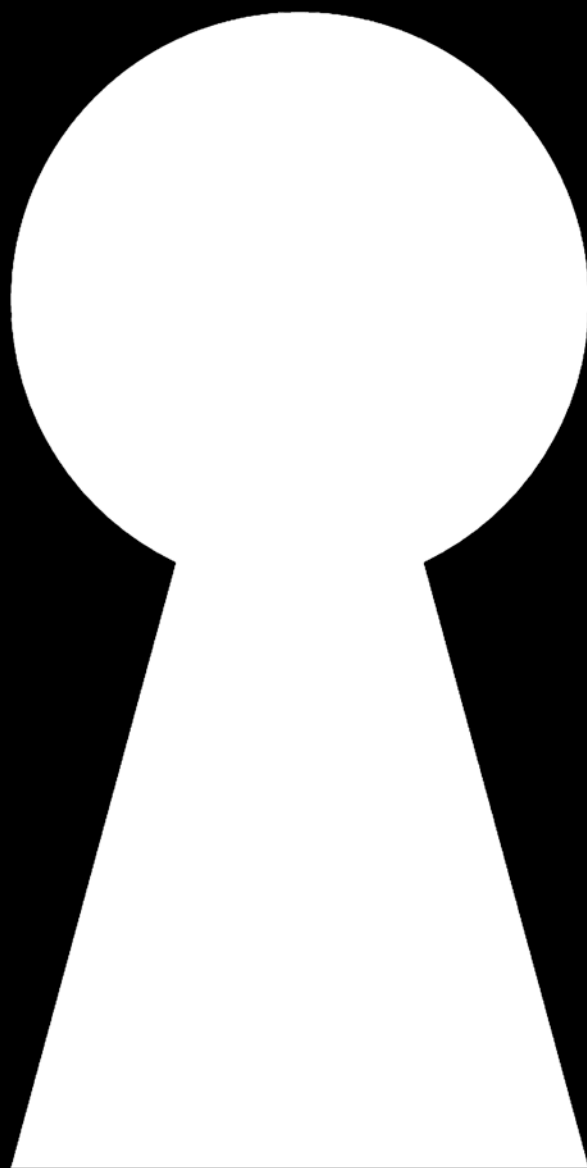


REVISTA ELETRÔNICA



DIREITO À INTIMIDADE

Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região
V.10 - n.96 - Fevereiro/21

Expediente

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO

9ª REGIÃO

PRESIDENTE

Desembargador
SÉRGIO MURILO RODRIGUES LEMOS

VICE-PRESIDENTE

Desembargador
CÉLIO HORST WALDRAFF

CORREGEDORA REGIONAL

Desembargadora
NAIR MARIA LUNARDELLI RAMOS

CONSELHO ADMINISTRATIVO BIÊNIO 2019/2020

Desembargador Arnor Lima Neto (Diretor)
Desembargador Aramis de Souza Silveira (Vice-Diretor)
Juiz Titular Fernando Hoffmann (Coordenador)
Juiz Titular Luciano Augusto de Toledo Coelho (Vice-Cordenador).
Desembargador Arion Mazurkevic
Desembargador Cássio Colombo Filho
Juíza Titular Ana Paula Sefrin Saladini
Juíza Titular Sandra Mara Flügel Assad
Juíza Substituta Vanessa Maria Assis de Rezende
Juiz Substituto Roberto Wengrzynowski
Juiz Roberto Dala Barba Filho (Presidente da AMATRA IX)

COLABORADORES

Secretaria Geral da Presidência
Assessoria da Direção Geral
Assessoria de Comunicação Social

FOTOGRAFIAS E IMAGENS

Assessoria de Comunicação
Acervos digitais (Creative Commons)

APOIO À PESQUISA

Daniel Rodney Weidman Junior

SETOR DE DIAGRAMAÇÃO E PUBLICAÇÕES DIGITAIS

Patrícia Eliza Dvorak

CURITIBA - PARANÁ
ESCOLA JUDICIAL

Catálogo: Sônia Regina Locatelli - Analista Judiciário - CRB9/546

R454 Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [recurso eletrônico]. / Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. - n. 1 (out. 2011)-
. - Dados eletrônicos. - Curitiba, 2019-

Mensal
ISSN 2238-6114
Modo de acesso: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/>

1. Direito do trabalho - periódicos. 2. Processo do trabalho - periódicos.
I. Título

CDU: 331:347.9(05)

EDIÇÕES PUBLICADAS

CLIQUE PARA ACESSAR



1ª edição
Ação Civil Pública



2ª edição
Revista Íntima



3ª edição
Normas Internacionais



4ª edição
Substituição Processual



5ª edição
Acidente de Trabalho



6ª edição
Normas Coletivas



7ª Edição
Conciliação



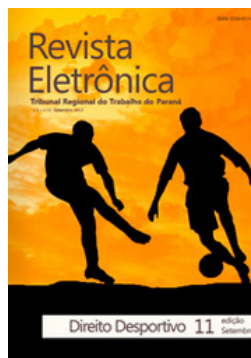
8ª edição
Execução Trabalhista



9ª edição
Conciliação II



10ª edição
Terceirização



11ª edição
Direito Desportivo



12ª edição
Direito de Imagem



13ª edição
Semana Institucional



14ª edição
Índice



15ª edição
Processo Eletrônico



16ª edição
Assédio Moral e
Assédio Sexual



17ª edição
Trabalho Doméstico



18ª edição
Grupos Vulneráveis



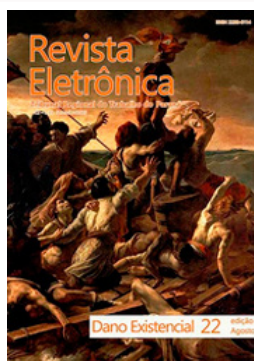
19ª edição
Correio Eletrônico



20ª Edição
Aviso Prévio Proporcional



21ª edição
Dano Moral



22ª edição
Dano Existencial



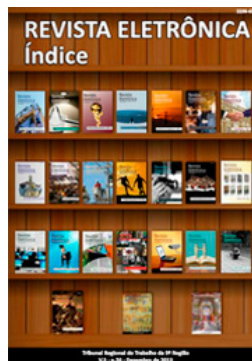
23ª edição
Meio Ambiente
do Trabalho



24ª edição
70 anos da CLT



25ª edição
Ética



26ª edição
Índice



27ª edição
Trabalho e HIV



28ª edição
Direito e Sustentabilidade



29ª edição
Copa do Mundo



30ª edição
Trabalho Infantil e Juvenil



31ª edição
Ações Anulatórias



32ª Edição
Trabalho da Mulher



33ª edição
Teletrabalho



34ª edição
Execução Trabalhista II



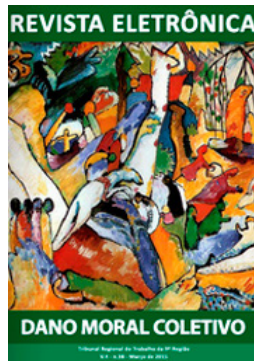
35ª edição
Terceirização



36ª edição
Índice



37ª edição
Equiparação Salarial



38ª edição
Dano Moral Coletivo



39ª edição
Novo Código de
Processo Civil



40ª edição
Recursos Trabalhistas



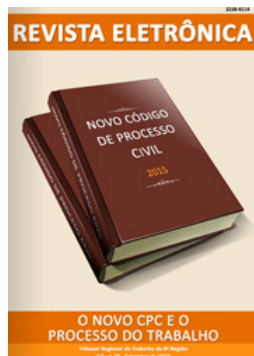
41ª edição
O FGTS e a Prescrição



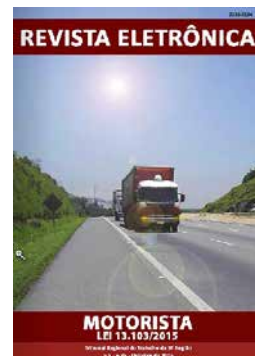
42ª edição
Discriminação no Trabalho



43ª edição
Dumping Social



44ª Edição
O Novo CPC e o
Processo do Trabalho



45ª edição
Motorista



46ª edição
Estatuto da Pessoa
com Deficiência



47ª edição
Índice



48ª edição
Convenção 158 da OIT



49ª edição
Precedentes, Súmulas
e Enunciados



50ª edição
Execução Trabalhista
e o Novo CPC



51ª edição
Negociação Coletiva
do Trabalho



52ª edição
Trabalho Doméstico II



53ª edição
Mediação



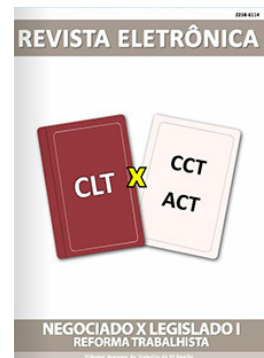
54ª edição
Súmulas Trabalhistas



55ª edição
O Novo CPC e o
Processo do Trabalho II



56ª Edição
Índice



57ª edição
Negociado x Legislado I



58ª edição
Negociado x Legislado II



59ª edição
Rerum Novarum



60ª edição
O Trabalho do Preso



61ª edição
Reforma Trabalhista



62ª edição
Reforma Trabalhista II



63ª edição
Reforma Trabalhista III



64ª edição
Segurança e Saúde
no Trabalho



65ª edição
Índice



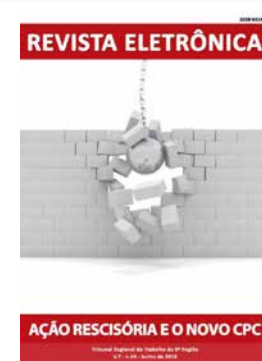
66ª edição
Salão Parceiro



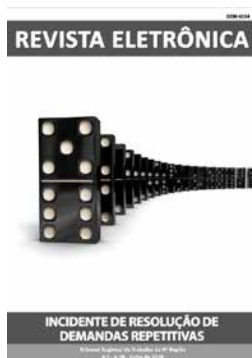
67ª edição
Reforma Trabalhista IV



68ª edição
Trabalho e Imigração



69ª Edição
Ação Rescisória e o Novo CPC



70ª edição
Incidente de Resolução de
Demandas Repetitivas



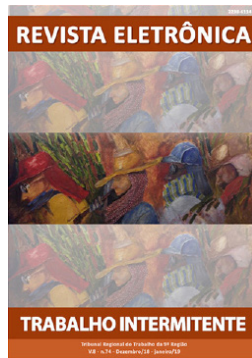
71ª edição
Contribuição Sindical



72ª edição
Terceirização: Antes e Depois
da Reforma Trabalhista



73ª edição
Arbitragem Trabalhista



74ª edição
Trabalho Intermitente



75ª edição
Teletrabalho e a
Reforma Trabalhista



76ª edição
Dano Extrapatrimonial



77ª edição
Execução Trabalhista
e a Reforma de 2017



78ª edição
Direitos Humanos
Trabalhistas



79ª edição
Incidente de Assunção
de Competência



80ª edição
Pejotização



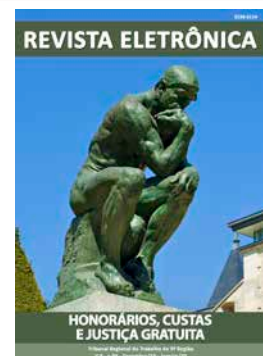
81ª edição
100 Anos da OIT



82ª edição
Depósito Recursal após
Reforma Trabalhista



83ª edição
A Mulher e o Direito do
Trabalho



84ª edição
Honorários, Custas e Justiça
Gratuita



85ª edição
Transação Extrajudicial



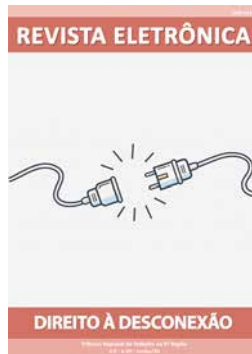
86ª edição
4ª Revolução Industrial



87ª edição
Trabalho Rural



88ª edição
Trabalho e Saúde Mental



89ª edição
Direito à Desconexão



90ª edição
Processo Judicial Eletrônico



91ª edição
Compliance nas Relações
de Trabalho



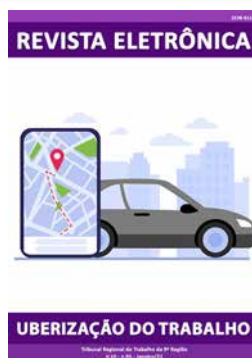
92ª edição
Repercussão Geral



93ª edição
COVID-19 e as
Relações de Trabalho



94ª edição
Ônus da Prova na
Justiça do Trabalho



95ª edição
Uberização do Trabalho

Número de Acessos das edições

02/2021

Edição	Tema	O
1	Ação Civil Pública	66194
2	Revista Íntima	46127
3	Normas Internacionais	85238
4	Substituição Processual	58317
5	Acidente de Trabalho	52649
6	Normas Coletivas	43736
7	Conciliação	45545
8	Execução Trabalhista	54327
9	Conciliação II	24220
10	Terceirização	40032
11	Direito Desportivo	42219
12	Direito de Imagem	22874
13	Semana Institucional	6449
14	Índice	21056
15	Processo Eletrônico	19748
16	Assédio Moral e Sexual	19503
17	Trabalho Doméstico	31564
18	Grupos Vulneráveis	20795
19	Correio Eletrônico	17226
20	Aviso Prévio	12539
21	Dano Moral	21083
22	Dano Existencial	28322
23	Meio Ambiente do Trabalho	19533
24	70 Anos da CLT	9494
25	Ética	13813
26	Índice	12874
27	Trabalho e HIV	17535
28	Sustentabilidade	20988
29	Copa do Mundo	19114
30	Trabalho Infantil	35150
31	Ações Anulatórias	35133
32	Trabalho da Mulher	49964
33	Teletrabalho	24721
34	Execução Trabalhista	32186
35	Terceirização II	35352
36	Índice	16555
37	Equiparação Salarial	29740
38	Dano Moral Coletivo	41455
39	Novo Código de Processo Civil	53393
40	Recursos Trabalhistas	13269
41	O FGTS e a Prescrição	18190
42	Discriminação no Trabalho	25504
43	Dumping Social	13881
44	O Novo CPC e o Processo do Trabalho	27393
45	Motorista	35267
46	Estatuto da Pessoa com Deficiência	17722

47	Índice	10265
48	Convenção 158 da OIT	14014
49	Precedentes, Súmulas e Enunciados	9842
50	Execução Trabalhista e o Novo CPC	14068
51	Negociação Coletiva do Trabalho	9201
52	Trabalho Doméstico II	7066
53	Mediação	3400
54	Súmulas Trabalhistas	4457
55	O Novo CPC e o Processo do Trabalho II	4521
56	Índice	5772
57	Negociado x Legislado I	7506
58	Negociado x Legislado II	6522
59	Rerum Novarum	3550
60	O Trabalho do Preso	3742
61	Reforma Trabalhista	13410
62	Reforma Trabalhista II	14448
63	Reforma Trabalhista III	8430
64	Segurança e Saúde no Trabalho	3251
65	Índice	3797
66	Salão Parceiro	2875
67	Reforma Trabalhista IV	4643
68	Trabalho e Imigração	2080
68	Ação Rescisória e o Novo CPC	3078
70	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas	4275
71	Contribuição Sindical	2780
72	Terceirização: Antes e Depois da Reforma Trabalhista	2771
73	Arbitragem Trabalhista	2092
74	Trabalho Intermitente	3624
75	Teletrabalho e a Reforma Trabalhista	3012
76	Dano Extrapatrimonial	4204
77	Execução Trabalhista e a Reforma de 2017	2672
78	Direitos Humanos Trabalhistas	2214
79	Incidente de Assunção de Competência	1189
80	Pejotização	2357
81	100 Anos da OIT	2550
82	Depósito Recursal após Reforma Trabalhista	1927
83	A Mulher e o Direito do Trabalho	1284
84	Honorários, Custas e Justiça Gratuita	1700
85	Transação Extrajudicial	2326
86	4ª Revolução Industrial	1735
87	Trabalho Rural	829
88	Trabalho e Saúde Mental	1013
89	Direito à Desconexão	1087
90	Processo Judicial Eletrônico	946
91	Compliance nas Relações de Trabalho	1503
92	Repercussão Geral	796
93	COVID-19 e as Relações de Trabalho	1808
94	Ônus da Prova na Justiça do Trabalho	1388
95	Uberização do Trabalho	1524

Carta ao leitor

A edição deste mês da Revista Eletrônica traz o tema Direito à Intimidade.

Os autores Luiz Philippe Vieira de Mello Filho Renata Queiroz Dutra analisam as problemáticas decorrentes de conflitos entre os direitos fundamentais dos trabalhadores e o exercício do poder diretivo dos empregadores na organização das relações de produção.

A autora Erotilde Ribeiro dos Santos Minharro examina como conciliar a garantia constitucional que possui o empregador de gerir sua propriedade privada e de manter sua livre iniciativa, com o direito fundamental do trabalhador a não ver afrontada a sua intimidade e dignidade no ambiente laboral.

As autoras Karin Gomes Margraf e Silvana Souza Netto Mandalozzo buscam levantar as possíveis violações do direito à privacidade do trabalhador frente ao modo de exercício do poder de controle e fiscalização do empregador.

A autora Alessandra Souza Garcia analisa as questões teóricas sobre os direitos fundamentais do trabalhador e o direito à intimidade bem como o instituto do dano moral nas relações contratuais de trabalho.

