziu o item VI no art. 373-A da CLT, proibindo o empregador ou seus prepostos de realizar revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. Embora este último preceito esteja inserido no Capítulo III, alusivo ao trabalho da mulher, entendemos que ele também se aplica aos homens, tendo-se em vista o disposto no art. 5º, I, da Constituição, que considera homens e mulheres iguais em direitos e deveres e também pelo fato de que o fundamento da proibição desta revista é a preservação da dignidade do ser humano em geral⁽¹⁰⁾. Temos, ainda, a Lei n. 10.224, de maio de 2001, que tipificou o assédio sexual como crime. Ela protege a intimidade e a liberdade das pessoas.

2. TRÂMITES DE SELEÇÃO DE PESSOAL

Faremos uma análise breve da proteção à intimidade na fase pré-contratual.

O art. 5º da Constituição vigente considera "todos 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."

(10) *Indenização por dano moral. Revista.* O fato de a empregadora possuir como atividade-fim o transporte e a guarda de dinheiro, bem suscetível de subtração e ocultação, justifica uma fiscalização mais rigorosa. Inclusive a revista, como meio de proteger o patrimônio do empregador, mesmo porque não há na legislação brasileira nenhum dispositivo legal proibindo expressamente a inspeção e perquirição pessoal, como ocorre na legislação italiana. Aliás, o art. 373-A da CLT, inserido no capítulo do trabalho da mulher, até permite a revista, desde que não seja vexatória. Saliente-se, entretanto, que, se a efetivação do controle é feita por meio da revista, ela deve ser admitida como último recurso para defender o patrimônio empresarial e salvaguardar a segurança interna da empresa, à falta de outras medidas preventivas. Mesmo quando indispensável a revista, o intérprete deverá ater-se ao modo pelo qual ela foi levada a efeito pela empregadora; se ela era desrespeitosa e humilhante, traduzindo atentado ao pudor natural dos empregados e ao seu direito à intimidade, há que ser deferida a indenização por dano moral pleiteada. Aplicação analógica do art. 373-A da CLT, autorizado pelo art. 5º, I, da Constituição da República de 1988. TRT, 3ª Região, 2ª T., RO 13.305/01, Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros, publicado no DJMG de 14.11.2001.

A tutela antidiscriminatória ali inserida assegura o exercício das liberdades de pensamento, de consciência, de crença religiosa, de convicção política ou filosófica e de associação, consagradas, respectivamente, nos itens IV, VI, VIII e XVII do art. 5º da mesma Carta.

A par dessas liberdades asseguradas, a tutela antidiscriminatória desenvolve sua virtualidade também no art. 7º, XXX, da Constituição Federal, que proíbe diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Essa tutela já era contemplada pelo nosso direito positivo, através da ratificação da Convenção Internacional n. 111 da OIT, que impede sejam determinadas circunstâncias pessoais responsáveis pelo tratamento diferenciado infundado⁽¹¹⁾. E agora, o art. 373-A da CLT também combate o tratamento diferenciado por motivo de sexo, idade, cor ou situação familiar (itens I, II, III e V).

A discriminação precisa ser fortemente combatida, pois "ela é uma opinião completamente divorciada da razão".

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

Em consequência, deverá o empregador, *em princípio*, abster-se de fazer perguntas ao candidato a respeito de suas origens raciais, opções políticas, convicções religiosas, atividades sindicais, bem como sobre circunstâncias pessoais capazes de gerar discriminação, como vida familiar, orientação sexual e hábitos particulares, a não ser que sejam relevantes para a execução das funções.

Não há no Direito do Trabalho Brasileiro proibições ao empregador de realizar indagações sobre o estado civil do empregado, fato que aliás pode até ser divulgado, pois consta da carteira de identidade. O que se proíbe é que esta circunstância pessoal irrelevante, sem vinculação com a relação de emprego, possa dar margem à discriminação, atentando-se contra o disposto no art. 7º, XXX, da Constituição Federal e art. 373-A da CLT.

Aliás, a jurisprudência nacional, desde a década de cinquenta⁽¹²⁾, ao apreciar caso concreto em que a empregada ocultou seu estado civil, recusa de não obter o emprego, concluiu que o comportamento dela não configurava justa causa.

(11) O art. 1º da Convenção 111 assevera que a discriminação "compreende qualquer distinção, exclusão ou preferência, baseada em motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por fim anular ou alterar a igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego e ocupação". Esclarece que as distinções, exclusões, ou preferências baseadas nas qualificações exigidas para um emprego determinado não serão consideradas discriminatórias.

(12) "Se a empresa mantém a praxe anti-social de não admitir, ao seu serviço, mulheres que tenham contraído matrimônio; a ocultação da verdade sobre o estado civil de casada, quando do ingresso ao serviço, não constitui justa causa para a despedida da empregada; à qual deve ser, assim, deferido o pagamento das indenizações legais" (TST, 2ª T., Proc. 5.044-54; Rel. Min. Bezerra de Meneses; Rev. TST 1955, p.302). MORAES FILHO, Evaristo de. "A justa causa na rescisão do contrato de trabalho", Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 356.

Quanto às indagações sobre o grau dos deveres familiares do trabalhador, a matéria, em geral, escapa ao controle do empregador e se situa na esfera privada do empregado, competindo a este responder pela inadimplência, mas perante outro segmento da sociedade. Assim, caso o empregado oculte ao empregador o fato de estar devendo pensão alimentícia aos familiares, arcará com as consequências perante o Juízo Cível, podendo até mesmo ser preso. E, na mesma linha de idéias, o Enunciado n. 254 do TST determina que o empregado exiba as certidões de nascimento de filhos menores de 14 anos ou inválido de qualquer idade, para recebimento de salário-família, sob pena de não receber o benefício, caso deixe de fazê-lo.

2.1. Quais os métodos considerados lícitos na seleção de pessoal?

O ordenamento jurídico brasileiro não possui norma dispendo sobre a licitude dos métodos utilizados na seleção de pessoal, sendo comum no setor privado a entrevista, os testes grafológicos, os questionários e os testes psicotécnicos.

A licitude desses métodos dependerá das cautelas que forem adotadas para não interferir na esfera privada do candidato, além do que for necessário.

Quaisquer que sejam os métodos adotados, deve-se verificar sua aceitação ética e, em princípio, se limitar a avaliar a aptidão profissional do candidato para executar as funções.

Vale notar, entretanto, que freqüentemente se ultrapassa a "prova de aptidão", penetrando-se na "prova de personalidade".

Logo, se de um lado o candidato deverá responder às indagações com sinceridade, em clima de boa-fé e respeito, de outro lado poderá também recusar-se a responder questões sobre aspectos pessoais, desde que não tenham repercussão direta na função que irá exercer.

Aliás, a jurisprudência francesa e alemã admitem até que o candidato tenha o direito de fazer uma declaração inexata em interrogatórios indiscretos⁽¹³⁾.

O ideal seria antes submeter as indagações ao sindicato de classe ou ao Ministério do Trabalho, para aferição da relevância das perguntas formuladas no que tange ao normal desenvolvimento das atividades a serem desempenhadas. Note-se, todavia, que este procedimento não é observado, inexistindo disposição legal a respeito.

Mulher solteira — Declaração errônea do 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 inócua, dada a proibição de discriminação do trabalho da mulher, com base quer no estado civil ou no fato objetivo da concepção, que se assenta desde o plano ordinário (art. 391 da CLT); até o constitucional (art. 7º, itens XX e XXX). Decisão da 15ª JCI de Belo Horizonte, Processo n. 1.822/91, Juiz Presidente Júlio Bernardo do Carmo.