Os autores Fábio Siebeneichler de Andrade e Eugênio Facchini Neto fazem uma análise dos conflitos relacionados a ofensas à honra, à imagem, à privacidade e à liberdade em suas múltiplas dimensões, mostrando que diante da deficiente regulação da legislação trabalhista, é necessário invocar subsidiariamente as normas pertinentes do Código Civil, da dogmática civilista, atentando, ainda, às lições do direito comparado, onde semelhantes questões são rotineiramente tratadas.

As autoras Mariana Viale Pereira e Maria Cláudia Cachapuz discorrem sobre o conflito gerado pelo Big Data e o direito à intimidade e privacidade.

Como artigo especial o autor José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva apresenta a distinção necessária entre as audiências por videoconferência e telepresencial, que resultou na dicção da Resolução n. 354 do CNJ.

Para finalizar, em Registro Especial temos uma Sentença de Ação Civil Pública do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, prolatada pela Exma. Juíza Lorena de Mello Rezende Colnago que trata do descumprimento da cota legal de contratação de pessoas com deficiência ou de reabilitados da Previdência Social.

Desejamos a todos boa leitura!
Grupo de Pesquisa da Revista Eletrônica.

Sumário

ARTIGOS

A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho de Trabalho: o Caso da Barreira Sanitária em Empresas do Ramo Alimentício e a Proteção à Intimidade - Luiz Philippe Vieira de Mello Filho e Renata Queiroz Dutra 16

Revista Íntima - Erotilde Ribeiro dos Santos Minharro..... 32

A Violação do Direito a Intimidade no Teletrabalho - Karin Gomes Margraf e Silvana Souza Netto Mandalozzo 40

A Revista Visual em Bolsas e Sacolas e o Direito à Intimidade do Empregado – Uma Análise da Jurisprudência do TRT9 - Alessandra Souza Garcia 46

A Proteção dos Direitos da Personalidade nas Relações de Trabalho - Fábio Siebeneichler de Andrade e Eugênio Facchini Neto 55

Big Data, Cruzamento de Dados e Proteção à Vida Privada - Mariana Viale Pereira e Maria Cláudia Cachapuz 95

ARTIGOS ESPECIAIS

Audiências por Videoconferência e Telepresencial: distinções Necessárias, à Luz da Resolução n. 354 do CNJ - José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva 108

REGISTRO ESPECIAL

Ação Civil Pública nº 1000978-29.2020.5.02.0017 - Sentença 124

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO DE TRABALHO DE TRABALHO: O CASO DA BARREIRA SANITÁRIA EM EMPRESAS DO RAMO ALIMENTÍCIO E A PROTEÇÃO À INTIMIDADE

Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Renata Queiroz Dutra

Introdução

As problemáticas decorrentes de conflitos entre os direitos fundamentais dos trabalhadores e o exercício do poder diretivo dos empregadores na organização das relações de produção têm sido matérias de recorrentes debates na Justiça do Trabalho.

Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, houve ampliação da competência desse ramo especial do Poder Judiciário para julgamento de demandas envolvendo pedidos de reparação por danos morais e materiais formulados pelos trabalhadores, ampliando-se decisivamente as perspectivas de discussão da temática e enriquecendo os debates sobre a regulação do trabalho para além das questões alusivas às verbas trabalhistas clássicas, de conteúdo, em regra, patrimonial.

Esse movimento de ampliação de competência se casa com o paulatino processo de Constitucionalização do direito brasileiro, que, amparado em uma visão de Supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais nos quais ela se funda, é instaurado no país a partir da promulgação da Constituição de 1988 e impulsionado nas últimas décadas¹.

Nesse contexto, os debates em torno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais²

1 BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

2 Há quem fale em sua eficácia diagonal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, considerando que, apesar de não se tratar de uma aplicação vertical desses direitos, porque não subjacente uma relação com o Estado, essa relação, pela sua assimetria, não poderia dar ensejo a uma eficácia denominada “horizontal” dos direitos fundamentais (CONTRERAS, Sergio Gamonal. Cidadania na empresa e



Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Vice-Presidente no exercício 2020-2022.



Renata Queiroz Dutra

Professora Adjunta de Direito do Trabalho da Universidade de Brasília. Doutora e Mestra em Direito, Estado e Constituição pela UnB.

recolocam as discussões a respeito dos limites da exploração do trabalho humano para além da tutela da retribuição material pelo trabalho e da garantia da higidez física dos trabalhadores.

Rende-se ensejo a preocupações com o bem-estar dos sujeitos que trabalham de forma ampla, de modo a contemplar sua higidez psíquica, a preservação de sua dignidade e a compatibilização possível entre o engajamento em uma relação de trabalho subordinada e a realização de projetos de vida, aliados necessariamente ao desenvolvimento de potencialidades e sentidos para existência daqueles que trabalham³.

Isso é, para além de assegurar-se aos trabalhadores a possibilidade do emprego, a saúde e a segurança no trabalho, bem como retribuição justa pela energia despendida em favor do empregador, há um deslocamento do olhar para a qualidade das experiências vividas no dia a dia da relação de trabalho, para a plena fruição das condições de cidadania dentro do ambiente laboral e, sobretudo, para que a subordinação jurídica ao empregador não se traduza em sujeição que importe o rebaixamento jurídico ou moral daqueles que trabalham.

Uma questão recentemente discutida pelo Tribunal Superior do Trabalho, embora ainda sem uma conclusão uniformizadora a respeito do tema, refere-se à possibilidade de empresas do ramo alimentício, de quem são exigidos rígidos procedimentos de higienização por parte do Ministério da Agricultura, imponham aos

.....
eficácia diagonal dos direitos fundamentais. São Paulo: LTr, 2011).

3 ANTUNES, Ricardo. Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Editora Boitempo, 1999.

seus empregados o procedimento de assepsia denominado “Barreira sanitária”.

O referido procedimento pressupõe o deslocamento dos trabalhadores de uma parte “suja” do vestiário (na qual eles adentrariam com suas vestes pessoais) para uma parte “limpa”, na qual, despídos, os trabalhadores receberiam um fardamento oferecido pela empresa e por ela devidamente higienizado. Só então, adentrariam ao local onde são manipulados os alimentos.

A exigência de que exista uma separação entre os ambientes e de que as vestes utilizadas pelos trabalhadores no deslocamento residência trabalho não passem ao ambiente “limpo”, onde são fornecidos fardamentos aptos ao ingresso no local de manipulação dos alimentos, decorre de uma exigência de salubridade na produção alimentícia imposta expressamente pelo Ministério da Agricultura, por meio da Circular nº 175/2005, que, coadunando as balizas da vigilância sanitária, visa resguardar interesse de toda a sociedade que é potencial destinatária dos alimentos produzidos.

Por outro lado, muitos dos trabalhadores submetidos ao procedimento têm recorrido ao Poder Judiciário, após a cessão do vínculo empregatício, postulando indenizações por danos morais pelo fato de terem sido submetidos durante o contrato de trabalho, diariamente, a se despirem perante seus colegas de trabalho e a transitarem pelos vestiários, em conjunto, portanto apenas roupas íntimas, até o local em que era fornecido pela empresa o fardamento higienizado. A alegação consistia na ofensa ao direito à intimidade pela exposição não voluntária do corpo aos colegas de trabalho do mesmo sexo.

A controvérsia se colocou perante a Corte

Superior trabalhista como um conflito entre interesses igualmente protegidos pela ordem jurídica: o direito à intimidade dos trabalhadores de um lado e, de outro, o direito da sociedade à produção de alimentos em condições de higiene adequadas ao consumo humano.

De um lado, há quem se coloque a favor da prevalência da norma do Ministério da Agricultura, a qual conferiria à conduta empresarial licitude incompatível com a possibilidade de condenar os empregados à reparação de danos porventura decorrentes do estrito cumprimento de norma estatal. Ainda, os defensores dessa posição também se amparam em fatores culturais que tornariam inexistente o próprio dano: o fato de pessoas do mesmo sexo se despirem umas em frente às outras seria corriqueiro na nossa cultura, o que seria demonstrado largamente pela experiência compartilhada pelos homens de utilizarem vestiários comuns quando da prática de esportes, como o futebol, além da frequência à praia em trajes de banho por pessoas de ambos os sexos.

De outro lado, há quem entenda pela prevalência da proteção da intimidade, amparando-se, sobretudo, no fato de que o cumprimento da norma de higiene poderia ser feito de diversas formas e que a mais adequada não seria necessariamente aquela que impõe aos trabalhadores se desnudarem uns em frente aos outros. Outrossim, defende-se que a exigência de que se exponham aos outros trabalhadores, ainda que exclusivamente a trabalhadores do mesmo sexo, seria bastante para a vulneração da intimidade dos obreiros.

As sete Turmas julgadoras do Tribunal Superior do Trabalho não construiriam interpretação uniforme a respeito da matéria,

o que levou a questão ao âmbito da Subseção Especializada de Dissídios Individuais nº I. O julgamento da matéria, já iniciado no âmbito daquela Subseção, contudo, não foi concluído, tendo em vista o pedido de desistência de ambos os recursos que deram ensejo ao julgamento da controvérsia⁴.

Nesse ensaio são retomados argumentos já colocados publicamente no referido julgamento⁵, como forma de ampliar e permitir que debate seja submetido a considerações e críticas acadêmicas.

Conflito de normas?

Para exame da questão, parte-se da aferição da efetiva existência de conflito entre a norma ministerial impositiva do procedimento denominado “Barreira sanitária” e a norma constitucional que assegura o direito à intimidade.

A Circular nº 175/2005 do Ministério Da Agricultura, em cuja cogência supostamente se ampara a prática sanitária ora analisada, dispõe:

Os vestiários e sanitários devem ser instalados separado e convenientemente, das áreas de obtenção, manipulação, processamento e armazenamento, dispor de número e dimensão e equipamentos suficientes ao atendimento da clientela e ainda

4 Os processos nos quais se instalou o debate foram o TST-E-ARR-2891-39.2012.5.18.0101 e o TST-E-RR-1628-66.2012.5.18.0102, no âmbito dos quais já haviam sido proferidos votos, inclusive divergentes, por parte dos Ministros integrantes da SBDI-1.

5 Ressalte-se que o Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, coautor do presente artigo, proferiu voto, de forma pública, nos processos supramencionados, tendo havido sua juntada aos autos. Registre-se ainda que o colegiado competente para uniformização da questão não é mais integrado pelo julgador.

mantidos, sempre, organizados e em condições higiênicas compatíveis com a produção de alimentos.

Nos vestiários devem ser previstas áreas separadas e contínuas, mediadas por chuveiros com água quente, para recepção e guarda da roupa de passeio na primeira fase e troca de uniforme na etapa seguinte.

Cada operário tem direito a um armário ou outro dispositivo de guarda de sua roupa e pertences, sem o perneio de materiais estranhos, como os alimentos. Os sapatos devem ser guardados separadamente das roupas. Os uniformes devem ser lavados no próprio estabelecimento ou em lavanderias particulares, desde que se disponha de um contrato estabelecendo as condições do ato operacional.

A manutenção e funcionamento eficiente das condições higiênicas dos sanitários é condição básica para preservação da sanidade dos produtos. A disponibilidade de papel e absorventes higiênicos, a utilização correta das dependências sanitárias, dos mictórios (sob a forma de calha) e pias/torneiras, a compulsoriedade da lavagem das mãos e antebraços à saída destas instalações, bem como a preservação de uniformes e aventais de contaminações, atribuem efetivamente para um produto melhor e sanitariamente impecável.

O vestiário da “área restrita”, como o setor de carne cozida e congelada, exige condições especiais de segurança que afiancem a inexpugnabilidade do citado setor a pessoas que não observem os requisitos necessários aquele acesso.

Lavatórios devem também ser instalados à saída dos vestiários, sanitários e ainda, estrategicamente, à entrada das seções da indústria

e disporem de pias com torneiras, com fluxo contínuo de água tépida, a temperatura mínima de 43 °C, e sabão líquido, para lavagem adequada das mãos e antebraços. A higienização das mãos não desobriga o uso subsequente de toalha de papel não reutilizável. Cestos com tampas articuladas, colocados após a lavagem das mãos, devem ser previstos para o recebimento de toalhas de papel utilizada.

As barreiras, filtros ou bloqueios sanitários devem estar presentes, estrategicamente, à entrada das seções, para obrigar a higiene prévia das mãos e antebraços das pessoas que nela adentram. Normalmente essas barreiras dispõem de pias, sob a forma de calha, torneiras e lavabotas, em número compatível com o contingente de operários que entram concomitantemente no setor. Os lavabotas devem ser, preferentemente, do tipo solo.

2.1. No controle de vestiários, sanitários e barreiras sanitárias a Inspeção Federal deve observar:

Se vestiários, sanitários e barreiras sanitárias comunicam-se diretamente com as seções de produtos comestíveis. Se as referidas instalações são em número suficiente e de dimensões compatíveis com as necessidades.

Se os vestiários, sanitários e barreiras sanitárias foram projetados e construídos de forma que permitam uma boa manutenção das condições higienico-sanitárias destas instalações. Se fruto das facilidades disponíveis, a sua manutenção das condições higiênicas está sendo praticada nas referidas instalações.

Se as barreiras sanitárias dispõem de equipamentos, água límpida e sabão líquido, indispensáveis a realização de uma boa higiene pessoal e se esta prática está sendo exercitada

eficientemente.

Se o estabelecimento disponibiliza pessoas que efetuam registro de controle da manutenção de higiene do ambiente e do pessoal.

Se os cuidados referentes a troca de uniformes nos vestiários em geral e na “área restrita” estão sendo fielmente atendidos.

Se os uniformes estão sendo trocados na frequência necessária, lavados na indústria e, em caso contrário, se há contrato adequado a atividade.

2.2. Procedimentos para identificação de não-conformidade do Programa de controle Vestiários, Sanitários e Barreiras Sanitárias

Após a execução dos procedimentos de inspeção e a revisão dos registros deve-se responder questões a seguir, visando avaliar a conformidade desse Elemento de Inspeção.

As referidas instalações são em número suficiente e dimensões compatíveis com o contingente de operários que a utilizam concomitantemente?

Os lavatórios dispõem de água límpida, com fluxo contínuo e torneiras sem acionamento manual, sabão líquido e toalha de papel não reutilizável, que são sistematicamente empregadas pelo operariado, à entrada das seções e saída dos vestiários?

O acesso dos vestiários da “área restrita”, como o da carne cozida e congelada, é provido de dispositivos de segurança que afiancem o trânsito exclusivo de pessoas que cumpram os requisitos básicos exigidos.

2.3. Frequência da verificação

2.3.1 – Verificação no local

A verificação “in loco” deve ser realizada **diariamente**. Esta verificação deve focalizar a funcionalidade das barreiras sanitárias, a organização e a higiene ambiental, a verificação “in loco” desses setores, dirigida para os

aspectos de manutenção será realizada com a frequência quinzenal.

2.3.1 – Verificação documental

A verificação documental deve ser realizada quinzenalmente e consiste da revisão dos registros do estabelecimento para comparação com achados da verificação “in loco” (diária e quinzenal) realizada pelo SIF.

Do cumprimento da norma acima transcrita depende a própria permissão de funcionamento das empresas que atuam no ramo, que podem ser multadas ou até mesmo interditas pela fiscalização em caso de descumprimento.

Nela fica estabelecida a exigência quanto à higienização daqueles que adentram ao ambiente onde são tratados os alimentos a serem comercializados, com clara imposição no sentido de que as vestimentas utilizadas no ambiente externo não adentrem ao recinto fabril onde ocorre a manipulação de alimentos. Nesse sentido, é exigido que se abandonem as roupas utilizadas externamente, as quais devem ser trocadas por roupas higienizadas, e que também as pessoas passem pela devida higienização antes de ingressarem na “área limpa”.

O modo de realização da troca e higienização, contudo, não fica estabelecido na norma, que apenas exige o resultado: não ingresso de pessoas e roupas não higienizadas, advindas do ambiente externo, na área em que há lida com alimentos. Para o cumprimento da referida norma administrativa, portanto, atua o exercício da liberdade de iniciativa das empresas, a qual, certamente se conforma a outras normas e princípios contidos no ordenamento jurídico.

Sem descurar da relevância da disciplina regulamentar do assunto, é bom que se diga, de início, que se está aqui, em verdade, a debater sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em especial, do direito à intimidade, assegurado pelo art. 5º, X, da Constituição de 1988.

Relativizar ou não a fruição de tais direitos em face da atividade econômica dos empregadores é matéria delicada e que importa reconsiderar a história e o papel dos direitos fundamentais no moderno constitucionalismo.

O processo de constitucionalização do direito, compreendido com o efeito expansivo das normas constitucionais, que passam a irradiar seu conteúdo axiológico por todo o sistema jurídico, é recente no âmbito do Estado brasileiro, identificando-se com o marco da Constituição Federal de 1988.

Foi somente na última década, entretanto, que a supremacia formal da Constituição caminhou para uma “supremacia material axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios”, como observa Luís Roberto Barroso⁶.

Por conta desse processo, tem-se assistido a importantes avanços no que toca à proteção da dignidade da pessoa humana, que se orientam numa reinterpretação de toda a ordem jurídica partir desse valor máximo do texto constitucional.

O conceito, que ocupa lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico e que se revela como valor fundamental da

ordem jurídica para significativo número de ordens constitucionais, destacadamente as que pretendem a constituição do Estado Democrático de Direito, é delimitado por Sarlet como

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida⁷.

A força irradiante da dignidade da pessoa humana se lança sobre o ordenamento jurídico, sobretudo na condição de critério ou filtro a partir do qual a interpretação de cada um dos ramos do direito deve ser guiada e os seus institutos clássicos afinados.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 representou um profundo avanço no reconhecimento dos direitos sociais do trabalho, não apenas pela elevação desses direitos à acepção de direitos fundamentais, mas também pela democratização e revisão de seus institutos e princípios, justamente

6 BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 376.

7 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 45 e p. 70

porque eles se apresentam como meio para a concretização do valor da dignidade.

É a partir das normas constitucionais portadoras de tais determinantes que Gabriela Neves Delgado vai além para compreender como direito fundamental e também como princípio da ordem econômica não apenas a busca do pleno emprego, mas a busca do trabalho digno.

Para a autora, o valor da pessoa humana traduzido na Constituição Federal deve ser efetivado sob diferenciados aspectos no contexto societário, seja no tocante ao próprio interesse individual da pessoa, seja nos planos econômico ou social.

Nesse sentido a Constituição descreveria diversas dimensões do valor da dignidade, por exemplo, ao determinar, no art. 170, que a ordem econômica garanta a todos uma vida digna, e, no art. 193, que a ordem social tenha por objetivos o bem-estar e a justiça social. Daí extrai a amplitude temática do princípio da dignidade, cuja aplicação entende ser multidimensional e extensiva, sobremaneira, à esfera dos direitos sociais⁸.

Como observou José Afonso da Silva, não existe afirmação possível da dignidade da pessoa humana numa sociedade excludente e desigual, de modo que a concretização da proteção da pessoa depende necessariamente da realização do ideal de justiça social⁹.

Em outras palavras, é dizer que centrar o ordenamento jurídico na proteção da pessoa passa necessariamente por centrar o ordenamento jurídico na figura do cidadão-

trabalhador e na garantia de sua inserção digna numa ordem socioeconômica justa.

Reconhecer a centralidade do trabalho na sociedade salarial significa alargar, numa perspectiva atenta à dignidade da pessoa humana, o conceito de trabalho e seu papel dentro do texto constitucional, cujos valores são preservados pelo art. 1º, IV, 7º, 170 e 193 da Carta Constitucional de 1988.

Compreender o trabalho não apenas como fonte de subsistência, mas como fonte de dignidade, integração social e desenvolvimento do sujeito que labora é dar eficácia máxima a esse aspecto essencial da vida humana, que indubitavelmente alcança a subjetividade e o patrimônio imaterial dos que trabalham.

Se o princípio da dignidade da pessoa humana é metacrítério de interpretação dos direitos fundamentais, então, o seu instrumento concretizador, que é a justiça social, é critério de solução dos conflitos que se apresentam no mundo do trabalho e no campo econômico.

Somente a partir dessas premissas constitucionais paradigmáticas é que se pode enfrentar a problemática.

Nesse sentido, importa compreender o direito à intimidade como direito fundamental de todo indivíduo a não ter a esfera mais restrita do seu ser exposta a terceiros. Nas palavras de Maria de Fátima Marques Dourado, cuida-se do direito de “se resguardar dos sentidos alheios”¹⁰.

Não se trata de um direito de perspectiva estritamente individual, mas se trata de saber-se pertencedor a uma sociedade que não se alimenta da exposição da esfera íntima dos

8 DELGADO, Gabriela Neves. Direito fundamental ao trabalho digno. São Paulo: LTr, 2006, p. 79-80.

9 SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2012. p.724-725

10 DOURADO, M. de Fátima M. Fundamentos do Direito à Intimidade. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editores, 2008, p. 71

seus cidadãos, bem como o direito de não ser imiscuído na esfera íntima de terceiros contra sua vontade.

Trata-se, pois, de uma previsão de proteção individual que se espraia numa perspectiva de convivência comunitária.

Dessa forma, uma conduta empresarial procedimental que guarde em si aspectos invasivos da intimidade de uma coletividade que a ela se submete não pode ser avaliada na estreiteza da percepção individual desse ou daquele sujeito que não se incomoda com o procedimento.

Aliás, a proteção existe por e para aqueles que se incomodam com a exposição de sua esfera íntima. O reconhecimento constitucional de um direito fundamental à intimidade retira da esfera subjetiva e do arbítrio de cada um apontar o que é ofensivo ou não à intimidade, considerando que, dadas as idiosincrasias de cada ser humano, somente podemos afirmar, com exatidão o que nos ofende e o que não nos ofende, nunca aquilo que agride a terceiros.

Exatamente daí decorre a importância de reconhecer, em favor de todos, e de forma objetiva, a proteção à esfera íntima: para que não se faça um juízo público (que, em si, já ofende a intimidade) do que é passível de ser exposto ou não. Uma vez portador o sujeito de uma esfera de intimidade defendida dos olhos dos outros, fará o uso que melhor lhe convier da fruição desse espaço de proteção íntima.

Maria de Fátima Dourado corrobora essa compreensão:

Não se pode esquecer que tal direito tem caráter absolutamente subjetivo, não havendo nenhum critério objetivo que possa nortear a avaliação acerca de qual atitude advém da violação ou não.

Para uma pessoa pode ser indiferente à propagação de ter feito uma cirurgia plástica, podendo ser recebida até mesmo com júbilo. Enquanto isso, para outra pessoa, que desejava manter tal efeito restrito ao conhecimento apenas dos seus, pode se caracterizar como violação de sua vida privada.

Portanto, a previsão de tal garantia acabará por, a longo prazo, provocar uma transformação nas relações interpessoais, passando cada indivíduo a aprender a ter mais cuidado quando se referir ao outro. Não deixa de ser demais realçar também o caráter educativo da referida proteção, que tende a ensinar os indivíduos a melhor forma de conviver em sociedade, através do respeito pelo outro, principalmente por seus sentimentos, levando a efeito o paradigma kantiano¹¹.

Aliás, é importante ressaltar que é inerente ao direito à intimidade a própria reserva de justificar-se a esse respeito. Portanto, se a pessoa tem pudor de expor o seu corpo, a proteção da intimidade alcança as razões pelas quais a pessoa assim se sente e o direito de não revelar a terceiros mesmo que se envergonha, ou que prefere ocultar.

Daí porque é de pouca valia eventual manifestação de alguns dos trabalhadores das empresas que adotam a prática no sentido de que não se incomodavam com o procedimento. O que é relevante é que a prática empresarial, instituída de forma geral e a pretexto de cumprir estritamente a normatização do Ministério da Agricultura, não se alteraria caso a resposta dos trabalhadores fosse diversa.

11 Dourado, M. de Fátima M. Fundamentos do Direito à Intimidade. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editores, 2008, p. 77.

Nesse sentido, os dois argumentos principais que recorrentemente são colocados no debate, a favor do procedimento da barreira sanitária, sem a preservação da intimidade dos trabalhadores, a respeito de eventuais declarações pessoais dos trabalhadores envolvidos no sentido de que não há constrangimento e, segundo, da inexistência de registros de situações constrangedoras decorrentes da exposição da intimidade, não se sustentam à luz da teoria dos direitos fundamentais.

De plano, é bom que se registre que não há margem de subjetivismo para a definição da existência ou não de violação da intimidade. Se é necessário invocar situação na qual grande parte das pessoas se coloca voluntariamente, em espaço de lazer, como é o caso da frequência à praia, para justificar a inexistência de um constrangimento em relação à trânsito com roupas íntimas em local de trabalho, decerto que não estamos diante de uma situação de fácil elucidação.

A frequência ao ambiente do trabalho, além de não ser uma decisão voluntária do sujeito que contrata sua força de trabalho, dado o caráter alimentar do contrato laboral, também se insere em uma relação de poder e numa dimensão específica da vida das pessoas (sua rede de relações profissionais), que não se confundem com as relações que, por excelência, dominam os espaços de lazer. Se é verdade que relações de coleguismo podem vir a ser desenvolvidas, a ponto de o ambiente de trabalho se tornar tão familiar como o ambiente de lazer, também é verdade que essa situação não é regra, tampouco pode ser presumida para a generalidade dos trabalhadores de uma dada empresa.

Por outro lado, o fato de eventualmente alguns trabalhadores indagados a respeito do assunto registrarem não se incomodar com a situação, primeiro, não pode ser uma impressão generalizada para todos os demais empregados submetidos ao procedimento e, segundo, considerando-se que tais trabalhadores foram possivelmente submetidos de forma reiterada a esse procedimento e que, de certa forma, provavelmente, pela premência da manutenção da relação de emprego, a ele se acostumaram, não afasta a incidência, sobre esses mesmos sujeitos, de uma proteção mais ampla, dada a inequívoca indisponibilidade dos direitos fundamentais, assim como do caráter prospectivo da proteção ao trabalho que é assegurada constitucionalmente.

Também é importante que se reflita a respeito dos contornos do direito à intimidade, para que se compreenda que o referido direito é violado mediante a mera exposição daquilo que deve ser preservado dos olhos do público, sendo desnecessária a existência de constrangimento nos moldes invocados no voto condutor, por meio de gracejos ou chacota. É o pudor em relação ao corpo e o direito à sua manutenção à distância dos olhares daqueles que não compartilhem da intimidade que delimita o direito fundamental, não se exigindo que da exposição do que, por direito, era de conhecimento e visualização restrita, advenha nenhum outro gravame.

A exposição involuntária do corpo, em si, lesa o direito à intimidade.

Ilton Norberto Robl Filho, analisando a mudança de paradigma em relação à intimidade na Idade Moderna, identifica como raiz decisiva para a afirmação e valorização desse aspecto da personalidade humana a mudança do

padrão de gestão do corpo observados na seara médica e na seara higienista a partir do Século XIX, quando se compreendeu a problemática dos hábitos higiênicos como uma das principais causas da deterioração da saúde, os quais foram significativamente melhorados com projetos sanitários e urbanísticos que asseguravam aos indivíduos, entre outros elementos, leitões individuais e cuidados com higiene pessoal e íntima diferenciados.

Por essa razão, o autor identifica na noção de pudor e intimidade em relação ao próprio corpo motes para o desenvolvimento da ideia da personalidade e subjetividade dos indivíduos, tal como as compreendemos hoje¹².

Assim é que a preservação do próprio corpo, como início e fundamento da construção e proteção da esfera íntima, é valor comum aos seres humanos no atual contexto social.

Por outro lado, além do dever abstrato de proteção da intimidade de seus empregados de que está onerada a reclamada, que decorre da proteção constitucional desse bem jurídico, a NR 24 do Ministério do Trabalho e Emprego é assertiva ao determinar condições de saúde, segurança e **dignidade** dos trabalhadores em relação a banheiros e vestiários. Confirmam-se as disposições a seguir:

24.1 Instalações sanitárias.

24.1.1 Denomina-se, para fins de aplicação da presente NR, a expressão:

a) aparelho sanitário: o equipamento ou as peças destinadas ao uso de água para fins higiênicos ou a receber águas servidas (banheira, mictório, bebedouro, lavatório, vaso sanitário e outros);

b) gabinete sanitário: também denominado de latrina, retrete, patente, cafoto, sentina, privada, WC, o local destinado a fins higiênicos e dejeções;

c) banheiro: o conjunto de peças ou equipamentos que compõem determinada unidade e destinado ao asseio corporal.

24.1.2 As áreas destinadas aos sanitários deverão atender às dimensões mínimas essenciais. O órgão regional competente em Segurança e Medicina do Trabalho poderá, à vista de perícia local, exigir alterações de metragem que atendam ao mínimo de conforto exigível. É considerada satisfatória a metragem de 1 metro quadrado, para cada sanitário, por 20 operários em atividade.

24.1.2.1 As instalações sanitárias deverão ser separadas por sexo.

24.1.3 Os locais onde se encontrarem instalações sanitárias deverão ser submetidos a processo permanente de higienização, de sorte que sejam mantidos limpos e desprovidos de quaisquer odores, durante toda a jornada de trabalho.

24.1.4 Os vasos sanitários deverão ser sifonados e possuir caixa de descarga automática externa de ferro fundido, material plástico ou fibrocimento.

24.1.5 Os chuveiros poderão ser de metal ou de plástico, e deverão ser comandados por registros de metal a meia altura na parede;

24.1.6 O mictório deverá ser de porcelana vitrificada ou de outro material equivalente, liso e impermeável, provido de aparelho de descarga provocada ou automática, de fácil escoamento e limpeza, podendo apresentar a conformação do tipo calha ou cuba.

24.1.6.1 No mictório do tipo calha,

12 ROBL FILHO, Ilton Norberto. Direito, intimidade e vida privada. Curitiba: Juruá Editora, 2010. p. 93-95.

de uso coletivo, cada segmento, no mínimo de 0,60m, corresponderá a um mictório do tipo cuba.

24.1.7 Os lavatórios poderão ser formados por calhas revestidas com materiais impermeáveis e laváveis, possuindo torneiras de metal, tipo comum, espaçadas de 0,60m, devendo haver disposição de 1 (uma) torneira para cada grupo de 20 (vinte) trabalhadores.

24.1.8 Será exigido, no conjunto de instalações sanitárias, um lavatório para cada 10 (dez) trabalhadores nas atividades ou operações insalubres, ou nos trabalhos com exposição a substâncias tóxicas, irritantes, infectantes, alergizantes, poeiras ou substâncias que provoquem sujidade.

24.1.8.1 O disposto no item 24.1.8 deverá também ser aplicado próximo aos locais de atividades.

24.1.9 O lavatório deverá ser provido de material para a limpeza, enxugo ou secagem das mãos, proibindo-se o uso de toalhas coletivas.

24.1.10 Deverá haver canalização com tomada d'água, exclusivamente para uso contra incêndio.

24.1.11 Os banheiros, dotados de chuveiros, deverão:

- a) ser mantidos em estado de conservação, asseio e higiene;
- b) ser instalados em local adequado;
- c) dispor de água quente, a critério da autoridade competente em matéria de Segurança e Medicina do Trabalho;
- d) ter portas de acesso que impeçam o devassamento, ou ser construídos de modo a manter o resguardo conveniente;
- e) ter piso e paredes revestidos de material resistente, liso, impermeável e lavável.

24.1.12 Será exigido 1 um chuveiro para cada 10 (dez) trabalhadores nas atividades ou operações insalubres,

ou nos trabalhos com exposição a substâncias tóxicas, irritantes, infectantes, alergizantes, poeiras ou substâncias que provoquem sujidade, e nos casos em que estejam expostos a calor intenso.

24.1.13 Não serão permitidos aparelhos sanitários que apresentem defeitos ou soluções de continuidade que possam acarretar infiltrações ou acidentes.

24.1.14 Quando os estabelecimentos dispuserem de instalações de privadas ou mictórios anexos às diversas seções fabris, devem os respectivos equipamentos ser computados para efeito das proporções estabelecidas na presente Norma.

24.1.15 Nas indústrias de gêneros alimentícios ou congêneres, o isolamento das privadas deverá ser o mais rigoroso possível, a fim de evitar poluição ou contaminação dos locais de trabalho.

24.1.16 Nas regiões onde não haja serviço de esgoto, deverá ser assegurado aos empregados um serviço de privadas, seja por meio de fossas adequadas, seja por outro processo que não afete a saúde pública, mantidas as exigências legais.

24.1.17 Nos estabelecimentos comerciais, bancários, securitários, de escritório e afins, poderá a autoridade local competente em matéria de Segurança e Medicina do Trabalho, em decisão fundamentada, submetida à homologação do Delegado Regional do Trabalho, dispensar ou reduzir o número de mictórios e de chuveiros estabelecidos nesta Norma.

24.1.18 As paredes dos sanitários deverão ser construídas em alvenaria de tijolo comum ou de concreto e revestidas com material impermeável e lavável.

24.1.19 Os pisos deverão ser

impermeáveis, laváveis, de acabamento liso, inclinado para os ralos de escoamento providos de sifões hidráulicos. Deverão também impedir a entrada de umidade e emanações no banheiro, e não apresentar ressaltos e saliências.

24.1.20 A cobertura das instalações sanitárias deverá ter estrutura de madeira ou metálica, e as telhas poderão ser de barro ou de fibrocimento.

24.1.20.1 Deverão ser colocadas telhas translúcidas, para melhorar a iluminação natural, e telhas de ventilação de 4 em 4 metros.

24.1.21 As janelas das instalações sanitárias deverão ter caixilhos fixos, inclinados de 45º, com vidros inclinados de 45º, com vidros incolores e translúcidos, totalizando uma área correspondente a 1/8 da área do piso.

24.1.21.1 A parte inferior do caixilho deverá se situar, no mínimo, à altura de 1,50 m a partir do piso.

24.1.22 Os locais destinados às instalações sanitárias serão providos de uma rede de iluminação, cuja fiação deverá ser protegida por eletrodutos.

24.1.23 Com o objetivo de manter um iluminamento mínimo de 100 lux, deverão ser instaladas lâmpadas incandescentes de 100 W/8,00 m² de área com pé-direito de 3,00m máximo, ou outro tipo de luminária que produza o mesmo efeito.

24.1.24 A rede hidráulica será abastecida por caixa d'água elevada, a qual deverá ter altura suficiente para permitir bom funcionamento nas tomadas de água e contar com reserva para combate a incêndio de acordo com posturas locais.