(13) GONZÁLEZ SEIN, José Luis. "El respeto a la esfera privada del trabajador, un estudio sobre los límites del poder de control empresarial". Madrid: Editorial Civitas S/A., 1988, p. 91.

A grafologia é outro sistema de aferição de personalidade, que vem sendo utilizado como método de seleção por uma entre três empresas brasileiras⁽¹⁴⁾, ao lado de outros métodos adotados. Sustenta-se que a grafologia vem sendo utilizada em todos os níveis, mais principalmente nos cargos médios. É comum anunciar-se na imprensa que o candidato deverá redigir a solicitação de trabalho à mão⁽¹⁵⁾. Ora, a exigência destina-se a submeter o candidato ao teste grafológico.

Sustenta a doutrina espanhola que este critério comporta um conhecimento profundo da personalidade e, contrariamente aos outros testes, não torna possível isolar individualmente certos traços, sem conhecer o restante, logo, não permite analisar apenas os que estão em conexão direta com o cargo a ser ocupado; a grafologia, à luz dessa doutrina, implica intromissão ilegítima e por isso mesmo não poderá ser utilizada como critério de seleção, nem mesmo se precedida de aquiescência do candidato, sob pena de implicar renúncia à liberdade do íntimo.

Muito utilizados são também os *exames psicotécnicos* a que se submetem os candidatos ao emprego. Este exame, em regra, destina-se a avaliar a inteligência, raciocínio, interesse e personalidade do candidato e, geralmente, é dirigido a avaliar não só a aptidão para realizar a tarefa, mas também suas características psíquicas. Encontram-se nestes testes oportunidade para atentar-se contra a intimidade do aspirante ao trabalho. Conseqüentemente, deverá ser exposto ao candidato os aspectos da personalidade que interessam ao empregador, evitando-se revelar a este último os elementos detalhados e muito pessoais a que se baseou o psicólogo para emitir sua opinião.

É notório o estado de inferioridade a que se encontra o indivíduo que aspira a um trabalho e as oportunidades que o empregador tem de violar seu direito à intimidade. Portanto, a necessidade de delimitar o alcance das indagações surge desde as investigações prévias.

Em geral, as perguntas compatíveis com a aptidão funcional dizem respeito a *experiências obtidas, certificados, diplomas, local de trabalho anterior e outros assuntos ligados à capacidade profissional do trabalhador*. Mas nem sempre o empregador se contenta com estes dados e invade a vida privada do aspirante ao emprego, atendo-se a circunstâncias ou características pessoais sem qualquer conexão com a natureza da prestação de serviços, que permitem levar a cabo discriminação vedada pelo texto constitucional.

Relativamente aos *antecedentes criminais*, entendemos que a indagação será lícita quando *tenha significativo contratual, ou seja, guarde coerência com as obrigações que irá assumir*. A ocultação maliciosa desses antecedentes poderá implicar erro de pessoa. Não vemos razão, entretanto,

(14) Pesquisa concluída pela consultoria internacional *Deloitte Touche Tohmatsu*. In: Revista Veja de 07.11.01.

(15) Jornal Estado de Minas. Belo Horizonte, 27.02.94 (anúncio da empresa Localiza Rent a Car. "Aluguel de Carros").

para punir o empregado que se omitiu sobre esses dados, quando não tem vinculação com a função que irá exercer. Ora, esses antecedentes não poderão estender-se por toda a sua vida, mormente quando houve cumprimento da pena, a qual traduz uma "quitação com a sociedade". Aliás, a legislação brasileira inclina-se neste sentido, ao abolir a exigência de atestados de bons antecedentes em várias situações e o Repertório da OIT sobre proteção à intimidade do empregado, também é nesse sentido.

Na hipótese de a investigação ultrapassar os limites adequados, com violação à esfera da vida íntima do indivíduo, este poderá reivindicar indenização por dano material ou moral, com amparo no art. 5º, X, da Constituição e na Justiça do Trabalho.

Filiamo-nos aos que defendem a competência da Justiça também na fase pré-contratual⁽¹⁶⁾, como decorrência do dever de boa-fé que deverá existir no direito obrigacional, desde as fases preliminares. Ocorre que a prova da discriminação não é fácil, portanto, a pessoa considerada discriminada deverá apresentar fatos que permitam deduzir "indícios racionais de discriminação" e o empregador deverá destruir a presunção apresentando o motivo capaz de justificar o tratamento desigual. Exigir-se prova da discriminação ou da intenção de discriminar inviabiliza o reconhecimento da igualdade.

Ademais, lamentavelmente, ainda não há interesse dos sindicatos, que mereça registro, em intervir na proteção do trabalhador nas fases preliminares do contrato, inexistindo disposição a respeito em convênios coletivos. *No Brasil, quem tem desenvolvido um trabalho louvável nessa área é o Ministério Público do Trabalho, o qual vem instaurando inquérito civil público, por exemplo, para apuração de exigência de teste de gravidez para candidatas a empregos junto a várias empresas.*

Assim, com o propósito de assegurar a igualdade de tratamento da mulher no mercado de trabalho, 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, como se infere da Portaria n. 1, de 20 de janeiro de 1995, publicada no Diário da Justiça de 6 de fevereiro de 1995, p. 1449. A referida empresa firmou termo de compromisso perante o Ministério Público, comprometendo-se a não estabelecer quaisquer procedimentos

(16) O dever de ressarcimento, nesses casos, se funda na teoria da culpa *in contrahendo* ou responsabilidade pré-contratual, com a qual *Jhering* visou tutelar a confiança recíproca, que deve nortear o comportamento das partes desde a fase das negociações preliminares. O fundamento dessa responsabilidade reside no dever de agir consoante o princípio da boa-fé objetiva, que incide no direito obrigacional, atuando como norma de conduta social, segundo a qual as pessoas devem se comportar com lealdade recíproca nas relações sociais, enquanto a boa-fé subjetiva cinge-se ao campo dos direitos reais. Cf. *CAPPELARI, Récio Eduardo*. "Responsabilidade pré-contratual". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 76. No mesmo sentido: *ARAÚJO, Francisco Rossal de*. "A boa-fé no contrato de trabalho". São Paulo: LTr, 1996, p. 38; *ROMAN GARCIA, Antonio*. "El precontrato. Estudio dogmatico y jurisprudencial". Madrid: Editorial Montecorvo, 1982, p. 419.

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. A multa convencionada, na hipótese de descumprimento, reverterá em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador instituído pela Lei n. 7.998/90.

3. O CONTROLE NA EXECUÇÃO DO CONTRATO

Faremos, a seguir, uma análise do controle na execução do contrato.

Quais os procedimentos visuais, auditivos e de outra natureza que podem ser utilizados para controlar o trabalho?

O art. 2º da CLT confere ao empregador o poder diretivo, o qual se manifesta através do controle, da vigilância e da fiscalização, como forma de avaliar o cumprimento da obrigação do empregado para eventualmente adotar medidas disciplinares.

3.1. A revista

A maioria da doutrina⁽¹⁷⁾ e a jurisprudência brasileira inclinam-se, há muitos anos, pela possibilidade da revista, mormente quando prevista em regimento interno da empresa⁽¹⁸⁾, ao fundamento de que é um direito do empregador e uma salvaguarda ao seu patrimônio. Entende-se que o insurgimento do empregado contra este procedimento permite a suposição de que a revista viria comprovar a suspeita, que a determinou contra a sua pessoa, autorizando o reconhecimento da justa causa⁽¹⁹⁾.

Embora constrangedoras, são permitidas as *revistas nos bolsos, carteiras, sacolas, papéis e fichários do empregado*. Este procedimento implica violação à sua intimidade, logo, só deve ser permitido em casos raros, quando necessário à salvaguarda do patrimônio do empregador e como medida de segurança dos demais trabalhadores, principalmente em face do fenômeno terrorista que amedronta o mundo.