24.1.24.1 Serão previstos 60 litros diários de água por trabalhador para o consumo nas instalações sanitárias.

24.1.25 As instalações sanitárias

deverão dispor de água canalizada e esgotos ligados à rede geral ou à fossa séptica, com interposição de sifões hidráulicos.

24.1.25.1 Não poderão se comunicar diretamente com os locais de trabalho nem com os locais destinados às refeições.

24.1.25.2 Serão mantidas em estado de asseio e higiene.

24.1.25.3 No caso de se situarem fora do corpo do estabelecimento, a comunicação com os locais de trabalho deve fazer-se por passagens cobertas.

24.1.26 Os gabinetes sanitários deverão:

- a) ser instalados em compartimentos individuais, separados;
- b) ser ventilados para o exterior;
- c) ter paredes divisórias com altura mínima de 2,10m e seu bordo inferior não poderá situar-se a mais de 0,15 m acima do pavimento;
- d) ser dotados de portas independentes, providas de fecho que impeçam o devassamento;
- e) ser mantidos em estado de asseio e higiene;
- f) possuir recipientes com tampa, para guarda de papéis servidos, quando não ligados diretamente à rede ou quando sejam destinados às mulheres.

24.1.26.1 Cada grupo de gabinete sanitário deve ser instalado em local independente, dotado de antecâmara.

24.1.27 É proibido o envolvimento das bacias ou vasos sanitários com quaisquer materiais (caixas) de madeira, blocos de cimento e outros.

24.2 Vestiários.

24.2.1 Em todos os estabelecimentos industriais e naqueles em que a atividade exija troca de roupas ou seja imposto o uso de uniforme ou guarda-pó, haverá local apropriado para vestiário dotado de armários individuais, observada a separação de

sexos.

24.2.2 A localização do vestiário, respeitada a determinação da autoridade regional competente em Segurança e Medicina do Trabalho, levará em conta a conveniência do estabelecimento.

24.2.3 A área de um vestiário será dimensionada em função de um mínimo de 1,50 m² para 1 trabalhador.

24.2.4 As paredes dos vestiários deverão ser construídas em alvenaria de tijolo comum ou de concreto, e revestidas com material impermeável e lavável.

24.2.5 Os pisos deverão ser impermeáveis, laváveis e de acabamento liso, inclinados para os ralos de escoamento providos de sifões hidráulicos. Deverão também impedir a entrada de umidade e emanações no vestiário e não apresentar ressaltos e saliências.

24.2.6 A cobertura dos vestiários deverá ter estrutura de madeira ou metálica, e as telhas poderão ser de barro ou de fibrocimento.

24.2.6.1 Deverão ser colocadas telhas translúcidas para melhorar a iluminação natural.

24.2.7 As janelas dos vestiários deverão ter caixilhos fixos inclinados de 45º, com vidros incolores e translúcidos, totalizando uma área correspondente a 1/8 da área do piso.

24.2.7.1 A parte inferior do caixilho deverá se situar, no mínimo, à altura de 1,50 a partir do piso.

24.2.8 Os locais destinados às instalações de vestiários serão providos de uma rede de iluminação, cuja fiação deverá ser protegida por eletrodutos.

24.2.9 Com objetivo de manter um iluminamento mínimo de 100 lux, deverão ser instaladas lâmpadas incandescentes de 100 W/ 8,00 m² de área com pé-direito de 3.00 m, ou

outro tipo de luminária que produza o mesmo efeito.

24.2.10 Os armários, de aço, madeira, ou outro material de limpeza, deverão ser essencialmente individuais.

24.2.10.1 Deverão possuir aberturas para ventilação ou portas teladas podendo também ser sobrepostos.

24.2.10.2 Deverão ser pintados com tintas laváveis, ou revestidos com fórmica, se for o caso.

24.2.11 Nas atividades e operações insalubres, bem como nas atividades incompatíveis com o asseio corporal, que exponham os empregados a poeiras e produtos graxos e oleosos, os armários serão de compartimentos duplos.

24.2.12 Os armários de compartimentos duplos terão as seguintes dimensões mínimas:

a) 1,20m (um metro e vinte centímetros) de altura por 0,30m (trinta centímetros) de largura e 0,40m (quarenta centímetros) de profundidade, com separação ou prateleira, de modo que um compartimento, com a altura de 0,80m (oitenta centímetros), se destine a abrigar a roupa de uso comum e o outro compartimento, com altura de 0,40m (quarenta centímetros) a guardar a roupa de trabalho; ou
b) 0,80m (oitenta centímetros) de altura por 0,50m (cinquenta centímetros) de largura e 0,40m (quarenta centímetros) de profundidade, com divisão no sentido vertical, de forma que os compartimentos, com largura de 0,25m (vinte e cinco centímetros), estabeleçam, rigorosamente, o isolamento das roupas de uso comum e de trabalho.

24.2.13 Os armários de um só compartimento terão as dimensões mínimas de 0,80m (oitenta centímetros) de altura por 0,30m (trinta centímetros) de largura e

0,40m (quarenta centímetros) de profundidade.

24.2.14 Nas atividades comerciais, bancárias, securitárias, de escritório e afins, nas quais não haja troca de roupa, não será o vestiário exigido, admitindo-se gavetas, escaninhos ou cabides, onde possam os empregados guardar ou pendurar seus pertences.

24.2.15 Em casos especiais, poderá a autoridade local competente em matéria de segurança e medicina do trabalho, em decisão fundamentada submetida à homologação do MTb, dispensar a exigência de armários individuais para determinadas atividades.

24.2.16 É proibida a utilização do vestiário para quaisquer outros fins, ainda em caráter provisório, não sendo permitido, sob pena de autuação, que roupas e pertences dos empregados se encontrem fora dos respectivos armários.

Primeiramente, é de se registrar a absoluta ausência de incompatibilidade entre as duas normas regulamentares acima transcritas, assim como entre elas e o comando constitucional maior de proteção da dignidade da pessoa humana e de seu desdobramento, que é a proteção da intimidade.

Se é certo que as exigências concernentes à higienização são rígidas, também é certo que, em momento algum, existe na norma do Ministério da Agricultura exortação no sentido de que elas sejam cumpridas mediante exposição coletiva dos corpos dos trabalhadores que precisam ser submetidos aos processos de higienização.

Aliás, faleceria mesmo competência ao referido órgão executivo para imiscuir-se em matéria trabalhista e, caso o fizesse, não

deixaria de estar submetido ao crivo do juízo de constitucionalidade da medida, seja do ponto de vista formal, seja do ponto de vista material (eleição de prioridades dentre bens jurídicos igualmente protegidos na Constituição).

A obediência da empresa às normas do Ministério da Agricultura, em momento algum, a exime da observância das normas impostas pelo Estado, com igual relevância e hierarquia, para a proteção da saúde, da higiene e da dignidade dos trabalhadores, a qual envolve necessariamente a proteção de sua intimidade. Os bens jurídicos defendidos pelas duas normas – saúde pública e intimidade no meio ambiente do trabalho – são diversos e não hierarquizados pelo ordenamento constitucional.

Aliás, é a própria norma do Ministério da Agricultura que dispõe:

Não se pode deixar de atentar para o direito dos trabalhadores à preservação de sua intimidade e privacidade, seja a que pretexto for.

Tendo a empresa a necessidade de manutenção de barreiras sanitárias, deve fazê-las sempre de forma a proporcionar o direito à intimidade e privacidade dos trabalhadores.

Se o cruzamento da incidência das duas normas em um mesmo contexto torna mais custosa ou se dificulta a logística das atividades empresariais, decerto que a solução da controvérsia não se dá mediante derrogação ou descumprimento deliberado da normatização trabalhista, notadamente aquela que protege de imediato o ser humano que trabalha.

Cabe ao empregador, na condição de exercente da liberdade de iniciativa, adotar medidas criativas e eficientes, dentro da

margem de liberdade que lhe é conferida pelo Estado, para o exercício da atividade econômica.

Ressalte-se que certamente não cabe ao Poder Judiciário pensar e/ou sugerir alternativas em relação aos processos de trabalho para que a empresa dê conta do cumprimento das normas a que está jungida. Esse ônus, pertencente à ciência da Administração, cabe àquele que assume os riscos (e frutos) da atividade econômica, restando ao Poder Judiciário apenas aferir a adequação de uma conduta verificada à prescrição normativa vigente, seja em seu prisma constitucional, seja em seu espectro infraconstitucional.

Também vale ressaltar aqui que não se está a tratar de nenhuma novidade em matéria de higiene e saúde pública, tendo em vista que processos de higienização semelhantes são exigidos em instituições hospitalares desde sempre, sem que se tenha cogitado tolerar a submissão de médicos e demais profissionais de saúde à exposição de seus corpos nus.

Portanto, seja a partir de uma ponderação abstrata entre os valores defendidos, seja a partir do confronto das normas regulamentares que definem a conduta empresarial em relação à segurança alimentar e em relação à proteção da dignidade dos seus trabalhadores, não há como equacionar a questão em desfavor da proteção à dignidade dos empregados envolvidos.

Considerações finais

Diante desse quadro, a realização do procedimento de barreira sanitária somente pode ser validada constitucionalmente caso seja implementada pelas empresas atuantes no setor de modo a respeitar os direitos fundamentais de seus empregados, destacadamente o direito

à intimidade.

Os custos decorrentes da adequação de condutas a um ordenamento jurídico que privilegia direitos fundamentais são custos compartilhados por toda a sociedade que pactuou uma Constituição como instrumento adequado de regência do bem-viver.

É bom que se ressalte que tais custos não diferem daqueles que são suportados por toda a sociedade para construção de aparatos institucionais para a proteção da propriedade, para assegurar a livre concorrência ou para fomentar a livre iniciativa. Ademais, ao serem impostas de forma isonômica a todos os agentes atuantes em determinado ramo do mercado, a observância das normas trabalhistas e também a incidência horizontal dos direitos fundamentais aumenta o padrão de pactuação da força de trabalho para todos os empregadores igualmente, não se qualificando como critério de distinção que gere prejuízos concorrenciais no mercado.

Entretanto, mais relevante que reparar os trabalhadores atingidos pela prática por meio do pagamento de indenização, é que as empresas revejam suas práticas e sejam instadas a construir ambientes de trabalho cada vez mais zelosos da dignidade e dos direitos fundamentais dos empregados envolvidos.

Não observado tal dever, evidentemente, além da imposição aos empregadores da obrigação de adequação da conduta, a consequência jurídica apropriada é a determinação do dever de indenizar, como forma de reparar os trabalhadores ofendidos pelos constrangimentos suportados, bem como de desestimular a recalcitrância por parte das empresas que assim procedam.

Vale dizer que o dano moral se qualifica

como o dano ou lesão aos direitos fundamentais, entre os quais se incluem o direito à intimidade. Assim, em casos como tais, vislumbra-se a existência de lesão ao direito à intimidade do empregado submetido à prática, porque exposto a procedimento de higienização devassador da sua intimidade, para o qual concorreu a empresa empregadora ilicitamente (eis que a exposição da intimidade dos trabalhadores não encontra respaldo jurídico no ordenamento) e com culpa, na modalidade negligência.

Como cediço, a caracterização do dano moral se aperfeiçoa com a demonstração da lesão ao bem jurídico (direito à intimidade), não pressupondo a demonstração probatória da dor ou do constrangimento dos lesados, eis que se trata de dano *in re ipsa*.

Referências

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Editora Boitempo, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Ministério da Agricultura. Circular nº 175/2005.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. NR 24.

CONTRERAS, Sergio Gamonal. *Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2011.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

DOURADO, M. de Fátima M. *Fundamentos do Direito à Intimidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editores, 2008.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Direito, intimidade e vida privada*. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 45 e p. 70

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2012.

Publicado originalmente na Revista LTr: legislação do trabalho, São Paulo, v.79, n.8, p. 935/944, ago. 2015

REVISTA ÍNTIMA*

Erotilde Ribeiro dos Santos Minharro

Que o castigo, se assim posso exprimir, fira mais a alma do que o corpo. (Gabriel Bonnot de Mably).

1- Introdução

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 1º descreve nosso país como um Estado Democrático de Direito que tem como fundamentos, além de outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Esta mesma ideia é reprisada no artigo 170 da Carta Constitucional, onde se frisa que a ordem econômica no Brasil funda-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado, dentre outros, o princípio da propriedade privada.

Portanto, à luz da nossa lei maior, empregado e empregador são igualmente valorizados e igualmente protegidos.

Daí a importância do tema ao qual me proponho a desafiar: como conciliar a garantia

constitucional que possui o empregador de gerir sua propriedade privada e de manter sua livre iniciativa, com o direito fundamental do trabalhador a não ver afrontada a sua intimidade e dignidade no ambiente laboral? Será que estamos diante de uma contradição que jamais poderá ser resolvida, ou há apenas uma aparente antinomia na situação descrita?

2- Poder diretivo do empregador versus direito à intimidade do trabalhador

A Consolidação das Leis do Trabalho dá ao empregador (artigo 2º.) o direito de dirigir a prestação pessoal de serviços, o que significa dizer que o empregador tem em suas mãos o chamado poder diretivo, que se subdivide no poder de organizar seu empreendimento, de controlar as atividades desempenhadas por seus colaboradores, de editar regulamentos e de aplicar punições àqueles que infringirem as regras fixadas. Em outras palavras, o diploma consolidado viabiliza ao empreendedor colocar em prática os princípios constitucionais da propriedade privada e da livre iniciativa.

* Artigo escrito em 2016 e atualizado em 02 de março de 2021.



Erotilde Ribeiro dos Santos Minharro

Juíza do Trabalho Titular da 2ª Vara do Trabalho de São Caetano do Sul, professora de Direito Processual e de Compliance Trabalhista e Previdenciário do Trabalho da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, mestre e doutora em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisadora do Núcleo Trabalho Além do Direito do Trabalho (USP).

Para Michel Foucault¹ com o advento das grandes oficinas e fábricas surgiu também um novo tipo de vigilância, graficamente representada sob a forma piramidal (ao contrário da vigilância circular até então preconizada), para que nada escapasse aos olhos do empreendedor:

“(esse novo tipo de vigilância) É diferente do que se realizava nos regimes das manufaturas do exterior pelos inspetores, encarregados de fazer aplicar os regulamentos; trata-se agora de um controle intenso, contínuo; corre ao longo de todo o processo de trabalho; não se efetua — ou não só — sobre a produção (natureza, quantidade de matérias-primas, tipo de instrumentos utilizados, dimensões e qualidades dos produtos), **mas leva em conta a atividade dos homens, seu conhecimento técnico, a maneira de fazê-lo, sua rapidez, seu zelo, seu comportamento.** Mas é também diferente do controle doméstico do mestre, presente ao lado dos operários e dos aprendizes; **pois é realizado por prepostos, fiscais, controladores e contramestres. À medida que o aparelho de produção se torna mais importante e mais complexo, à medida que aumentam o número de operários e a divisão do trabalho, as tarefas de controle se fazem mais necessárias e mais difíceis. Vigiar torna-se então uma função definida, mas deve fazer parte integrante do processo de produção;** deve duplicá-lo em todo o seu comprimento. Um pessoal especializado torna-se indispensável, constantemente presente, e distinto dos operários: na grande manufatura,

1 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir – nascimento da prisão: tradução de Raquel Ramallete*. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 199-200.

tudo é feito ao toque da campanha, os operários são forçados e reprimidos. **Os chefes, acostumados a ter com eles um ar de superioridade e de comando, que realmente é necessário com a multidão, tratam-nos duramente ou com desprezo;** acontece daí que esses operários ou são mais caros ou apenas passam pela manufatura. Mas se os operários preferem o enquadramento de tipo corporativo a esse novo regime de vigilância, os patrões, quanto a eles, reconhecem nisso um elemento indissociável do sistema da produção industrial, da propriedade privada e do lucro. Em nível de fábrica, de grande forja ou de mina, os objetos de despesa são tão multiplicados, que a menor infidelidade sobre cada objeto daria no total uma fraude imensa, que não somente absorveria os lucros, mas levaria a fonte dos capitais...; a mínima imperícia despercebida e por isso repetida cada dia pode se tornar funesta à empresa ao ponto de anulá-la em muito pouco tempo; donde o fato que só agentes, diretamente dependentes do proprietário, e **designados só para esta tarefa poderão zelar para que não haja um tostão de despesa inútil, para que não haja um momento perdido no dia; seu papel será de vigiar os operários, visitar todas as obras, instruir o comitê sobre todos os acontecimentos.** A vigilância torna-se um operador econômico decisivo, na medida em que é ao mesmo tempo uma peça interna no aparelho de produção e uma engrenagem específica do poder disciplinar”. Grifei.

Maurício Godinho Delgado² define poder disciplinar como o conjunto de prerrogativas

2 GODINHO DELGADO, Maurício. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. pp. 690-691.

concentradas no empregador e dirigidas a propiciar a imposição de sanções aos empregados em face do descumprimento por esses de suas obrigações contratuais.

Destarte, é necessário vigiar (fiscalizar), para que se possa punir.

Ainda segundo Maurício Godinho Delgado³ o poder fiscalizatório ou poder de controle pode ser entendido como o *“conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno. Medidas como o controle de portaria, as revistas, o circuito interno de televisão, o controle de horário e frequência, a prestação de contas (em certas funções e profissões) e outras providências correlatas (...)”*.

Fábio Konder Comparato⁴ explica que a palavra controle é polissêmica e pode tanto significar “ato ou poder de dominar”, como o direito de “verificação, fiscalização e vigilância”.

Ora, ao “verificar, fiscalizar, vigiar”, o empregador não estaria a “dominar” todo o meio-ambiente de trabalho, da forma acima descrita por Foucault, sem deixar margem ao direito à intimidade do trabalhador?

A resposta encontra-se no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal vigente que estabelece como 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 eventual violação.

3 GODINHO DELGADO, Maurício. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. pp. 688-689.

4 COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.13-14.

Entendo que não se pode dizer que o meio-ambiente do trabalho estaria à margem desta garantia constitucional, a pretexto de salvaguardar o direito do empregador de proteção à sua propriedade privada. O direito de vigiar, controlar, fiscalizar e punir do empregador encontra sua limitação no direito da personalidade do trabalhador que não pode ter sua intimidade violada.

Neste sentido vale lembrar o artigo 187 do Código Civil vigente, segundo o qual comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, pelo que, se ocorrer mencionada extrapolação, o infrator deve ressarcir o lesado, como forma pedagógica de estimular o autor do ato a não reincidir na conduta lesiva.

3- Revistas íntimas no ambiente laboral: artigo 373-A da CLT e Lei 13.271/2016

A fim de salvaguardar o direito da personalidade na esfera laboral, a Lei [nº 9.799, de 26.5.1999](#), acrescentou à Consolidação das Leis do Trabalho o artigo 373-A, no qual o legislador veda ao empregador (ou seus prepostos) proceder a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Da leitura do dispositivo em exame surgiram algumas interpretações discrepantes entre si: a primeira, no sentido de que somente as mulheres estariam protegidas contra as revistas íntimas diante da literalidade do texto legal; a segunda, alargando o alcance e sentido da norma para atingir também aos trabalhadores do gênero masculino, uma vez que a Constituição da República garante

igualdade de direitos entre homens e mulheres.

Mais recentemente, em 15 de abril de 2016, foi promulgada a Lei 13.271, que em seu artigo 1º. estabelece que *“as empresas privadas, os órgãos e entidades da administração pública, direta e indireta, ficam proibidos de adotar qualquer prática de revista íntima de suas funcionárias e de clientes do gênero feminino”*.

Como se vê, a Lei 13.271/2016 repete a fórmula de se coibir a revista íntima apenas às pessoas do gênero feminino, estendendo agora a proibição também às clientes destas empresas.

O artigo 2º. dessa norma, mostra-se revelador das intenções restritivas do legislador ao fixar que a multa de vinte mil reais a ser paga pelo empregador na hipótese de violação do artigo 1º. da lei em comento seja revertida aos órgãos de proteção dos direitos da mulher.

Entretanto, a meu ver, a melhor interpretação de ambos os artigos (373-A da CLT e artigo 1º. da Lei 13.271/2016) é aquela que se faz conforme a Constituição da República no sentido de dizer que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Destarte, se a mulher está protegida contra a revista íntima, o cidadão do gênero masculino também estará.

Interpretação ampliativa também há de ser feita no que tange àquele que poderá vir a ser apenado por violação à norma, pois o artigo 2º. da Lei 13.271/2016, ao usar a expressão “multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) ao empregador”, aparentemente afasta de possível condenação tomadores de serviços ou concedentes de estágios, por exemplo. Note-se que eu disse “aparentemente”, pois todo aquele que utilizar de seu poder de vigilância, independentemente de ser empregador, tomador de serviços, concedente de estágio

etc deverá arcar pecuniariamente com as consequências de seus atos.

O inciso II, do artigo 2º., da Lei 13.271/2016 também dá margens a críticas e discussões, ante sua redação dúbia. Diz ele:

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

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

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

Da forma como o texto está redigido dá a entender que o direito a indenização por danos morais e materiais e sanções de ordem penal somente ocorrerão na hipótese de reincidência, o que é uma inverdade, pois se houver violação ao direito de personalidade, este dano deverá ser reparado desde logo, bem como os operadores do direito na esfera penal devem agir prontamente, razão pela qual não há falar em aguardar eventual reiteração.

4- Distinção entre revista pessoal e revista íntima

Entende-se por revista pessoal aquela realizada em veículos, bolsas, armários ou objetos dos empregados. Tem-se referida revista como lícita desde que feita na presença do trabalhador e que não seja efetivada de maneira vexatória ou humilhante.

Já a revista íntima tem sido definida como o exame minucioso realizado pelo empregador ou seus prepostos sobre o corpo do empregado,

obrigando-o a despir-se total ou parcialmente, esta é tida por ilícita, nos termos da legislação analisada nos itens antecedentes.

5- Posicionamento jurisprudencial acerca da matéria

Passo a analisar três arestos que ilustram a distinção supra, bem como a ilicitude da revista íntima e a possibilidade da revista pessoal no sistema pátrio. Senão vejamos:

REVISTA ÍNTIMA ABUSIVA. Não há como vislumbrar ofensa à literalidade dos artigos 2º e 3º da CLT porquanto referidos dispositivos legais definem as figuras do empregado e empregador, além de conceituar o grupo econômico. **Não existe nos dispositivos invocados pela reclamada autorização para que o empregador proceda à de suas empregadas, com desrespeito à sua dignidade. O empregador pode adotar medidas de fiscalização que estão inseridas no poder diretivo que lhe é inerente. Referidas medidas não podem extrapolar os limites de tal prerrogativa, chegando inclusive ao contato físico com as empregadas. Tal abuso, se verificado, deve ser punido pecuniariamente, como forma de evitar a reprodução futura de atos desta natureza e para resguardar os bens personalíssimos constitucionalmente assegurados.** Os arestos transcritos são inservíveis para demonstrar o conflito, porquanto a recorrente não indicou a fonte oficial ou o repositório autorizado em que foram publicados, o que desatende a previsão da Súmula 337 do TST. **Não conheço.**

Processo: RR- 631458-34.2000.5.09.5555. **Data de**

Julgamento: 25/05/2005, **Relator Juiz Convocado:** Luiz Ronan Neves Koury, 3ª Turma, **Data de Publicação:** DJ 17/06/2005. (Grifos meus).

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. REVISTA ÍNTIMA. CONTATO FÍSICO. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. VALOR ARBITRADO (R\$ 10.000,00 (DEZ MILREAIS)). O entendimento da relatora é no sentido de que bolsas, sacolas e mochilas dos empregados constituem extensão de sua intimidade, sendo que a sua revista, em si, ainda que apenas visual, é abusiva, pois o expõe, de forma habitual, a uma situação constrangedora, configurando prática passível de reparação civil (arts. 1.º, III, e 5.º, V e X, da Constituição Federal). **Entretanto, o entendimento prevalecente nesta Corte é de que a revista visual de bolsas e demais pertences, de forma impessoal e indiscriminada, não constitui ato ilícito do empregador. Precedentes da SBDI-1.** No caso concreto, o acórdão do Tribunal Regional consignou que além da revista visual em bolsa e sacolas, **houve também contato corporal, o que torna devida a indenização.** Quanto ao valor arbitrado a título de danos morais, o Tribunal Regional fixou a indenização em tela em R\$ 10.000,00, valor que não se mostra desproporcional a título de reparação, mormente se considerarmos a gravidade do dano (revista íntima abusiva), bem como as condições da vítima e do ofensor, o caráter pedagógico da indenização e a sua dupla função: reparatória e penalizante. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 16872005120095090013, Relator: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 07/06/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/06/2017).

Grifei.

DANO MORAL. REVISTA ÍNTIMA ABUSIVA. EMPREGADO OBRIGADO A PERMANECER NU. A jurisprudência desta Corte tem se firmado no sentido de que a revista íntima abusiva caracteriza, por si só, a extrapolação dos limites do poder de direção e de fiscalização da empresa, podendo o empregador se utilizar de outros meios para proteger seu patrimônio. Recurso de revista não conhecido .

(TST - ARR: 1949006020085020021, Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 31/05/2017, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/06/2017).

Dos arestos retrotranscritos tem-se, por esta pequena amostragem, uma ideia da visão do Tribunal Superior do Trabalho acerca da questão, donde se pode inferir que se a revista ocorrer nos pertences do empregado, sem que o trabalhador tenha que de alguma forma despir-se diante de terceiros ou submeter-se a palpações corporais, estará ela dentro dos parâmetros da legalidade e não será considerada revista abusiva, trata-se da revista pessoal.

Ao contrário, se de alguma forma o trabalhador tiver seu corpo exposto ou apalpado, ainda que por pessoa do mesmo gênero, haverá a ilicitude do ato do empregador. Em outras palavras, o empregador pode usar de seu poder diretivo, mas não pode abusar dele.

A jurisprudência francesa segue entendimento semelhante⁵, a revista íntima ao

5 http://www.editions-tissot.fr/droit-travail/rds_question.aspx?QUEID=358, acesso em 30/09/2016.

La fouille en entreprise se traduisant par une fouille corporelle du salarié est admise mais doit respecter de strictes conditions :

trabalhador só é admitida se respeitadas certas condições, tais como: se a atividade empresarial justificar esse tipo de vigilância por razões de segurança à coletividade (como por exemplo, risco de atentados⁶, empresa que trabalhe com produtos perigosos, materiais raros etc); se referida revista for feita dentro de padrões básicos de decência e de preferência sem que nenhuma pessoa toque naquele que está sendo revistado, motivo porque mister se faz da ajuda de equipamentos de detecção apropriados.

Assim, se o empregador quer exercer plenamente seu direito de vigilância deverá equipar-se de acessórios tecnológicos que garantam simultaneamente a fiscalização sobre o trabalhador e sua não exposição pública, tais como alguns equipamentos utilizados em aeroportos.

6- Conclusões

O poder de direção do empregador permite-lhe realizar revistas pessoais ao

.....
-l'activité de l'entreprise doit le justifier pour des raisons de sécurité collective (par exemple pour des produits dangereux, des métaux rares, etc.) ;

-elle doit se faire dans des conditions élémentaires de décence et de préférence à l'aide d'appareils de détection appropriés.

6 <http://www.interieur.gouv.fr/A-votre-service/Mes-demarches/Papiers-Citoyennete/Vie-citoyenne/Fichiers-libertes-protection-de-la-vie-privée/Contrôle-de-sécurité-fouille-corporelle-verification-d-un-sac-du-vehicule>, acesso em 30/09/2016.

Fouille au travail: La fouille des effets personnels d'un salarié peut intervenir pour des raisons de sécurité collective (par exemple, risque d'attentat) ou liées à la recherche d'objets volés. Le salarié doit avoir été averti à l'avance et donné son accord. Il peut exiger la présence d'un témoin (par exemple, un représentant du personnel). Si le salarié refuse, l'employeur peut appeler un OPJ pour fouiller ses affaires personnelles.

trabalhador; porém o direito à intimidade e o direito da personalidade deste, como corolários do direito à dignidade humana tornam ilícitas as revistas íntimas, assim consideradas aquelas que expõem o corpo ou partes do corpo do trabalhador a terceiros ou ao toque de terceiros.

Se a atividade econômica assim o exigir, em razão do tipo de produto fabricado, ou por questão de segurança da população, as empresas devem se adaptar tecnologicamente para verificar se algum material está sendo introduzido no interior de seu estabelecimento ou dele subtraído, tudo feito sem que haja a invasão à privacidade do obreiro, como – por exemplo – com a utilização de detectores de metais ou scanneres corporais.

Orisco da atividade econômica, diz o artigo 2º do diploma consolidado, é do empregador, portanto não se trata aqui de sopesar direitos fundamentais (direito de propriedade versus direito à dignidade da pessoa humana), mas de impor àquele a quem a lei atribuiu o encargo do risco do empreendimento de se desincumbir, sem que haja transferência deste ônus ao trabalhador.

Ambos os gêneros têm seu direito à intimidade constitucionalmente protegidos, razão pela qual a proteção do artigo 373-A da CLT e da Lei 13.271/2016 estende-se também aos homens, já que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações perante a lei.

Acrescente-se que, em 28 de outubro de 2020, o Ministro Edson Fachin, ao julgar o Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 959620, com repercussão geral (Tema 998)⁷,

7 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4956054> Acesso em 02/03/2021.

entendeu ser *“inadmissível a prática vexatória da revista íntima em visitas sociais nos estabelecimentos de segregação compulsória, vedados sob qualquer forma ou modo o desnudamento de visitantes e a abominável inspeção de suas cavidades corporais, e a prova a partir dela obtida é ilícita, não cabendo como escusa a ausência de equipamentos eletrônicos e radioscópicos”*. Ora, se para adentrar ou sair de estabelecimentos prisionais seria vedada a exposição da pessoa a revistas íntimas, com maior razão se deve condenar este tipo de prática no meio ambiente de trabalho.

Quanto às questões formuladas no introito do presente artigo, tem-se que a há uma contradição apenas aparente entre o direito de propriedade e o direito à dignidade da pessoa humana. O empregador pode exercer plenamente seu direito de propriedade, desde que não exponha trabalhadores, consumidores e terceiros a situações de vigilância vexatória. E nesta tarefa a tecnologia é uma excelente aliada, uma vez que equipamentos de raio-X e scanners são capazes de fazer a revista, sem expor os corpos e a intimidade de quem está sendo revistado.

A ausência destes equipamentos não autoriza o empregador a se utilizar da revista íntima. Uma vez realizada este tipo de revista, invasiva e vexatória, sujeitar-se-á o empregador ao pagamento de indenizações por danos morais ao lesado.

Algumas exposições às quais os detentores do poder diretivo impõem a seus subordinados podem não lhes ferir os corpos, mas lhes ferem indelevelmente a alma.

7- Referências bibliográficas

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir – nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete*. Petrópolis: Vozes, 1987.

GODINHO DELGADO, Maurício. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. pp. 690-691.

http://www.editions-tissot.fr/droit-travail/rds_question.aspx?QUEID=358, acesso em 30/09/2016.

<http://www.interieur.gouv.fr/A-votre-service/Mes-demarches/Papiers-Citoyennete/Vie-citoyenne/Fichiers-libertes-protection-de-la-vie-privee/Controle-de-securite-fouille-corporelle-verification-d-un-sac-du-vehicule>, acesso em 30/09/2016.

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4956054> Acesso em 02/03/2021.

Publicado originalmente na Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo, SP, n. 19, p. 54-62, 2017

A VIOLAÇÃO DO DIREITO A INTIMIDADE NO TELETRABALHO

Karin Gomes Margraf

Silvana Souza Netto Mandalozzo

RESUMO

O teletrabalho surgiu na pós-modernidade em face da inovação tecnológica, do acesso irrestrito as redes de informação e, da expansão das empresas além de seus espaços físicos. Nessa modalidade de trabalho, o trabalhador exerce suas atividades em seu domicílio utilizando-se de computadores e outros meios informatizados de telecomunicação, através dos quais se mantém interligado com a empresa. Mesmo a distância, através dos meios de interligação o empregador exerce os seus poderes de controle e fiscalização. Essa nova modalidade de trabalho traz à tona a importância do estudo dos limites do controle e fiscalização do empregador em face aos direitos fundamentais do empregado. O presente estudo tem como objetivo levantar as possíveis violações do direito à privacidade do trabalhador frente

ao modo de exercício do poder de controle e fiscalização do empregador. Na pesquisa utilizou-se do método dedutivo, através de revisão de literatura. Ao final concluiu-se que os meios tecnológicos de monitoramento do empregador podem violar o direito à privacidade do trabalhador quando não há regramento legal e contratual específico que estabeleça os limites da fiscalização e controle pelo empregador.

Palavras-chave: Teletrabalho; Poder fiscalizatório; Direito a privacidade.

O NASCIMENTO DO TELETRABALHO

De acordo com os sociólogos, à partir da segunda metade do século XX houve um rompimento dos padrões rígidos característicos da sociedade moderna, iniciando-se o período da pós modernidade. O surgimento da



Karin Gomes Margraf

Graduação em Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (1991). Especialista em Formulação e Gestão de Políticas Públicas (2006) e em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (2009). Advogada da Universidade Estadual de Ponta Grossa (1994).



Silvana Souza Netto Mandalozzo

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1995) e Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Professora Associada da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Juíza da 3ª Vara do Trabalho da Comarca de Ponta Grossa.

sociedade pós moderna ocorreu em face das inovações tecnológicas, da globalização digital e da flexibilização de idéias. As pessoas passaram a buscar o desenvolvimento de sua individualidade, transformando as suas relações em sociedade.

Diante desta fluidez da pós modernidade, muito se discutiu acerca do termo adequado para nominá-la e a constituição de conceito que abrangesse todo o movimento de mudança da sociedade. Na atualidade os doutrinadores deixaram de discutir estas questões, passando a estudar a dinâmica da evolução rápida da sociedade pós moderna. Um conceito muito interessante, que mostra a diferença da sociedade moderna para a pós moderna é o de Meyrowitz, citado por Nicolay da Costa:

“Todo sistema natural e social é definido por suas membranas – aquilo que separa o que ‘ele é’ daquilo que ‘ele não é’. Do organismo mais simples ao incrivelmente complexo ser humano, de uma gangue a uma corporação, as fronteiras entre o interior e o exterior são características básicas” (p. 45).