(17) MAGANO, Octavio Bueno. "Manual de direito do trabalho"; Direito individual do trabalho, São Paulo: LTr, v. II, 1981, p. 170. RIBEIRO DE VILHENA, Paulo Emílio. "Revista; Direito de Revista (Antecessos constitucionais). Direito do Trabalho e Fundo de Garantia". São Paulo: LTr, 1978, p. 66. Afirma esse autor que, "no resguardo à propriedade do empregador, reconhece-lhe a ordem jurídica o direito de proceder à "revista" em seus empregados, cujo exercício regular traduz um direito subjetivo público". A legislação do trabalho, quando criou o "ato de improbidade", como justa causa, deixou virtualidade ao direito de "revista, como caso típico de medida preventiva".

(18) Acórdãos TST 3.069/46, DJ 19.12.46, p. 2.287 e TST 10.364/47, DJ 24.2.49, p. 821. MESQUITA, José Luiz de. *Op. cit.*, p. 56.

(19) Acórdão TST 3.186/48 — DJ 13.1.49 — citado em nota de pé de página por Luiz José de Mesquita. "Direito disciplinar do trabalho", 2ª ed., São Paulo: LTr Editora, p. 56. No mesmo sentido: "Constitui falta grave a recusa do empregado a submeter-se a determinado tipo de revista" (Embargos no TST, Proc. n. 3.120/66, acórdão de 22.11.1967, relator Min. Charles E. Moritz, Revista do TST 67/68, p. 85). LAMARCA, Antonio. "Manual das justas causas", São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 462.

Vale ressaltar, entretanto, que a recusa por parte do empregado será legítima quando a revista passa a envolver circunstâncias que afrontam a dignidade do ser humano⁽²⁰⁾.

Entendemos que a revista, quando utilizada, deve se verificar em local e horário de trabalho, em caráter geral impessoal, para evitar suspeitas, através de critério objetivo (sorteio, numeração, abrangendo todos os integrantes de um turno ou setor), mediante certas garantias como ajuste prévio com a entidade sindical ou com o próprio trabalhador na ausência desta, na presença de colegas de trabalho ou representante dos empregados e, em determinadas situações, perante pessoas do mesmo sexo.

Outro aspecto diz respeito à revista que pressupõe inspeção direta sobre o corpo do trabalhador suspeito de furto de pequenos objetos de grande valor (pedras preciosas).

Plá Rodríguez sustenta⁽²¹⁾ que a inspeção nestas condições poderá traduzir atentado contra o pudor natural da pessoa, mas dependerá da intensidade do exame.

Entre nós, a CLT, no art. 373-A, item VI, introduzido em maio de 1999, proíbe a revista íntima nas empregadas, à semelhança da Lei Chinesa. O preceito estende-se também ao homem, em face do art. 5º, I, da Constituição, que considera homens e mulheres iguais em direitos e deveres, acrescentando-se a estes argumentos o de que o fundamento da proibição da revista íntima reside na preservação da dignidade humana em geral. Inclui-se neste contexto e, portanto, considera-se atentatória à intimidade, a revista que exige que o indivíduo se desnude completamente⁽²²⁾, ainda que perante pessoas do mesmo sexo, e se submeta a exame minucioso, detalhado, prolongado ou em presença de outros.

(20) "Rescisão do contrato de trabalho. Justa causa inócidente. A empresa pode acautelar-se, determinando que seus empregados submetam seus pertences à revista, antes de abandonarem o local de trabalho. A recusa por parte da empregada, porém, é lícita, quando tal ato passa a envolver circunstâncias que afrontam a dignidade do ser humano" (TRTSC RO-V-A 1.389/91, 1ª T., 12ª Região. Relator Juiz Arthur E. Kilian, publicado DJSC de 04.11.1992). Nos fundamentos do acórdão ficou evidenciado que a empregada não permitiu fosse vistoriado seu guarda-pó "porque enrolava uma peça íntima, ou seja, calcinha e fôrro de pano, em virtude de sua menstruação." Quando da realização da revista estavam presentes apenas a empregada e um guarda, que, ao depor, informou que foi a primeira vez que ela se negou à revista, em mais de cinco anos de trabalho. Entendeu o Tribunal que a revista deve resguardar a dignidade do ser humano e que o motivo apresentado pela empregada era compreensível, "sendo de se lamentar que a empresa não dispusesse de uma pessoa do sexo feminino disponível para solucionar tais questões íntimas e pessoais".

(21) PLÁ RODRIGUEZ, América. Op. cit., p. 595. No mesmo sentido: GOÑI SEIN, José Luis, p. 197.

(22) Revista. Desrespeito à intimidade do trabalhador. Dano moral. A circunstância de a empresa trabalhar com drogas valiosas, muito visadas pelo comércio ilegal, justifica a utilização de fiscalização rigorosa, inclusive a revista, até porque o empregador está obrigado a zelar para que esses medicamentos não sejam objeto de tráfico ilícito, evitando a sua comercialização indiscriminada. Sucede que a revista deverá ser admitida como último recurso para defender o patrimônio empresarial e salvaguardar a segurança dentro da empresa, à falta de outras medidas preventivas; mesmo assim, quando utilizada, deverá respeitar a dignidade do trabalhador, evitando ferir-lhe o direito à intimidade. Se a revista implica no fato de o empregado desnudar-se completamente e ainda ter que caminhar por pequeno percurso, a fiscalização atenta contra o direito à intimidade do empregado e autoriza o pagamento de indenização por dano moral (art. 5º, X, da Constituição

3.2. Os procedimentos visuais e auditivos

A jurisprudência nacional vem permitindo ainda a fiscalização da atividade do trabalhador através de *circuito interno de televisão*⁽²³⁾.

A doutrina estrangeira também tem admitido o controle através de observações telescópicas instaladas em banco ou caixas de segurança, joalherias, mesas de jogos em cassino, ainda que simultaneamente permita observar-se o trabalhador nas atividades correspondentes⁽²⁴⁾.

No que tange aos *vidros*, que só permitem ver-se em um sentido, a *jurisprudência nacional não registra precedentes, sendo incomuns nas relações de trabalho no Brasil. Nessa hipótese, o controle nos parece ilícito, pois é exercido de forma desleal, atentatória à dignidade do empregado*. Quanto aos *procedimentos auditivos* que permitem escutar-se à distância são lícitos, desde que necessários a noticiar dados alusivos ao sistema operativo, como ocorre com o piloto de aeronave.

Igualmente abusivo é exigir-se que o empregado trabalhe com um *microfone na lapela*, sendo legítima a sua recusa em usá-lo, salvo quando relevante ao exercício da atividade, como ocorre com apresentadores de televisão e artistas, em geral. Este procedimento associado a outros que objetivam controlar-lhe os erros, mantém o trabalhador "em estado de tensão contínua pela autocensura nas micropausas"⁽²⁵⁾.

3.3. Investigações privadas

Os serviços de polícia privada e vigilância são também utilizados no Brasil. Destinam-se, especialmente, a proteger o patrimônio do empregador de subtrações, sendo comuns nos bancos, estabelecimentos análogos, nas grandes lojas, com mercadorias expostas ao público. A atividade dos vigilantes deverá, entretanto, *se restringir à segurança da empresa, sob pena de exorbitar suas atribuições e até mesmo adentrar nas funções dos gerentes, fiscais ou encarregados*.

da República/1988, no título "Dos Direitos e Garantias Fundamentais". Ora, "numa época em que os imperativos econômicos do mercado questionam os dogmas tradicionais" do Direito do Trabalho, inclusive o princípio da proteção, o vigor dos direitos fundamentais dos trabalhadores nas empresas poderá traduzir "um antídoto para emancipar o contrato de trabalho" de sua excessiva subordinação à economia, permitindo que essa disciplina recupere seu papel de assegurar a auto-realização do empregado como cidadão (cf. *Miguel Rodríguez-Piñero*, "Costituzione, diritti fondamentali e contratto di lavoro. Giornali di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali", n. 65, 1995). TRT, 3ª Região, Ac. 2ª T., RO 313/97. Rel. Alice Monteiro de Barros, publ. MG 05.09.97.