“Uma característica central da nossa era global é UMA crescente permeabilidade da maior parte das fronteiras físicas, sociais, políticas, CULTURAIS e econômicas. Isto é, a maior parte das membranas NATURAIS OU PRODUZIDAS pelos homens estão se tornando porosas, às vezes tão porosas a ponto de desaparecer FUNCIONALMENTE” (p. 45).(DA COSTA, 2004, p.84)

Neste conceito fica claro a diferença entre a sociedade moderna e pós moderna, destacando a principal característica da sociedade

pós moderna, a negação dos limites impostos pela sociedade moderna.

Um dos marcos da pós modernidade foi o avanço tecnológico, o qual permitiu que as mais variadas informações fossem disponibilizadas, de forma rápida e segura, para um grande número de pessoas. Essas informações eram disponibilizadas pelas chamadas “redes de informação”, e este fenômeno foi denominado de “globalização digital”, termo incorporado mundialmente.

Com a globalização digital um dos setores da sociedade que se adaptou rapidamente a estas inovações, foi o setor empresarial. Com as novas tecnologias e os novos meios de comunicação as empresas passaram a atuar além de suas fronteiras físicas, conforme elucidação de Paulo Serra:

“As empresas terão acesso aos novos mercados, poderão globalizar as suas atividades e estratégias, poderão desenvolver formas de aliança e cooperação muito mais amplas. Todos os consumidores terão acesso a novos serviços na área da informação, das bases de dados, da cultura e do lazer.” (Serra, 1995/1996, p. 7)

Para alcançar estes novos mercados as empresas investiram em novas tecnologias, o que possibilitou a flexibilização dos seus processos operacionais de gestão e de controle.

Neste mesmo momento histórico, o perfil do trabalhador também sofreu transformação, buscavam a modernização das relações de trabalho.

BOONEM, retrata este momento:

“As insatisfações geradas pelos requisitos organizacionais como os

sistemas de remuneração tradicionais, o exaustivo processo de ida e volta ao trabalho diariamente, conflitos trabalho/família causado pelo aumento de mulheres na força de trabalho e a queda da qualidade de vida dos trabalhadores provocada pela falta de tempo para a família passam a exigir dos administradores mais flexibilidade quanto ao horário e local de se realizar o trabalho, visando atrair empregados qualificados, além de tentar manter aqueles de boa produtividade. Os resultados dessas progressivas tendências fazem surgir o teletrabalho.” (BOONEN, 2003, p.109)

Neste contexto de corrida global, as relações de trabalho foram repensadas e flexibilizadas, surgindo uma nova modalidade de trabalho, o teletrabalho. Nesta modalidade de trabalho o trabalhador presta o serviço fora do ambiente físico da empresa.

TELETRABALHO NO BRASIL

No Brasil, o teletrabalho está definido no artigo 6º e no Capítulo II-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) nos seguintes termos:

“Art. 6º – Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão de trabalho alheio.

Art. 75-A. A prestação de serviços pelo

empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.” (www.planalto.gov.br)

O teletrabalho, em sentido amplo, é aquele executado no domicílio do trabalhador, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego previstos nos artigos 1º e 2º da CLT, quais sejam: prestação de trabalho por pessoa física; prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; de modo não eventual; com onerosidade e sob subordinação ao tomador de serviços. Especificamente, no que se refere aos poderes de fiscalização e controle do empregador é que poderá ser violado o direito a intimidade do trabalhador, pois o empregador passa a controlá-lo dentro de sua própria casa.

DO DIREITO A INTIMIDADE

Na esfera do direito a intimidade, cabe pontuar que são usados como sinônimos os termos direito à privacidade e direito a vida privada. Na busca do termo correto os doutrinadores tentaram diferenciar o uso destes termos. No entanto, não foi possível esta diferenciação porque o uso de cada um dos termos tem relação direta com os valores morais e sociais vigentes em determinada época e lugar.

Assim levando-se em conta tais situações Sampaio trata da dificuldade da formulação de conceitos determinantes:

(...)a dificuldade de conceituar direito à intimidade e à vida privada, em conta dos fatores culturais e sociais interferentes na metódica que se pretenda apta a fornecer um conceito universal, como ainda o caleidoscópio ou, por outras, o amálgama em que se traduzem, no seio de uma sociedade industrial e informatizada, as múltiplas acepções de intimidade. Sem embargo, não podemos sucumbir à gravidade de um conceito assaz volátil e dinâmico, sob o falso argumento de sua mesma imprecisão e madureza, conseqüentemente, de seu enquadramento sistemático no conjunto dos direitos fundamentais, mas antes procurara definir premissas metodológicas, a partir das quais se seguirão regras hermenêuticas de clarificação de sua dimensão conceitual e seu conteúdo normativo.” (GAMIZ, 2012, p.45)

Com base na complexidade trazida pelos estudiosos para definir direito a intimidade e a vida privada, os aplicadores do direito, utilizam-se estes termos de acordo com a fundamentação fática trazida para análise, metodologia que será adotada neste trabalho.

Em continuidade aos estudos pode ser conceituado o direito a intimidade como:

“O direito a intimidade consiste no poder jurídico de subtrair do conhecimento alheio e de impedir qualquer forma de divulgação de aspectos pessoais e familiares que de acordo com os valores sociais vigentes interessam manter sob reserva.” (DA

SILVA, 2003, p. 223)

Dada a importância de tal direito para a sociedade pós moderna, no Brasil o direito à intimidade foi reconhecido pelo Estado como direito fundamental na Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos:

“Artigo 5º- 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, nos termos seguintes:
(...)

X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o **direito** a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”(www.planalto.gov.br)

HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO AO DIREITO A INTIMIDADE NO TELETRABALHO

Compreendidos as definições legais do teletrabalho e do direito a intimidade, o presente estudo tem o foco na violação da intimidade do trabalhador diante das ações de fiscalização e controle das atividades a distância, pelo empregador.

O controle de jornada do trabalhador é um direito do empregador que se estende no teletrabalho. Este controle é realizado através de modernos instrumentos tecnológicos como “celular, WhatsApp, login/logout, GPS, dentre outros”.

E, se através de instrumentos tecnológicos, esta conexão for exigida de modo

contínuo, o trabalhador poderá desenvolver emoções negativas como angústia, apreensão e ansiedade, inclusive nos momentos reservados para descanso. Assim há indícios de violação do seu direito a intimidade do trabalhador em face da impossibilidade de gozar na sua plenitude dos momentos de descanso permitidos em lei, desconectando-se física e mentalmente.

Outras ferramentas utilizadas no teletrabalho é a *internet*. Partindo-se da premissa que a *internet* tem como essência a propagação de informações, textos, imagens e sons e, que se encontra interligada a outras redes mundiais de computadores, o seu uso pelo trabalhador permite que sua vida privada seja exposta a terceiros, violando o seu direito a intimidade.

Outra hipótese que pode dar ensejo a violação do direito a intimidade do trabalhador é a da utilização da *internet* como ferramenta para a troca de instruções, comandos, arquivos e mensagens com a finalidade de controle e fiscalização dos trabalhadores. O direito do empregador a fiscalização não é ilimitado, e nem tudo que compõe o conteúdo fiscalizado é de livre utilização pelo empregador. Assim o acesso a todo este conteúdo disponível poderá violar o direito a intimidade do trabalhador se esta fiscalização for além do controle dos resultados da atividade do trabalhador.

De outra banda, a violação do direito a privacidade do trabalhador também poderá se caracterizar com a quebra do sigilo de suas “correspondências eletrônicas” ou a “interceptação telefônica”, as quais não são permitidas pela lei.

Neste sentido se manifesta Micheli Keiko Mori:

(...)”ainviolabilidade dos dados é garantia constitucional e sua inreceptação não é lícita, uma vez que a lei não poderia ter contemplado as comunicações de telemática e de informática. Desta forma reconhecendo o direito ao sigilo de dados via computador se está protegendo a intimidade das pessoas.” (MORI, 2010, p. 81)

Em termos gerais estas são, na teoria, algumas hipóteses de violação do direito a intimidade do trabalhador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O teletrabalho é um modelo de trabalho à distância que vem ganhando espaço em face das constantes inovações tecnológicas, da flexibilização das relações de trabalho, do novo perfil do trabalhador pós moderno.

Com a edição da Lei Federal nº 12.551/2011, onde a relação do teletrabalho se equiparou a presencial, especialmente no que se refere ao poder de controle e fiscalização do empregador. Com esta fiscalização o trabalhador torna-se vulnerável.

Assim a proteção do trabalhador no seu direito a intimidade poderá ser alcançada na medida em que ao poder fiscalizatório empregador sejam impostos limites.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOONEN, Eduardo Magno. *As várias faces do teletrabalho*. Revista E & G Economia e Gestão, Belo Horizonte, v. 2 e 3, n. 4 e 5, p. 106-127, dez. 2002/jul. 2003. Disponível em: em: 15 de fev. de 2021.

Consolidação das Lei do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.html>. Acesso em: 13 de fev. de 2021.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

DA COSTA, Ana Maria Nicolaci. *A passagem interna da modernidade para a pós-modernidade*. Brasília, v. 24, n. 1, p. 82-93, mar. 2004. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-9898932004000100010&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 17 de fev. de 2021.

DA SILVA, Edson Ferreira. Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002. São Paulo . J. Oliveira, 2003, 22 edição

GAMIZ, Mario Sergio de Freitas. *Privacidade e intimidade Doutrina e Jurisprudência*. Curitiba, Juruá Editora, 2012, p.45.

MORI, Michele Keiko. *Direito à Intimidade Versus informática*. Curitiba, Juruá Editora 2010.

SERRA, Paulo. *O teletrabalho – conceito e implicações*. Curitiba, 2003. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10400.6/518iso>>. Acesso em: 15 de fev. de 2021.

A REVISTA VISUAL EM BOLSAS E SACOLAS E O DIREITO À INTIMIDADE DO EMPREGADO – UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRT9

Alessandra Souza Garcia

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como tema principal o instituto da revista visual em bolsas e sacolas e o direito à intimidade do empregado. Buscar-se-á examinar a jurisprudência sobre o tema no Tribunal Regional do Trabalho do Paraná - TRT9.

Inicialmente, serão analisadas as questões teóricas sobre os direitos fundamentais do trabalhador e o direito à intimidade. Também será examinado o instituto do dano moral nas relações contratuais de trabalho.

Serão apresentadas as divergências jurisprudenciais existentes no âmbito do e. TRT9, antes da edição da Súmula n. 66, que trata do tema. Em seguida, proceder-se-á ao exame do caso em concreto que originou a uniformização de entendimento e, por fim, perscrutar-se-á o atual entendimento dos órgãos julgadores de primeira e segunda instância no Paraná, sobre a revista visual em bolsas, sacolas e pertences.

O DIREITO À INTIMIDADE E AS REVISTAS DE BOLSAS E PERTENCES

A intimidade foi erigida a valor constitucionalmente assegurado por meio do art. 5º, X, protegendo-se sua inviolabilidade. Dentre os inúmeros conceitos de intimidade, destaca-se in OLIVEIRA JUNIOR, 2018: “A intimidade, na concepção jurídica, trata-se de um campo discreto frequentado unicamente pelo interessado. É o espaço em que vai encontrar consigo mesmo, sem qualquer acesso à curiosidade privada.”

Registra-se que os direitos fundamentais possuem dupla perspectiva (direitos subjetivos individuais ou elementos objetivos fundamentais da ordem jurídica), servindo nesse segundo sentido, como diretrizes de atuação aos poderes constituídos (SARLET, 2008). Portanto, não são apenas limites negativos à atuação do Estado, constituindo-se em dever de proteção positiva do Estado,



Alessandra Souza Garcia

Analista Judiciário – Assessora de Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Especialização pela Universidade Anhanguera-UNIDERP e graduação em Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa.

em face de sua fundamentabilidade e constitucionalização. No plano horizontal, entre indivíduos e nas relações contratuais (inserido na categoria o contrato de trabalho), constituem limite de atuação às partes. Sobre o tema, destaca-se:

“No âmbito das relações trabalhistas a simbiose entre direitos fundamentais e princípio da dignidade ganha destaque e relevância. O respeito aos atributos do trabalhador, atendida sua condição de pessoa humana, é elemento fundamental para que não seja visto apenas como mera peça da engrenagem e passe a ser reconhecido como homem, valorizando-se sua integridade física, psíquica e moral.” (LORA, 2013)

Contudo, é certo que nenhum direito fundamental é absoluto, havendo necessária ponderação, no caso em concreto. Com a celebração do contrato de trabalho, surge para o empregador os poderes diretivos de organização, fiscalização e disciplina do trabalho (art. 2º, CLT), em oposição à sujeição do empregado, que se submete a dependência hierárquica perante o empregador, propiciando, segundo, LORA (2013, p. 7), o fomento para a exacerbação das faculdades próprias dos poderes de direção e disciplinar enfeixados nas mãos do empregador, que afeta, dentre outros, os direitos da personalidade do trabalhador.

Nesse contexto, a revista visual de bolsas, sacolas e pertences do empregado põe em contraposição o direito à intimidade e o imperativo econômico e a proteção patrimonial da empresa.

O DANO MORAL NA RELAÇÃO CONTRATUAL DE TRABALHO

A previsão da indenização por danos morais, quando violada a intimidade da pessoa, está albergada no texto constitucional (art. 5º, X, CF/88), caracterizando-se ilícito passível de reparação por meio de indenização civil (art. 186 e 927 do CC).

O contrato de trabalho, como modalidade contratual comutativa dinâmica, implica em obrigações principais e deveres conexos e acessórios, dentre eles, o de respeito aos direitos da personalidade dos contratantes, podendo, inclusive, caracterizar razão suficiente para a ruptura contratual por justa causa (art. 482, alínea “j” e art. 483, alínea “e”, CLT).

No que se refere as espécies de revistas no ambiente de trabalho, DALLEGRAVE NETTO (2008, P. 16) distingue as seguintes espécies: a) revistas íntimas sobre a pessoa do empregado; b) revistas íntimas sobre os bens do empregado; c) revistas não-íntimas.

No que tange à intimidade do trabalhador e sua proteção no ambiente de trabalho, dispõe a CLT sobre a proibição de revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias, seja realizada pelo empregador ou por prepostos (art. 373-A, VI, CLT). Parte considerável da doutrina, entende que em face da íntima relação com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CLT), a melhor exegese é sua extensão aos trabalhadores homens.

As razões para vistoriar-se pertences do trabalhador, ainda que visualmente, devem ser fortes o suficiente para justificar a intervenção na esfera de um direito fundamental (ALEXY, 1985, p. 78), além de ocorrerem de forma não discriminatória e sem exposição do trabalhador.

Para fins de delimitação do objeto de estudo desse artigo, restringe-se a persecução de conclusão se a revista meramente visual em bolsas, sacolas e pertences do empregado configura a hipótese de revista íntima sobre bens, que fere o direito à intimidade ou configura-se como revista não íntima, decorrência lógica do poder diretivo do empregador, à luz da jurisprudência do e. TRT9.

DAS DIVERGENTES SOLUÇÕES AOS CASOS SUB JUDICE

A controversa questão da violação da intimidade por meio da revista visual em bolsas, sacolas e pertences era objeto de divergentes interpretações pelos juízos de primeira instância e pelo Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região em sua composição turmária, bem como nos demais tribunais trabalhistas.

Em 2017, por ocasião da análise de Recurso de Revista interposto pela empresa reclamada nos autos RO 0001843-76.2013.5.09.322, originários do TRT9, o Exmo. Ministro do e. TST Relator EMMANOEL PEREIRA suscitou, de ofício, o incidente de uniformização de jurisprudência quanto ao tema *“RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR/EMPREGADO / INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL / REVISTAS ÍNTIMAS / PERTENCES”* a fim de uniformizar a matéria no âmbito regional.

Devolvido os autos ao e. TRT9, a então Exma. Des. Vice-Presidente MARLENE T. F. SUGUIMATSU, asseverou a existência, no âmbito deste E. Regional, de decisões conflitantes no que tange à possibilidade de caracterização de dano moral pela mera revista visual de pertences dos empregados e suscitou o Incidente de Uniformização de Jurisprudência

n. **0000115-54.2017.5.09.0000.**

Na análise do referido incidente de uniformização de jurisprudência, observou o Exmo. Des. Relator SÉRGIO GUIMARÃES SAMPAIO e a Comissão de Uniformização de Jurisprudência, a existência de duas correntes interpretativas, conforme acórdão dos autos **0000115-54.2017.5.09.0000:**

A primeira corrente pode ser identificada em decisões da 3ª e 5ª Turmas que sustentam que a revista visual viola a intimidade do empregado, por ser procedimento invasivo, configurando dano moral a ser indenizado. [...]

A segunda corrente foi identificada em decisões da 1ª, 2ª, 4ª, 6ª e 7ª Turmas, que entendem que a realização de revistas visuais, por si só, não caracterizam dano moral.

A título ilustrativo e visando compreender os argumentos das duas correntes interpretativas, citam-se as decisões conflitantes expostas nos autos do IUJ n. **0000115-54.2017.5.09.0000:**

A revista visual como procedimento que viola a intimidade:

3ª turma: RO-0000388-41.2014.5.09.067, DEJT 03/06/2016 - Danos morais - revistas periódicas [...]

A matéria é de conhecimento dessa E. Turma, a qual entende que ainda que a revista procedida em bolsas, mochilas e sacolas seja meramente visual, sem contato físico, há violação da intimidade do empregado, que vê exposto seus objetos de uso pessoal. (grifos acrescidos).