(23) "Poder disciplinar. Abuso. Fiscalização com aparelho de TV em circuito fechado. Não pratica abuso de direito empregador que, na busca de melhor produtividade, coloca circuito fechado de televisão, com o intuito de fiscalizar os empregados e o andamento dos serviços" (TRT, CP, RO 2.217/89. Antônio Mazzuca, 4ª T., Ac. 10.767/89). "Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho". *Valentín Carrion*, 1990, p.371.

(24) *PLÁ RODRIGUEZ, Américo*. "El derecho laboral y la protección de la intimidad del trabajador". *Derecho Laboral*, T. XXIX, n. 144, oct.-dic. 1986, p. 607.

(25) *FONTANA, Antonio*: *Impianti audiovisivi*. Quando é necessario l'accordo con le RSA? "Il diritto del lavoro", II, 1984, pp. 460-461.

Quanto às investigações privadas, feitas por pessoas que simulam ser clientes ou mesmo por detetives só se justificam quando se visa a "perseguir malfeteiros em flagrante". Mesmo assim, a informação dos detetives só terá valor se confirmada perante o Poder Judiciário.

3.4. Imposição a exames médicos e tratamento

Outro aspecto ligado ao direito à intimidade do obreiro diz respeito à possibilidade de o empregador exigir certos exames médicos do empregado.

O art. 168 da CLT estabelece a obrigatoriedade de exame médico, por conta do empregador, quando da *admissão e despedida* do trabalhador, mesmo nas atividades que não ofereçam nenhum grau de insalubridade.

O Ministério do Trabalho, diante do risco da atividade e do tempo de exposição a agentes insalubres ou perigosos a que estiver sujeito o trabalhador, fixará a periodicidade dos exames. A investigação clínica consistirá em exame de aptidão física e mental e o resultado destes exames será comunicado ao trabalhador, *observados os preceitos da ética médica*.

A investigação do vírus HIV só poderá se verificar com autorização do empregado e, ainda assim, se a função a ser executada o exigir. Na hipótese de constatação de moléstia infecto-contagiosa, inclusive a AIDS, deve o médico comunicar à saúde pública, sob pena de incorrer em delito (art. 269 do Código Penal).

Ressalte-se que apenas o médico está sujeito às sanções penais citadas, pois tem ele o dever jurídico de impedir o contágio, tutelando a coletividade exposta ao perigo⁽²⁶⁾.

Ainda no que se refere à AIDS, Declaração formulada pela OMS e OIT, sugere que as pessoas soropositivas, sem sintomas da doença, devam ser tratadas como qualquer empregado e às que apresentam sintomas ou enfermidades relacionadas com o HIV deve-se atribuir o mesmo tratamento do empregado enfermo. E, nessa linha de idéias, temos a Resolução n. 1.352/92, do Conselho Federal de Medicina, a qual assevera estar em os médicos, quando a serviço da empresa, proibidos de revelar ao empregador o diagnóstico do empregado, limitando-se a informar apenas a sua capacidade ou não para exercer determinada função.

3.5. Exigência de teste de gravidez

Outro aspecto diz respeito à exigência de teste de gravidez.

É inegável que a gravidez influirá na formação da relação jurídica, pois há atividades que a mulher não poderá desempenhar durante a gestação. Ademais, por ocasião do afastamento compulsório, o empregador, além de continuar a contribuir para a Previdência Social, provavelmente deverá

(26) MAGALHÃES NORONHA, E. "Direito Penal", São Paulo, Saraiva, 18ª ed., v. IV, 1988, pp. 12-13.

contratar outro trabalhador para substituí-la, além dos serviços adicionais que poderão onerá-lo após o afastamento, como salas para aleitamento, creches, berçários etc.

Por outro lado, é indiscutível também que a mulher grávida ou com filhos é a mais discriminada nos países, em geral.

E atenta para esse aspecto, a Lei brasileira n. 9.029, de 13 de abril de 1995, no seu art. 2º, considera crime as seguintes práticas: exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez.

Ao infrator será cominada detenção de um a dois anos, além de multa administrativa⁽²⁷⁾. Por outro lado, rompido o contrato de trabalho por esses atos discriminatórios, faculta-se à empregada optar entre a reintegração, com o pagamento das remunerações relativas ao período de afastamento, corrigidos monetariamente ou a percepção em dobro destas importâncias, acrescidas de juros e correção monetária.

3.6. Controle de objetos colocados ao redor do trabalhador no local de trabalho

A proteção à intimidade estende-se ao estabelecimento onde o empregado exerce sua profissão⁽²⁸⁾. *Em consequência, resulta lesivo à privacidade o controle de objetos, fotos ou enfeites que o trabalhador coloque no escritório ou ao seu redor, a não ser que tenha um caráter escandaloso ou possam prejudicar o empregador de alguma forma.*

3.7. Limites para ir ao *toilette* ou para as chamadas telefônicas

Por outro lado, indaga-se se o empregador poderá estabelecer *limitações ao trabalhador para ir ao toilette ou para as chamadas telefônicas feitas por ele ou para ele*. Em princípio entendemos que não, sob pena de incorrer o empregador em rigor excessivo ensejador de rescisão indireta e, em determinadas situações poderá gerar também indenização por dano moral.

A propósito, livemos a oportunidade de nos pronunciar na seguinte ementa:

Direito à intimidade. Violação. Dano moral. Embora o Direito do Trabalho não faça menção expressa aos direitos de intimidade do trabalhador, eles são oponíveis contra o empregador, porque assegurados em preceito constitucional (artigo 5º, X, da Constituição da República). Não é o fato de o empregado encontrar-se subordinado

(27) Esta multa corresponde a dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em 50% na hipótese de reincidência e proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

(28) SZANIAWSKI, Elimar, *Op. cit.*, p. 137.

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 trabalhador. Logo, procede a indenização por dano moral, quando comprovado que a reclamante, em estado de gravidez, foi proibida de ir ao banheiro pelo gerente do reclamado, durante a realização de jogos de bingo, vindo a urinar, em público, no horário de expediente. O rigor desmedido adotado pela empresa expôs a obreira a uma situação vexatória, devendo ser reparado o mal que lhe foi injustamente causado. Numa época em que os imperativos econômicos do mercado questionam os dogmas tradicionais do direito do trabalho, o vigor dos direitos fundamentais deverá servir de antídoto "para emancipar o contrato de trabalho de sua excessiva subordinação à economia", permitindo a auto-realização do empregado como cidadão. TRT, 3ª Região, RO 18.878/99, 2ª T., Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros, publicado no DJMG de 24.05.2000.

No tocante a limitações de chamadas telefônicas, excetua-se a hipótese de uma empresa que, visando controlar gastos, limita o número e duração dessas chamadas⁽²⁹⁾. Fica esclarecido, entretanto, que se é o trabalhador que, sem justificativa plausível, se utiliza destes comportamentos, de forma excessiva, poderá violar o dever de diligência e autorizar a despedida por justa causa (desídia). Isto, porque, ao empregador é assegurado o direito de despedir o trabalhador improdutivo, por negligência, desinteresse e falta de exatidão no cumprimento do dever.

Não poderá o empregador também interceptar comunicação telefônica ou telegráfica do empregado, tampouco correspondência eletrônica (*e-mail*), pelo que emerge do art. 51, XII, da Constituição, salvo se houver prévia autorização judicial para fins de investigação criminal (Lei n. 9.296, de 1996). A propósito, há recente decisão da 13ª Vara do Trabalho de Brasília⁽³⁰⁾. O objeto da tutela em questão defluiu da preservação da intimidade do empregado e da liberdade de manifestação de pensamento.

3.8. Proibições de matrimônio com pessoas que trabalham na mesma empresa ou em empresas competidoras. Exigência de matrimônio com a pessoa com quem se vive. Indagação sobre a realização de aborto

Implica, igualmente, violação à vida privada do empregado estabelecer-lhe *proibições de matrimônio com pessoas que trabalham em empre-*

(29) PLÁ RODRIGUEZ, *Américo. Op. cit.*, p. 608.

(30) Proc. 13000613/2000, julgado em 09.10.2001. Autor: Elielson Lourenço do Nascimento x HSBC Seguros (Brasil) S/A. Versa a hipótese sobre a alegação de justa causa de um empregado dispensado por ter sido detectado que estava ele usando *e-mail* para enviar fotos pornográficas. A justa causa foi afastada, sob o argumento de que a prova utilizada foi obtida por meio ilícito, isto é, que o empregador teve acesso ao teor do *e-mail*, diretamente, através do provedor que é administrado e mantido pelo próprio reclamado.

sas competidoras, pois “a fidelidade ao cônjuge não se confunde com a fidelidade à empresa”⁽³¹⁾. A jurisprudência francesa mais antiga⁽³²⁾, admitia a dispensa de empregados quando sua situação conjugal constituísse risco de favorecimento de um concorrente da empresa. Essa jurisprudência evoluiu e atualmente a Corte de Apelação de Paris considerou ilegítima cláusula contratual permitindo o empregador condicionar o prosseguimento do vínculo empregatício com dois empregados, que gerem seu negócio, à permanência da convivência entre eles. É que a cláusula limita gravemente a liberdade dos empregados e prejudica o que tenha a intenção de pôr fim à convivência.

Constitui igualmente intromissão, não consentida, proibir-se matrimônio com pessoas que trabalham na mesma empresa.

Aliás, a jurisprudência brasileira tem repellido comportamento semelhante, afastando a justa causa para a resolução contratual quando o trabalhador afirma, no momento da contratação, que não tem parentes na empresa, embora a assertiva seja inverídica. Entendeu o Tribunal que a indagação era inconstitucional e outra não seria a atitude de quem tem necessidade de emprego, senão negar o fato⁽³³⁾.

Implica também intromissão na esfera pessoal do trabalhador, fruto de uma supremacia hierárquica do empregador completamente ultrapassada, exigir-se que ele se case com a pessoa com quem se vive.

Há muitos anos, os tribunais brasileiros consideram que “morando o trabalhador na companhia de uma mulher, casado ou sem casar, isto não constitui assunto de interesse do empregador”⁽³⁴⁾.

Da mesma forma, afronta o preceito constitucional, que considera inviolável a intimidade do cidadão, indagações feitas à trabalhadora sobre a realização de aborto, pois este aspecto é irrelevante para aferir a sua aptidão técnico-profissional, traduzindo ingerência na sua esfera íntima. Evidentemente que, se o aborto ocorrer no curso da relação jurídica, a empregada deverá comprovar o fato ao empregador, a fim de que possa desfrutar da licença de duas semanas.

3.9. Questionamento sobre hábitos pessoais como o alcoolismo, a droga, o jogo e cumprimento de obrigações ordinárias. Alusão à orientação sexual

Há certas características pessoais dos indivíduos que são consideradas relevantes no curso da relação laboral, como o *alcoolismo*, a *ingestão de droga* e a *prática constante de jogos de azar*. É que tais circunstâncias

(31) CIABATTINI, L. apud SEIN, Jose Luis Goñi, Op. cit., p. 48.

(32) LINDON, Raymond. “Les Droits de la Personnalité”, Paris: Dalloz, 1974, p. 110.

(33) TFR, RO 8.674-RS, Dias Trindade, Ac. 1ª T., Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho. Valentin Carrion, 1988, p. 273.

(34) TRT — São Paulo, Proc. n. 433-62; Relator Juiz Figueiredo Sá; DOE, 2.2.62, julgado em 30.01.1962, MORAES FILHO, Evaristo de. “A justa causa na rescisão do contrato de trabalho”, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1968, p. 355.

podem incidir negativamente na vida profissional da pessoa, daí serem arroladas na lei ordinária como justa causa responsável pela resolução contratual. Mesmo quando estes comportamentos ocorram fora do âmbito empresarial, se habituais, a falta configurar-se-á (art. 482 da CLT), pois a conduta do trabalhador poderá afetar o prestígio e a reputação empresarial ou reduzir sua autoridade perante os colegas de trabalho. Ocorre que estes comportamentos não podem ser avaliados abstratamente, tendo em vista uma provável atitude futura do indivíduo, mas em função da natureza particular da prestação de serviços. Portanto, a especificidade de certos trabalhos (motorista, cargos de direção, entre outros) autoriza sejam tomados em conta pelo empregador estes hábitos pessoais⁽³⁵⁾.

A generalização desta justa causa carece de fundamento, pois há empregos onde o "fator confiança é relevante, mas isto não ocorre sempre"⁽³⁶⁾; há trabalhos, como os estritamente braçais, em que a prática constante de jogos de azar, por exemplo, não traz, nem ameaça trazer, nenhum dano à empresa.

A legislação ordinária considera, ainda, como justa causa específica do empregado, se bancário, a falta contumaz de pagamento de dívidas legalmente exigíveis (art. 508 da CLT). Entende-se que o comportamento, ainda que em relações pessoais e privadas, atinge moralmente e de forma indireta o estabelecimento a que servem. Esta mesma conduta poderá não configurar justa causa em relação a um trabalhador sem qualificação, que integra os quadros de empresa de outra categoria econômica.

É possível aludir-se à orientação sexual do trabalhador?

(35) Embriaguez. A embriaguez, segundo o art. 482, *f*, da CLT, constitui justa causa para a dispensa em duas situações: quando o empregado entrega-se exageradamente à bebida, mesmo fora de serviço, ou quando se apresenta para trabalhar alcoolizado. No primeiro caso, a habitualidade constitui pressuposto para o reconhecimento da justa causa; ao passo que, no segundo, basta uma única ocorrência. O alcoolismo vem sendo considerado como doença e a Organização Mundial de Saúde o incluiu em três rubricas da classificação internacional, ou seja, psicose alcoólica, síndrome de dependência do álcool e abuso do álcool sem dependência, divergindo os estudos apenas quanto às causas que levam o indivíduo a essa dependência (cf. minucioso estudo sobre o assunto, de autoria do Prof. João Régis F. Teixeira, intitulado "Doença no Mundo do Direito", Ed. Juruá, 1992). Reconhecida a verdadeira natureza do alcoolismo, realmente não deveria o legislador punir, com a perda do emprego, o trabalhador que sucumbiu ao mal. O mais correto seria encaminhá-lo para tratamento, buscando sempre sua recuperação, o que, aliás, atende ao interesse da coletividade em geral. Indiscutível, portanto, que a legislação brasileira está ultrapassada nesse aspecto, clamando por uma revisão, já que o alcoolismo é visto por ela exclusivamente como fato ensejador de punição, inexistindo previsão de amparo ao trabalhador acometido desse mal. Entretanto, não se pode negar o fato de que a norma legal continua em vigor; logo, inobstante algumas manifestações da jurisprudência em sentido contrário à CLT, não se pode afastar a justa causa para a dispensa, quando a embriaguez fica comprovada em uma das formas previstas no art. 482, alínea *f* do texto consolidado, principalmente quando o comportamento do autor influiu na relação laboral (TRT, 3ª Reg., 2ª Turma, RO 17.021/97, Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros, publ. MG 22.5.98).