As revistas nos pertences pessoais,

de fato, trazem implícita desconfiança do réu em relação ao trabalhador, causando-lhe humilhação e constrangimento, em ofensa aos princípios da dignidade e da presunção de inocência.

Além disso, ultrapassam os limites do poder diretivo do empregador, na medida em que não observam o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Cabe ao empregador, a quem compete os riscos da atividade econômica, adotar procedimentos não invasivos e mais adequadas à proteção do seu patrimônio, pois do contrário, estará invadindo a esfera privada de seus empregados e terá que indenizar o dano moral causado, à luz do disposto nos artigos 5º, inciso X, da Constituição Federal e 186 e 927, ambos, do Código Civil. [...]

5ª Turma, RO- 11212-2015-013-09-00-4, DEJT 24/04/2017 - DANO MORAL. REVISTAS [...] Os recentes precedentes desta C. 5ª Turma apontam que a revista nos pertences dos empregados configura forma de fiscalização que atenta contra a dignidade do trabalhador, pois parte-se do pressuposto que todos os empregados são, em princípio, suspeitos de se apropriarem indevidamente de objetos pertencentes ao empregador, impondo-lhes a situação vexatória de não serem considerados dignos de confiança.

A revista por meio de verificação de bolsas ou mochilas dos empregados configura invasão de privacidade quanto aos pertences dos trabalhadores, que precisam sempre estar atentos ao que carregam como objetos pessoais, a fim de evitar constrangimentos por ocasião das fiscalizações efetuadas pelos superiores. Se o empregador considera necessária a fiscalização de

seu empreendimento, deve buscar implantá-la de maneira preventiva e ostensiva, por meio de sistemas de segurança que não ofendam a dignidade de seus empregados (RO-28973-201-008-09-00-8, Relator Ney Fernando Olivé Malhadas, publicado em 31/03/2015 e RO-03546-2014-009-09-00-4, Relator Archimedes Castro Campos Junior, publicado em 17/04/2015).

A ética deve sempre prevalecer na relação de emprego, uma vez que ao empregador não é dado interferir na vida privada do empregado e expô-lo de maneira vexatória, sendo que a Constituição Federal assegura a inviolabilidade da honra e da imagem, bem como a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação (art. 5º, X). A proteção ao patrimônio pelo Réu deveria ser realizada por outro meio menos ofensivo à dignidade de seus colaboradores. [...]

A revista visual como procedimento que NÃO viola a intimidade do trabalhador:

1ª turma, RO-24796-2014-002-09-00-3 , DEJT 08/11/2016 - Nesta senda, posiciono-me no sentido de que o ato patronal em determinar a vistoria/revistas, exceto as íntimas (CLT, art. 373-A), em seus empregados, não encontra óbice no ordenamento jurídico pátrio. Ao contrário, justifica-se até mesmo pela necessidade de preservar o seu patrimônio e, muitas vezes, também o dos próprios empregados, que se sujeitam aos ilícitos, comum e empiricamente conhecidos. De se avaliar, assim, apenas o modo ou a forma pela qual o ato (vistoria/revista) era efetivado, evitando-se condutas discriminatórias e preservando-se a dignidade do empregado.[...]

Não há demonstração de que as revistas encerravam procedimentos que expunham a imagem ou a intimidade da reclamante a situações vexatórias.(grifo nosso)

Dessa forma, considerando inexistir atitude da reclamada que tenha violado a honra, a dignidade ou a intimidade da reclamante, não se há cogitar de condenação em indenização por danos morais.

2ª turma, RO-38603-2015-029-09-00-1, DEJT 25/04/2017 - DANOS MORAIS – REVISTAS [...] O entendimento que prevalecia nesta 2ª Turma era no sentido de que esse tipo de revista, tal como ocorria no caso dos autos, resultava em ofensa moral do empregado. Contudo, na sessão realizada em 29 de junho de 2016, o tema foi debatido e esta Turma decidiu afastar o dever de indenizar quando a revista é realizada em pertences do empregado, de forma impessoal, sem contato físico e em todos os trabalhadores, situação descrita no caso em apreço, não se equiparando, desta forma, à revista íntima a que faz restrição o art. 373-A, VI da CLT. [...]

4ª Turma, RO-0000295-81.2015.5.09.0892 - Revistas danos morais – indenização [...] Esta C. 4ª Turma preconiza que a realização de revistas, por si só, não configura ato ilícito, causador de danos morais, sendo que, para que se configure a ofensa à honra ou à imagem, há que se perquirir eventuais abusos no exercício das revistas pelo empregador. [...]

A realização de revistas, por si só, não implica reconhecimento imediato de dano moral, sendo que a forma como é procedida a revista, sim, é que pode vir a ser fonte de dano moral, se constatados os requisitos exigíveis para a configuração de tal espécie de prejuízo, estes inexistentes no caso

presente.

6ª turma, RO-22626-2014-003-09-00-0, DEJT 18/04/2017 [...]

É entendimento assente nesta 6ª Turma que a realização de revistas, por si só, não configura ato ilícito apto a originar danos morais, sendo que, para que se configure a ofensa à honra ou à imagem, há que se perquirir de eventuais abusos no exercício das revistas.

No caso, embora incontroversa a submissão a revistas, tal prática, da forma como se deu no presente caso (em bolsas, sem contato corporal), não se traduz em ofensa passível de indenização reparatória. (Grifos acrescidos)

As revistas efetuadas traduzem-se em simples exercício regular de direito por parte do empregador, vez que eram realizadas sem qualquer abuso ou constrangimento aos empregados, não havendo qualquer prova de que fosse realizada de forma discriminatória. Ausentes, dessa forma, os elementos ensejadores da reparação por danos morais.

Com efeito, impossível negar o direito de defesa de seu patrimônio ao empregador. Na verdade, esse direito torna plenamente justificável e compreensível a adoção de medidas de natureza preventiva, desde que, obviamente, exercidas nos limites da legalidade, não havendo provas de que as revistas fossem feitas de forma abusiva, no caso, ônus a cargo do autor. Trata-se, repito, de exercício regular de direito do empregador, que, de forma legal e eficaz, impede que reiteradas e indevidas apropriações se tornem causa de indiscutível inviabilização da atividade empresarial.

Registre-se, ainda, que a revista, materializada atendendo aos limites da razoabilidade, como era o caso (em

pertences e sem contato corporal), antes de se constituir em afronta à dignidade pessoal da autora, ou em abalo da natural confiança inerente às relações de emprego, pode ser até mesmo considerada garantia ao empregado de ilibada conduta, já que não o submete a “diligências de surpresa” e descréditas, essas sim, prováveis geradoras de falsas acusações e perseguições pessoais. Assim sendo, procedida sem se revelar excessiva, tampouco abusiva, a conduta da ré não se reveste de caráter atentatório à dignidade do empregado que pudesse gerar direito à reparação de ordem moral. [...]

7ª turma, RO- 23665-2014-012-09-00-6, DEJT 21/02/2017 - DANO MORAL – REVISTAS [...] Não obstante se admita que possa causar constrangimento a prática de revista, não há qualquer indicativo de que o empregador, nestas ocasiões, tenha extrapolado os limites de seu poder diretivo, lesando a honra ou a moral da Reclamante. [...]

Desse modo, não foi configurada a hipótese de dano moral, já que a revista não era física e sua exigência era aplicada indiscriminadamente a todos os empregados do estabelecimento reclamado.

Logo, não existe prova de prática de ato lesivo a direito da personalidade da Reclamante. Os elementos trazidos à colação permitem concluir pela ausência de repercussões negativas na vida profissional ou no âmbito privado, não caracterizando dano moral de qualquer natureza.

O poder diretivo não foi utilizado de forma abusiva pelo empregador, pelo que ausente afronta aos princípios fundamentais da pessoa humana, previstos na Carta Magna, tais como à honra, à imagem e à dignidade (arts. 1º, III, e 5º, X, da CF). Não existindo

prejuízo de ordem moral, indevido o pagamento de indenização.

Além das diferentes análises de casos pelas Turmas do e. TRT9, considerou-se, ainda, o entendimento do TST, congruente com a segunda linha argumentativa acima exposta e entendimentos sumulados de outros Tribunais Regionais sobre o tema para classificar a matéria como controversa e justificar a necessidade da uniformização de entendimento.¹

Considerando a legislação vigente no momento da análise do feito, anterior ao advento da Lei n. 13.467/2017, a uniformização de entendimento foi proposta com base no art. 896, §3º, da CLT.² A fim de garantir-se a obrigatória uniformização, o procedimento poderia ser iniciado de ofício pelo e. TST ou por

1 TRT1 TESE JURÍDICA PREVALECENTE – 03 - DANO MORAL. REVISTA VISUAL EM BOLSAS E SACOLAS. NÃO CONFIGURAÇÃO. A revista do conteúdo de bolsas, mochilas e sacolas dos empregados, de modo impessoal e reservado, não caracteriza, por si, ofensa à honra ou à intimidade do empregado, capaz de gerar dano moral passível de indenização.

TRT5 SÚMULA Nº 22 - REVISTA PESSOAL. PERTENCES DO EMPREGADO. I - É ilícito ao empregador realizar revista pessoal em pertences do empregado. II - A prática da revista em pertences do empregado, sejam bolsas, sacolas, carteiras, mochilas ou qualquer outro acessório que ele porte, configura violação ao direito fundamental de proteção à intimidade e à dignidade humana (Art. 1º, III, e incisos II e X do art. 5º da CF/88), acarretando dano de natureza moral.

TRT 13 - SÚMULA N.º 39 REVISTA VISUAL DE PERTENCES. AUSÊNCIA DE CONTATO CORPORAL. DANO MORAL INEXISTENTE. A revista em bolsas e pertences dos empregados, feita de modo impessoal e indiscriminado, e sem contato físico, não enseja reparação por dano moral, porquanto não caracterizado ato ilícito.

2 “Os Tribunais Regionais do Trabalho procederão, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência e aplicarão, nas causas da competência da Justiça do Trabalho, no que couber, o incidente de uniformização de jurisprudência previsto nos termos do Capítulo I do Título IX do Livro I da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).” – texto atualmente revogado.

provocação das partes ou do Ministério Público do Trabalho, nos termos da redação do art. 896, §4º, da CLT, atualmente revogado pela Lei. n. 13.467/2017, com sobrestamento do feito (IN n. 37/2015 do TST).

DO CASO EM CONCRETO QUE ENSEJOU A SÚMULA N. 66 DO TRT/9

Tratou-se de reclamatória trabalhista distribuída para a XX Vara de Paranaguá sob n. 0001843-76.2013.5.09.322, na qual, o autor relatou, em petição inicial, que todos os dias ao sair da empresa sofria revista em sua mochila, sacola ou bolsa que estivesse portando, prática que reputou ser discriminatória e abusiva. A empresa confirmou realizar inspeção visual com todos que saíam da empresa, sem contato físico do porteiro da empresa com os bens ou com os empregados.

Na sentença, a empresa reclamada foi condenada ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) à título de indenização por danos morais, em decorrência da violação da intimidade do trabalhador. Interposto recurso ordinário, os autos foram distribuídos para a 5ª Turma do e. TRT9, que manteve a condenação e reduziu o valor da indenização por danos morais em decorrência da revista ser realizada de modo visual para o montante de R\$5.000,00 (cinco mil reais).

O recurso de revista foi suspenso até quando o procedimento de uniformização de jurisprudência fosse julgado pelo TRT9. Durante esse interstício, as partes conciliaram, encerrando a demanda, o que não impediu, contudo, o prosseguimento do incidente de

jurisprudência, em face de seu caráter amplo e abstrato, que visa, não apenas resolver o caso que lhe originou, mas especialmente, solver divergência atual de posicionamento, sobre tema de relevância pública. O prosseguimento do feito foi fundamentado, analogicamente, no art. 98, §12 do Regimento Interno do e. TRT9, que prevê que a desistência da parte que suscitou o incidente não impede seu julgamento, afastando apenas sua aplicação no caso em concreto.

Desse modo, levou-se ao Pleno do e. TRT9 duas propostas de redação de súmula para votação:

OPÇÃO A – DANO MORAL. REVISTA VISUAL EM BOLSAS E SACOLAS. NÃO CONFIGURAÇÃO. A revista visual do conteúdo de bolsas, mochilas e sacolas dos empregados, de modo impessoal e reservado, não caracteriza, por si, ofensa à honra ou à intimidade do empregado, capaz de gerar dano moral passível de indenização.

OPÇÃO B – DANO MORAL. REVISTA VISUAL EM BOLSAS E SACOLAS. CONFIGURAÇÃO. A revista, para fins de proteção de patrimônio do empregador ou de terceiros, em bolsas, mochilas e sacolas ainda que meramente visual, sem contato físico, viola a intimidade do empregado, acarretando dano de natureza moral.

Em sessão de julgamento realizada no dia 25/09/2017, por maioria devotos, **prevaleceu a opção A de Súmula**, que recebeu a numeração N. 66, afastando-se a violação à intimidade do trabalhador e o consequente direito à indenização por danos morais, na hipótese de revista visual de bolsas e pertences.

DO IMPACTO DA UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA REGIONAL NOS CASOS VINDOUROS

Realizada breve pesquisa jurisprudencial nos acórdãos do e. TRT9 observa-se que após o julgamento do referido incidente, houve a uniformização da jurisprudência nos moldes Súmula n. 66 do TRT9, registrando-se, contudo, o entendimento pessoal diverso do relator, conforme o caso³.

Em julgamentos de primeira instância, encontram-se muitos dos quais fazem expressa menção à Súmula n. 66 do TRT9 como fundamento da decisão⁴. Por outro lado, considerando-se a prerrogativa constitucional do livre convencimento motivado do magistrado (art. 93, IX, CF) e o caráter não vinculante da súmula em questão, há decisões que afastam sua aplicação, com fundamento no princípio da boa-fé (art. 422, CC), e especialmente, no direito à intimidade (art. 5º, X, CF/88)⁵.

Ademais, verifica-se decisões que convergem no entendimento sumulado, mas nos limites e especificidades da lide em questão, afastam o entendimento, pelo procedimento, em tais casos, incluir verificação discriminatória, íntima ou tátil, que caracteriza ofensa à intimidade do trabalhador.

3 i.e., autos n. 0001077-30.2018.5.09.0651, julgados pela 3ª Turma, de relatoria da Exma. Des. Thereza Cristina Gosdal, publicado no DeJT em 8/2/2021.

4 i.e., autos 0000850-86.2019.5.09.0010, originários da 10ª Vara do Trabalho de Curitiba, com sentença publicada em 18/12/2020 e autos 0000120-11.2020.5.09.0020, originários da 1ª VT de Maringá, decisão publicada em 8/12/2020.

5 i.e., autos 0000374-59.2020.5.09.0965, originários da 3ª Vara do Trabalho de São José dos Pinhais, sentença publicada em 18/11/2020.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal determina que seja garantido o direito fundamental à intimidade (art 5º, X, CF/88). Exige-se, dos partícipes da relação contratual de trabalho a observância da boa-fé objetiva, deveres conexos e acessórios, podendo seu desrespeito caracterizar razão suficiente para a ruptura contratual por justa causa (art. 482, alínea “j” e art. 483, alínea “e”, CLT).

Analisando-se a revista meramente visual em bolsas, sacolas e pertences do empregado, que configura a hipótese de revista íntima sobre bens, observou-se a existência de divergentes decisões judiciais na Corte Regional Trabalhista do Paraná, situação que ensejou a abertura de um procedimento de uniformização de jurisprudência, dando origem à Súmula n. 66 do TRT9 – *“DANO MORAL. REVISTA VISUAL EM BOLSAS E SACOLAS. CONFIGURAÇÃO. A revista, para fins de proteção de patrimônio do empregador ou de terceiros, em bolsas, mochilas e sacolas ainda que meramente visual, sem contato físico, viola a intimidade do empregado, acarretando dano de natureza moral”*

Após a publicação do entendimento sumulado, verifica-se a observância de sua aplicação nos acórdãos das Turmas do TRT9, com ressalvas de entendimento pessoal, e utilização considerável da súmula nas sentenças de primeira instância, para fundamentar a decisão. Resguardadas os entendimentos divergentes fundados no livre convencimento fundamentado do magistrado (art. 93, IX, CF/88) e as particularidades dos casos em concretos, que afastam a incidência da Súmula, como tratamento discriminatório ou revista vexatória.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado democrático**. Baden: baden, 1985, p. 78

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **O procedimento patronal de revista íntima: possibilidade e restrições**. Curitiba: Revista eletrônica do TRT9. Nov, 2011, p. 7-25.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. V.4. t.1. São Paulo: Saraiva, 2005.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. **O Dano Existencial no Direito do Trabalho**. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, v. 24, p. 9-21, 2013.

OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino de. **O Direito à intimidade**. Publicação eletrônica no site Migalhas, consulta em 15/2/2021, [<https://migalhas.uol.com.br/depeso/279271/o-direito-a-intimidade>].