(36) LAMARCA, Antonio. "Manual das justas causas". São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 498. No mesmo sentido: LACERDA, Darval de. *Op. cit.*, p. 238.

A moderna psicologia da empresa tem demonstrado tendência a estabelecer uma inter-relação entre a habilidade profissional e os requisitos de ordem psicológica, avaliando abstratamente condutas e costumes privados⁽³⁷⁾.

Caso a orientação sexual seja incompatível com a objetividade da tarefa, poderá o empregador questionar sobre este comportamento, ressaltando-se a excetualidade da alusão, pois a regra é a irrelevância da personalidade moral do trabalhador⁽³⁸⁾.

Vale ressaltar, entretanto, que se o desregramento de conduta manifesta-se durante a prestação de trabalho⁽³⁹⁾ é relevante e traduz justa causa responsável pela dispensa do trabalhador, à semelhança do que ocorre com a embriaguez⁽⁴⁰⁾, toxicomania⁽⁴¹⁾ e com a prática de jogos de azar.

(37) SEIN, Jose Luis Goñi. *Op. cit.*, p. 66.

(38) "A vida privada do empregado torna-se insindivável se não estiver sua conduta direta ligada à específica natureza das funções exercidas na empresa" (TRT, 3ª Região, 2ª T., Proc. n. 1.295/71, acórdão de 29.7.1971, relator Juiz Ribeiro de Vilhena. In: LAMARCA, Antonio. "Manual das justas causas". São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 370.

A jurisprudência francesa registra ação proposta por um ajudante de sacristão contra associação religiosa, insurgindo-se contra a dispensa fundada no fato de ser ele homossexual. A entidade religiosa asseverou que o homossexualismo é um costume que vulnera os princípios católicos. Argumenta o autor que, não exercendo função espiritual ou litúrgica, tampouco sendo advertido durante os três anos de serviço, o empregador não tem o direito de invocar o homossexualismo para despedi-lo, uma vez que sua vida privada deveria ser respeitada. O Tribunal de Apelação julgou a ação improcedente, sustentando, entre outras razões, que o autor foi selecionado entre os que professavam a fé católica e praticavam seus ensinamentos, os quais deveriam ser considerados como o regramento interno da paróquia em que trabalhava; que seu homossexualismo não era uma experiência passageira, mas um hábito arraigado e que a Igreja Católica sempre havia condenado, com firmeza, essa inclinação. Considerou, portanto, o Tribunal, que havia descumprimento contratual, independentemente do possível escândalo que poderia envolver o caso, carecendo de importância o fato de que seu comportamento não tivesse chamado a atenção da maioria dos fiéis. O acórdão do Tribunal de Apelação foi reformado pelo Tribunal de Cassação, por entender que o Código do Trabalho proibia a dispensa por motivo de costumes ou convicções religiosas e que a empregadora havia se limitado a pôr em evidência os costumes do autor, sem haver assinalado nenhuma atuação deste último, capaz de provocar perturbação no seio da associação, a qual acabou por infringir os arts. 122-35 e 122-45 do Código do Trabalho (Revista Internacional del Trabajo, 1992/2, v. 111, n. 2, p. 181). A decisão refere-se ao Tribunal de Casación (Camara Social), sentencia de 17 de abril de 1991. Les Cahiers Sociaux du Barreau de Paris (Paris), mayo de 1991, pp. 133-134.

(39) A circunstância de estar no exercício da profissão médica não exonera o empregado de abster-se da prática de atos libidinosos, sendo correto enquadrá-lo na alínea b, do art. 482, da CLT, quando nos autos resta provado o seu desregramento de conduta, ligado à vida sexual, no trato com seus pacientes. Recurso do reclamante a que se nega provimento, mantendo-se o reconhecimento da justa causa para a rescisão contratual. TRT, 9ª Reg., RO 706/89, 2ª T., Rel. Juiz Lauro Stellfeld Filho, DJPR 4.5.90.

(40) Justa causa. A embriaguez em serviço gera direito do empregador rescindir o contrato por justa causa, ainda que este fato tenha ocorrido uma única vez, desde que devidamente comprovado na fase própria. TRT, 6ª Reg., 2ª T., RO 1.664/86, DO 11.12.86, Rel. Juiz Francisco Solano de G. Magalhães. "Justa causa e despedida indireta". Curitiba: Juruá, 1995, p. 175.

(41) O uso de entorpecentes, dentro da empresa e em hora de serviço, denota um procedimento que foge à medida padrão do bom trabalhador, favorecendo a propagação de vícios perniciosos à saúde, com sérias repercussões no ambiente de trabalho. Apesar da única falta, sua gravidade foi de molde a autorizar o despedimento. TRT, 8ª Região, RO 481/86, 4.6.86, Rel. Juíza Semíramis Arnau-Ferreira. "Justa causa e despedida indireta", José Luiz Ferreira Prunes. Curitiba: Juruá, 1995, p. 175.

3.10. Proteção à intimidade dos desportistas

E no caso dos contratados para praticar certos esportes, como fica o controle desses aspectos ligados à vida pessoal do empregado?

Vamo-nos referir aqui ao jogador de futebol, cuja situação, no particular, é disciplinada pelo art. 20 da Lei n. 6.354, de 2.9.76, em vigor, a qual arrola as justas causas para a resolução de seu contrato de trabalho e eliminação do futebol nacional. São elas: a improbidade, a grave incontinência de conduta, a condenação à pena de reclusão, superior a dois anos, transitada em julgado e a eliminação imposta pela entidade de direção máxima do futebol nacional ou internacional.

Merecem destaque especial aqui a grave incontinência de conduta e a pena de reclusão.

É incontestável que o atleta, dada a índole da obrigação funcional contraída, livre e voluntariamente, deve manter boa forma física. Logo, os autores sustentam⁽⁴²⁾ que o seu ambiente de trabalho é mais amplo e não se restringe aos limites físicos da sede da agremiação, sob pena de desatender-se às peculiaridades do contrato em exame. Com base nestes argumentos, justifica-se a ingerência empresarial em certos aspectos da vida privada do trabalhador, que terminarão "por implicar inevitável queda de forma física do atleta".

Portanto, para os atletas, a incontinência de conduta é avaliada com mais rigor do que o adotado para os trabalhadores em geral, e mesmo fora das dependências da agremiação poderá configurar-se.

Prática incontinência de conduta, segundo a doutrina, o jogador que comparece com frequência "às casas noturnas, para encontros constantes, amorosos, que somente se concretizam depois de longa permanência, na área de diversão, onde quase sempre o uso imoderado de bebida faz parte da noite"⁽⁴³⁾.

É imprescindível para a configuração desta falta que haja a habitualidade, residindo aí um dos limites à intromissão da agremiação na conduta privada do trabalhador.

Evidentemente que os antecedentes penais do atleta também devem ser tidos em conta pela agremiação, pois se tiver sido condenado à pena de reclusão superior a 2 anos, transitada em julgado, incorrerá na prática de justa causa responsável pela resolução contratual, como prevê a legislação específica.

(42) CÂNDIA, Ralph. "Comentários aos contratos trabalhistas especiais", 2ª ed., São Paulo: Ed. LTr, 1990, p. 123.

(43) CÂNDIA, Ralph. *Op. cit.*, p. 123.

3.11. Intervenção na vestimenta, higiene e apresentação do obreiro

É inegável que o respeito à intimidade e à vida privada do trabalhador não pode ser protegido em caráter absoluto. Desta forma, poderá o empregador intervir na vestimenta⁽⁴⁴⁾, na higiene e na apresentação do trabalhador, mas apenas quando constitua exigência do serviço, ou seja, imprescindível ao eficiente desenvolvimento do trabalho.

A jurisprudência espanhola e brasileira⁽⁴⁵⁾ registram precedente em que o uso de *barba* pelo empregado pode sofrer restrições pelo empregador, como decorrência de exigência de autoridade sanitária ou "de deveres e relações jurídicas que o ordenamento jurídico regula", os quais transcendem a esfera estritamente pessoal. Entendeu-se que a ordem empresarial não excedia suas faculdades diretivas, encontrando-se dentro do poder de comando.

Pesquisa feita na jurisprudência evidencia que ela se inclina, também, no sentido de proibir trajes ou aparências suscetíveis de chocar as pessoas e não só quando isso seja prejudicial ao bom andamento da empresa. Em consequência, dependendo da situação, o uso visível de tatuagens, de *piercing* e de maquiagem extravagante poderá sofrer restrições pelo empregador, dependendo do tipo de serviço que o trabalhador vai executar.

(44) "Constitui falta grave capaz de ensejar a dispensa por justa causa o fato de o empregado, durante seu período de serviço, estar deitado em uma rede e em *trajes menores*" (grifou-se). Ac. TRT 8ª Reg. (Proc. RO 1.195/84), Rel. Juiz José de Ribamar Alvim Soares, proferido em 24.09.84. CALHEIROS BOMFIM, B.; SANTOS, Silvério dos. "Dicionário de decisões trabalhistas". 20ª ed., Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, p. 779.

(45) MARTÍNEZ PISÓN CAVERO, José. "El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional". Madrid: Civitas S/A., 1993, p. 173. A conhecida "sentença da barba" (STC 170/1987, de 30 de outubro) considerou válida a despedida de empregado de um hotel de Las Palmas, que, após onze anos de serviço resolveu deixar a barba crescer, não obstante reiteradas solicitações do empregador para que a retirasse, posto que estava em contato permanente com clientes. O empregado recorreu, considerando violado o art. 18.1 da Constituição. Alega que as decisões sobre estética pessoal, "se é favorecida ou não pelo uso da barba", é parte integrante da intimidade e o direito à própria imagem da pessoa". Ressalta que a colisão entre este direito e o da livre organização produtiva deve resolver-se em favor do primeiro: O empregado também não obteve êxito no Tribunal Constitucional, que destacou inexistir, no caso, invasão ao direito à intimidade ou à imagem, como bens de personalidade, que devem ser resguardados de intromissões.

A empresa pretende o reconhecimento da justa causa para a despedida. O empregado, que trabalhava na seção de abate de aves, compareceu ao serviço *sem ter aparado a barba*, condição exigida pela autoridade sanitária aos empregados que trabalham nesse setor. O empregado foi mandado para casa, juntamente com outro companheiro, *para que providenciasse o corte da barba. O reclamante foi e voltou barbudo*. Em consequência, sofreu a pena de suspensão. Ao receber a comunicação da suspensão, rasgou-a diante do encarregado da seção de pessoal e, por isso, foi demitido. Recurso provido para excluir da condenação as verbas rescisórias. Configura-se a justa causa para o despedimento quando o empregado não cumpre dispositivo expresso no regulamento da empresa (exigência de autoridade sanitária) (grifou-se). Ac. TRT, 12ª Reg., Proc. RO 1.874/82, Rel. Juiz Anselmo Raimundo, proferido em 14.02.84. CALHEIROS BOMFIM, B.; SANTOS, Silvério dos. "Dicionário de decisões trabalhistas". 20ª ed., p. 421.

3.12. A questão do assédio sexual

Por fim, no que tange ao *assédio sexual*, vem sendo ele apontado como um dos fatores responsáveis pela discriminação de que são vítimas as mulheres no mercado de trabalho, embora o problema seja antigo e generalizado e os homens também possam ser vítimas do assédio. Fica esclarecido que o assédio sexual pode existir também entre pessoas do mesmo sexo.

As legislações sobre a temática encontram-se em franco desenvolvimento, sendo a mais completa a legislação da Nova Zelândia, que prevê o "assédio sexual por intimidação", que é o mais genérico, e o "assédio sexual por chantagem". O "assédio por intimidação", também conhecido como assédio ambiental, "caracteriza-se por incitações sexuais importunas, de uma solitação sexual ou de outras manifestações da mesma índole, verbais ou físicas, com o efeito de prejudicar a atuação laboral de uma pessoa ou de criar uma situação ofensiva, hostil, de intimidação ou abuso no trabalho"⁽⁴⁶⁾. Esse tipo de assédio pode ocorrer entre empregado e empregador, entre colegas de trabalho e até mesmo entre cliente do estabelecimento e o empregado. Já o "assédio sexual por chantagem" traduz exigência formulada por superior hierárquico a um subordinado, para que se preste à atividade sexual, sob pena de perder o emprego ou benefícios daí advindos. Só este último pressupõe relação de poder.

A legislação e a jurisprudência têm destacado como elemento essencial do assédio sexual, que o comportamento seja incômodo e que seja repellido. *Logo, só o repúdio manifesto a uma solitação sexual ou a oposição declarada a uma atitude sexual ofensiva pode justificar uma ação judicial e não um simples galanteio, um elogio acompanhado de certas sutilezas comuns entre os povos, principalmente latinos.*

No Brasil, nossas leis civis e trabalhistas não abordam o tema de forma específica, embora tenham sido editadas leis estaduais a respeito do assunto⁽⁴⁷⁾. Mais recentemente, a Lei n. 10.224, de 15 de maio de 2001,

[46] HUSBANDS, Robert. *Op. cit.*, p. 115.

[47] Lei do Estado de Minas Gerais n. 11.039, de 14 de janeiro de 1993. O mencionado diploma legal considera *ato vexatório*: a prática de exames ou de revistas íntimas; a manutenção de instalação sanitária inadequada à privacidade de suas usuárias e o não oferecimento de vestário feminino, quando a mulher necessitar utilizar-se de uniforme ou vestimenta especial no local de trabalho (art. 2º).

Como *ato discriminatório*, estão compreendidos os que estabelecem distinção para fins de admissão no emprego em razão de estado civil, existência de filhos; os que impliquem exigência de comprovante de esterilização ou gravidez para admissão no emprego ou para sua manutenção; os que impliquem pagamento de salário inferior para funções iguais; os que acarretem rescisão contratual por motivo de gravidez ou casamento.

Finalmente, define como *ato atentatório* contra a mulher os que a atingem em sua liberdade sexual, dignidade e pudor pessoais, especialmente os que se caracterizarem como obtenção de vantagens de natureza sexual, entre os quais se incluem o estupro, atentado violento ao pudor, favorecimento de prostituição e todos os outros crimes capitulados no Título VII, arts. 213 a 232 do Código Penal Brasileiro.

A mesma lei faz referência aos elementos probatórios e prevê, como sanções à inobservância desses preceitos, as seguintes: advertência; interdição do estabelecimento; inabilitação para o acesso a crédito em instituições estaduais; declaração da impossibilidade de obtenção de parcelamento de eventuais débitos tributários estaduais; declaração de inidoneidade para participar de licitação pública promovida pelo Estado; suspensão, por determinado prazo, da inscrição estadual.

introduziu no Código Penal o art. 216-A, tipificando o assédio sexual como crime. O comportamento delituoso consiste em "constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função". A pena é de detenção de um a dois anos.

Foi vetado o parágrafo único, cujos itens I e II do art. 216-A, acrescidos pelo projeto, dispunham: "Incorre na mesma pena quem cometer o crime: I — prevalecendo-se de *relações domésticas*, de coabitação ou de hospitalidade (grifou-se); II — com abuso ou violação de dever inerente a ofício ou Ministério".

O fato de ter sido tipificado como crime apenas o assédio sexual por chantagem, não induz à conclusão de que o Direito do Trabalho permita o assédio por intimidação, que pode existir entre colegas de trabalho, entre cliente e empregado e até mesmo entre empregador e empregado e vice-versa, sem, porém, a conotação de chantagem. Esse comportamento traz incidência de conduta ou violação à honra e boa fama da vítima.

Nesse sentido tivemos a oportunidade de nos pronunciar como relatora do Recurso Ordinário n. 7.126/01, que tramitou perante a 2ª Turma do TRT da 3ª Região. Vejamos:

Assédio sexual por intimidação. O assédio sexual tem apresentado novos problemas para o Direito do Trabalho, principalmente em face das atitudes culturais que se devem sopesar na elaboração desse conceito. O Código Penal Brasileiro, recentemente, no art. 216-A, tipificou como crime o assédio sexual por chantagem, assim considerado o comportamento que visa "constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função". Ocorre que, além do assédio sexual por chantagem enquadrado como crime, não se pode esquecer que existe também o assédio sexual por intimidação, conhecido, ainda, como assédio ambiental. Este último caracteriza-se, segundo a doutrina, "por incitações sexuais importunas, por uma solicitação sexual ou por outras manifestações da mesma índole, verbais ou físicas, com o efeito de prejudicar a atuação laboral de uma pessoa ou criar uma situação ofensiva, hostil, de intimidação ou abuso no trabalho". Situa-se nesta última hipótese a conduta do empregador que, além de dirigir galanteios e elogios à empregada, sugere-lhe que compareça ao trabalho mais decotada, repetindo por várias vezes que gostava dela e chegando até mesmo a convidá-la para morarem juntos, dizendo-lhe que assumiria sua filha. O comportamento do empregador, sem dúvida, revela assédio sexual por intimidação ou assédio sexual ambiental, acarretando para a empregada constrangimento no trabalho e transtorno em sua vida conjugal. A consequência do comportamento do empregador autoriza a rescisão indireta e a compensação por dano moral. TRT, 3ª Região, 2ª Turma, RO 7.126/01, Rel. Alice Monteiro de Barros, julgado em 10.07.2001.

O assédio sexual é difícil de ser comprovado; para isso, a vítima necessita valer-se de bilhetes, *e-mails* e principalmente da prova testemunhal.

No acórdão, cuja ementa foi transcrita acima, a vítima valeu-se de fita por meio da qual foi gravado o diálogo entre ela e o empregador, cujo conteúdo não foi impugnado, tendo sido confirmadas as incitações sexuais dirigidas à autora por prova testemunhal.

A primeira vista, poder-se-ia ter a impressão de que a gravação de conversa mantida com alguém, feita por fita magnética submeter-se-ia à disciplina das interceptações telefônicas. Não há razão, entretanto, para esse entendimento. Isto, porque a garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas impede é a interceptação de comunicação telefônica (art. 5º, XII), com a interferência de terceiro no interior do diálogo, sem aceitação das pessoas envolvidas, dando ensejo à gravação clandestina. Nota-se, contudo, que a jurisprudência tem admitido que a conversa entre duas pessoas possa ser gravada, competindo ao juiz apreciar o valor do documento. É o que se infere do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo alusivo ao AI n. 171.084-1, 1ª Câmara Civil — Rel. Euclides de Oliveira, 24.03.92 e cuja ementa é a seguinte:

"Prova. Gravação de comunicação telefônica. Deferimento. Interpretação do art. 5º, inciso XII da Constituição da República. Recurso provido nesse sentido. É admissível aceitar como prova a gravação feita através de fita magnética da conversação mantida com terceiro, quando não haja interceptação, cumprindo ao juiz apreciar o valor do documento, se necessário através de perícia aferitória de sua autenticidade".

Observa-se que a jurisprudência e também a doutrina⁽⁴⁸⁾ não consideram a gravação clandestina como prova ilícita, "pois qualquer pessoa tem o direito de gravar a sua própria conversa, haja ou não conhecimento da parte de seu interlocutor", mormente quando se destina à prova de um direito ameaçado ou violado, no caso, o direito à intimidade, à honra e à liberdade da empregada, que se situam entre os direitos da personalidade. Havendo violação a esses direitos, a gravação é de se reputar lícita.

O ideal seria uma legislação trabalhista de âmbito federal, contendo um conceito que abranja o assédio sexual por intimidação e por chantagem, prevendo a responsabilidade não apenas do empregador, mas de qualquer superior *hierárquico* ou colegas de trabalho do empregado e até mesmo de cliente do *estabelecimento*.

A legislação sobre a temática dever-se-á ater, ainda, aos aspectos culturais de nosso país e dispor sobre meios de prevenção e sanção, como também dos procedimentos aplicáveis.

(48) AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. "Provas Ilícitas". Revista dos Tribunais, p. 148.

Queremos lembrar que se o assédio sexual for praticado por preposto do empregador, este deve responder solidariamente, na esfera trabalhista, por ter delegado poderes para aquele tomar decisões que afetem a situação do empregado no ambiente de trabalho. Esta responsabilidade emerge do art. 1.521, III, do Código Civil, que por sua vez se baseia na culpa *in eligendo* e *in vigilando*, e também no art. 843, § 1º da CLT.

Concluindo, ressaltamos que no Brasil, aquele que teme violação de sua intimidade, por particular, não dispõe de um meio de tutela eficaz. O ideal seria a via preventiva capaz de impedir a realização do dano; pois uma vez verificado, o prejuízo é irreparável⁽⁴⁹⁾.

No que tange ao trabalhador, não há disposição legal específica, podendo recorrer à despedida indireta (art. 483, *a e e* da CLT), à indenização por perdas e danos, por danos morais, ou, sendo ele portador de algum tipo de garantia de emprego, à reintegração, caso inexista incompatibilidade entre as partes capaz de impedir o prosseguimento do vínculo empregatício⁽⁵⁰⁾.

Numa época em que os imperativos econômicos do mercado questionam os dogmas tradicionais do Direito do Trabalho, o vigor dos direitos fundamentais poderá servir de "antídoto para emancipar o contrato de trabalho de sua excessiva subordinação à economia", permitindo a auto-realização do empregado como cidadão.

(49) As disposições processuais que favorecem a defesa da intimidade, em geral, são: a ação declaratória (art. 4º, n. I, do CPC), com reduzida força intimidativa; a ação de condenação a não fazer (a não praticar o ato lesivo) a que se refere o art. 287 do CPC e que seria mais eficaz se a "pena pecuniária" fosse cominada para a eventualidade de descumprimento do preceito e não apenas para o "descumprimento da sentença". E já fora da esfera preventiva situa-se a ação de condenação ao desfazimento, quando possível, ou à cessação do ato lesivo e a ação de reparação do dano por este causado; as quais são, em princípio, cumuláveis (cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, p. 7).

(50) "Direito potestativo de resiliir o contrato — Abuso. O exercício pode mostrar-se abusivo. Despedido o empregado face à convicção política que possui, forçoso é concluir pela nulidade do ato e consequente reintegração, com o pagamento dos salários e vantagens do período de afastamento. A liberdade política é atributo da cidadania; não passando o ato patronal pelo crivo da Constituição no que encerra, em torno do tema, garantias mínimas do cidadão" (TST, Ag-ERR 7/89, Rel. Min. Marco Aurélio, Ac. SDI 1.810/89). CARRION, Valentin. "Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho", 1990, p. 513.