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Fábio Siebeneichler de Andrade

Eugênio Facchini Neto

RESUMO: O presente estudo apresenta a evolução e metamorfose dos direitos da personalidade e sua aplicação às relações trabalhistas. Após breves referências à sua origem e evolução histórica, mostra a sua trajetória fulgurante ao longo do século XX, período em que se percebe sua migração de categoria civilista para o núcleo duro do direito constitucional. Revestido do caráter de direito fundamental, passa a desempenhar papel primordial na proteção da pessoa humana. A partir da previsão de alguns específicos direitos da personalidade, a categoria se expande através da concepção de um direito geral da personalidade. Quer sob a forma de específicos direitos da personalidade, quer sob a mais fluída concepção de direito geral da personalidade, a temática encontrou larga aplicação nas relações de trabalho, onde a vulnerabilidade do trabalhador justifica uma maior proteção

de tais direitos. O artigo foca especialmente os conflitos relacionados a ofensas à honra, à imagem, à privacidade e à liberdade em suas múltiplas dimensões, mostrando que diante da deficiente regulação da legislação trabalhista, é necessário invocar subsidiariamente as normas pertinentes do Código Civil, da dogmática civilista, atentando, ainda, às lições do direito comparado, onde semelhantes questões são rotineiramente tratadas. Utilizou-se o método dialético, lançando-se mão de pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, bem como de pesquisa jurisprudencial, em estudo teórico e aplicado, com abordagem qualitativa.

ABSTRACT: The study presents the evolution and metamorphosis of personality rights and their application to labor relations. After brief references to its origin and historical evolution, it shows its flashy trajectory throughout the



Fábio Siebeneichler de Andrade

Professor Titular de Direito Civil e docente do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-RS; Doutor em Direito pela Universidade de Regensburg – Alemanha; Advogado.



Eugênio Facchini Neto

Doutor em Direito Comparado (Florença/Itália); Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo; Professor Titular dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Professor e ex-diretor da Escola Superior da Magistratura/Ajuris; Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

twentieth century, when it is perceived its migration from the civilian category to the hard core of constitutional law. Coated with the character of fundamental law, it plays a primordial role in the protection of the human person. Departing from some specific personality rights, the category expands through the conception of a general right of personality. Whether in the form of specific personality rights or under the most fluid conception of the general right of personality, the subject has found wide application in labor relations, where the worker's vulnerability justifies a greater protection of such rights. The article focuses especially on conflicts related to offenses of honor, image, privacy and freedom in its multiple dimensions, showing that in the face of deficient regulation of labor legislation, it is necessary to invoke subsidiarily the relevant norms of the Civil Code, in addition to the lessons of comparative law, where similar questions are routinely addressed. The dialectic method is used, with national and foreign bibliographical research, as well as jurisprudential research, in a theoretical and applied study, with a qualitative approach.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da Personalidade. Honra. Imagem. Privacidade. Direito à liberdade. Relações de trabalho.

KEY WORDS: Personality Rights. Honor. Image. Privacy. Right to freedom. Labor relationships.

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO; II. EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: DE INSTRUMENTO PONTUAL DE TUTELA PARA MEIO DE PROTEÇÃO GERAL DOS INTERESSES DA ESFERA PESSOAL; A) A Construção de uma

Teoria dos Direitos da Personalidade; B) A Afirmação de um Direito Geral de Personalidade; III. DIREITOS DA PERSONALIDADE E RELAÇÕES DO TRABALHO; A) O Direito à Honra; B) Direito à Imagem; C) Direito à Privacidade; D. Direito à liberdade; IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

SUMMARY: I. INTRODUCTION; II. EVOLUTION OF PERSONALITY RIGHTS: FROM A SPECIAL INSTRUMENT OF PROTECTION TO THE GENERAL PROTECTION OF THE INTERESTS OF THE PERSONAL SPHERE; A) The Construction of a Theory of Personality Rights; B) The Affirmation of a General Right of Personality; III. PERSONALITY RIGHTS AND LABOR RELATIONS; A) The Right to Honor; B) Right to Image; C) Right to Privacy; D. Right to liberty; IV. FINAL CONSIDERATIONS.

I. INTRODUÇÃO

Poucos são os temas de Direito Civil que tiveram uma trajetória tão fulgurante como os direitos da personalidade: relegados a uma tratativa tópica na codificação do final do século XIX, como no caso do BGB, ou mesmo ignorados, como na codificação brasileira de 1916, alcançaram o status de direito fundamental antes do final do Século XX¹.

No Direito brasileiro, os Direitos da Personalidade foram tratados, inicialmente, no art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988. Na esfera do Direito Civil, coube ao Código

1 Sobre este tema, ver, por exemplo, Andrade, Fábio S. de. O Desenvolvimento da Tutela dos Direitos da Personalidade nos Dez Anos da Vigência do Código Civil de 2002. In: LOTUFO, Renan/MARTINS, Fernando/NANNI, Giovanni E./ Temas Relevantes do Direito civil contemporâneo, São Paulo: Atlas, 2012, pg. 51 e segs.

Civil de 2002, nos arts. 11 a 21, introduzir uma tratativa acerca desta matéria. É verdade que já anteriormente o Direito pátrio outorgava proteção a alguns direitos da personalidade, como a tutela penal da honra, da integridade física, etc. Também leis esparsas faziam referência a certos direitos da personalidade, como a Lei de Imprensa (art. 18, §1º, da Lei 5.250/67) e o Código Brasileiro de Telecomunicações (art. 84, §2º, da Lei 4117/62). Também é verdade que convenções internacionais, às quais o Brasil aderiu e incorporou ao seu Direito interno (como a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, e promulgada no Brasil em 1992), já tutelavam alguns direitos da personalidade, como a honra e a vida privada. Mas faltava um tratamento sistemático e uma visão de conjunto que substituísse a percepção fragmentada do fenômeno.

Concebido como instrumento de tutela de interesses tópicos da pessoa, a fim de impedir o ataque de outrem à esfera privada do indivíduo, o Direito da Personalidade passou a alcançar novas projeções, envolvendo a dimensão social da pessoa.

Um exemplo recente dessa circunstância constitui a vinculação existente entre os Direitos da Personalidade e o Direito do Trabalho². No Direito brasileiro, a legislação trabalhista não conferia um tratamento específico à proteção da personalidade do empregado, ao contrário de outros países, como a Itália³.

2 Conforme ANDRADE, Fábio S. de. Considerações sobre o desenvolvimento dos direitos da personalidade e sua aplicação às relações do trabalho. *Direito Fundamentais e Justiça*, 2009, v. 6, pg. 162 e segs.

3 O Direito italiano, desde 1970, através do denominado Statuto dei Diritti dei Lavoratori, contempla regras específicas sobre a dignidade e liberdade do

trabalhador. Em face de regra expressa no parágrafo único do art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, admitindo que o Direito comum seja fonte subsidiária do Direito do Trabalho no que não for incompatível com os seus princípios fundamentais, já era possível a colmatação hermenêutica de tal lacuna, buscando-se apoio no generoso texto constitucional, no Código Civil de 2002 e na dogmática civilista.

A recente reforma legislativa trabalhista alterou esse cenário, na medida em que, a partir dos artigos 223-A, procurou disciplinar o tema com maior organicidade, ao tratar da reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho.

Como a regulação estabelecida na reforma da legislação trabalhista não dispõe, porém, sobre os conceitos ali indicados, nem trata o tema de forma exaustiva, sustenta-se a permanência da aplicabilidade dos elementos da teoria dos Direitos da Personalidade, especialmente os elencados no Código Civil de 2002, interpretados à luz da Constituição, às relações trabalhistas⁴.

No presente estudo serão abordados, primeiramente, os principais momentos da evolução dos Direitos da Personalidade, bem como se apontará a relevância do reconhecimento de um Direito geral de personalidade no ordenamento nacional. Num segundo passo, analisa-se a proteção dos Direitos da Personalidade no âmbito das relações de trabalho, com destaque para a

trabalhador.

4 Ver, por exemplo, GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. O Direito da Personalidade do Novo Código Civil e o Direito do Trabalho. In DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.), *O Impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 2003, p. 124s.

tutela do direito à honra, à imagem, à vida privada e à liberdade.

II. EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: DE INSTRUMENTO PONTUAL DE TUTELA PARA MEIO DE PROTEÇÃO GERAL DOS INTERESSES DA ESFERA PESSOAL

Nesse capítulo trataremos da evolução dos direitos de personalidade, numa abordagem comparatista. Analisaremos como foi construída uma teoria dos direitos da personalidade (A) e como surgiu a afirmação de um direito geral de personalidade (B).

A) A Construção de uma Teoria dos Direitos da Personalidade

É sabido que o Direito Romano já tinha uma preocupação com a defesa de interesses relevantes da esfera pessoal⁵, como, por exemplo, a honra.

O espírito romano era avesso, porém, à elaboração de teorias⁶ e a análises sistemáticas, não tendo desenvolvido uma teoria geral dos

5 Pugliese informa que já no antigo direito romano protegiam-se interesses hoje incluídos no rol dos direitos da personalidade, referindo que se o delito consistisse numa lesão corporal ou moral, o montante da pena era inicialmente determinado pela lei em um valor fixo, como ao tempo da Lei das XII Tábuas (séc. V a.C.), e posteriormente passou a ser fixado pelo órgão judicante segundo lhe parecesse bonum aequum. Em qualquer dos casos, referido valor era visto mais como uma pena do que como um valor destinado a reparar os danos sofridos pelo sujeito lesado - PUGLIESE, Giovanni. "Relazione finale". In: VACCA, Letizia (a cura di). La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica. Torino: Giappichelli, 1995, p. 358/359.

6 CHIUSI, Tiziana. A Dimensão abrangente do Direito privado romano. In: PINTO MONTEIRO, António; SARLET, Ingo; NEUNER, Jörg. Direitos fundamentais e direito privado – Uma perspectiva de direito comparado. Coimbra, Almedina, 2007, p. 15.

direitos da personalidade. Costuma-se referir a presença de um esboço inicial de tal teoria por volta do século XVI, com Donellus^{7 8}, mas o certo é que somente ao final do Século XIX, foram estabelecidos, pela doutrina, os contornos dos Direitos da Personalidade^{9.10}

Passou-se a defender a existência e autonomia desta figura, definida como os direitos que tinham por objeto garantir o domínio sobre a própria esfera pessoal¹¹.

7 Ver a respeito, MUTZENBECHER, Franz. Zur Lehre vom Persönlichkeitsrecht. Hamburg, 1909, p. 15.

8 Também Grotius, no seu *De iure belli ac pacis* (Cap. XVII, Lib. II), refere que o *damnum* pode consistir em qualquer forma de *laesio*, *deminutio*, *corruptio* que possa atingir o patrimônio (*dominium*), a integridade física (*corpus*, *membra*) ou moral (*fama*, *honor*, *pudicitia*), de uma pessoa – apud (CERAMI, Pietro. "La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio". In: VACCA, Letizia (a cura di). La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica. Torino: Giappichelli, 1995, p. 120. Identifica-se, nessa passagem, portanto, uma nítida proteção de direitos que atualmente seriam classificados como sendo da personalidade.

9 Nesse sentido, ver WHITMAN, James Q. The Two Western Cultures of Privacy. *The Yale Law Journal*, 2004, p. 1171 et seq.; HATTENHAUER, Hans. *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts*. 2 ed. Beck Verlag, 2000, p. 14; na doutrina nacional, ver GOMES, Orlando. Direitos da Personalidade, in *Revista Forense*, v. 216, 1966, p. 5; TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. In: ____ *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 23.

10 Também não trataremos da corrente amplamente minoritária e ultrapassada que negava estatuto científico à categoria dos direitos da personalidade, por considerá-la uma *contradictio in terminis*, já que homem não poderia dispor de seu próprio corpo ou alienar direitos sobre sua vida ou sua existência, nem poderia ser sujeito e objeto de direito ao mesmo tempo. Sobre a evolução da proteção dos direitos da personalidade, com boa síntese do estado da matéria no direito comparado, v. MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org.). *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 2/23, esp. p. 13/14.

11 GIERKE, Otto. *Deutsches Privatrecht*. Erster

Em relação à sua natureza jurídica, os Direitos da Personalidade foram considerados como direitos subjetivos – absolutos -, que deveriam ser por todos reconhecidos e observados, conferindo ao seu titular poderes de proteção. Além disso, afirmava-se o seu caráter não patrimonial, reconhecendo-se, porém, que eles poderiam ter um conteúdo patrimonial¹². São também caracterizados por sua generalidade, já que todas as pessoas são seus titulares, independentemente de sua cidadania, sendo considerados direitos inatos, pois são apanágios de qualquer ser humano vivo, acompanhando-o do berço ao túmulo.

Outra das características dos Direitos da Personalidade é a intransmissibilidade ou indisponibilidade, embora relativa, pois em alguns casos tanto o exercício, quanto a substância dos Direitos da Personalidade podem ser objeto de transmissão.

Entre as primeiras decisões a respeito do tema, encontra-se, no direito alemão, um caso célebre, de 1899, envolvendo o chanceler Bismarck, cujo corpo foi fotografado no leito de morte, sem autorização, tendo sido proibida pelo Tribunal do Império a divulgação das fotografias feitas¹³. Vislumbra-se nesse exemplo o germe da afirmação de um dos direitos da personalidade, o direito à própria imagem (*Recht am einigem Bild*).¹⁴

.....
Band, p. 702, 1936, ed. Inalterada da 1. ed., 1905.

12 Otto Gierke, op. cit., p. 706.

13 Cf. RGZ 45 (1900), p. 170-174.

14 Um ano antes, em 1898, o Reichsgericht já havia entendido abusiva a captação da imagem de uma bela jovem senhora, em trajes de banho, no mar, para posteriormente reproduzi-la em medalhões, cigarreiras e outros objetos colocados no mercado. O tribunal alemão entendeu que a abusividade era agravada pelos fins comerciais a que se destinava a captação da imagem - CIFUENTES, Santos. Derechos personalísimos. 3ª ed.

Pouco tempo antes, em 1890, do outro lado do Atlântico, dois juristas norteamericanos, Warren e Brandeis, em célebre artigo¹⁵ procuraram demonstrar a existência de um direito à privacidade - “*the right to privacy*” -, então encarado como o direito de estar só (“*right to be let alone*”¹⁶).

Se é possível reconhecer que, ao final do século XIX, a natureza jurídica essencial dos Direitos da Personalidade fora delineada, o debate em torno dos seus precisos contornos dogmáticos, porém, ainda estava em curso. Por essa razão o Código Civil alemão, de 1900, limitou-se à disciplina relativa ao nome da pessoa, abstendo-se de qualquer regulamentação geral.

Esta é igualmente a razão técnica para a omissão do Código Civil brasileiro de 1916 em relação à matéria, pois tendo sido o anteprojeto redigido por Beviláqua encaminhado ao Congresso em 1899, a dogmática dos Direitos da personalidade ainda não se encontrava devidamente difundida.

Somente em meados do século XX é que o legislador passou a oferecer uma regulação estruturada e geral dos diversos Direitos da Personalidade, como ocorreu com o Código Civil italiano de 1942 e com o Código Civil português

.....
Buenos Aires: Astrea: 2008, p. 557.

15 WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The Right to Privacy. Harvard Law Review, 1890, p. 193 e segs.

16 A expressão “right to be let alone”, o direito de ser deixado só, foi usado, pela primeira vez, por Thomas M. Cooley, em sua obra A Treatise on the Law of Torts, em 1888, embora não tenha aprofundado o conceito, limitando-se a dizer que a imprensa deveria ser responsabilizada por expor publicamente aspectos da vida privada das pessoas, salvo se houvesse interesse legítimo da comunidade de ter acesso àquela informação – Nesses termos, LAJE, Alejandro. Derecho a la intimidad – Su protección en la sociedad del espectáculo. Buenos Aires: Astrea, 2014, p. 25.

de 1966.

Paralelamente a esta lenta evolução da teoria dos Direitos da Personalidade no Direito Civil, configurou-se a extraordinária evolução do Direito Público no Século XX, com repercussão no tema ora tratado, uma vez que a partir de meados do século XX as Constituições passaram a dispor sobre temas originariamente pertencentes ao Direito Privado. O objetivo das Constituições deixou de ser, única e exclusivamente, o de organizar o funcionamento do Estado, discriminar as competências de seus órgãos e regular as relações entre os súditos e os entes públicos. Surge o fenômeno da constitucionalização de certos princípios e institutos fundamentais do direito privado, como é o caso da família, da propriedade, da atividade econômica. Ou seja, passam a estar disciplinados na Constituição **questões estruturais** dos três pilares do direito privado, na conhecida concepção de Jean Carbonnier¹⁷ – família, propriedade e contrato.

Surge, assim, uma crescente interação da esfera pública com o setor privado, que origina, no Direito privado, uma profunda modificação em relação ao ideário liberal-individualista existente no século XIX. Estabelece-se entre estas duas áreas, em suma, uma tensão dialética, que conduz à constante interrelação entre os dois grandes setores do Direito¹⁸.

17 CARBONNIER, Jean. Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur. Trad. it.: Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore. Milano: Giuffrè, 1997, p. 195 e s.

18 Alguns autores propugnaram que se abandonasse a distinção entre Direito Público e Direito Privado em favor de um direito comum (Cf. BULLINGER, Martin. Derecho Público y Privado. Madrid, 1976, p. 120-171). L. Raiser, por sua vez, defendeu que o grau de publicidade ou privacidade, seria fundamental para determinar se uma figura pertenceria a um destes dois ramos do Direito - Die Aufgabe des Privatrechts, p. 223,

O tema dos Direitos da Personalidade serve como expressiva ilustração para esta interrelação¹⁹, pois ao longo do século XX passa a ser ele objeto de tutela constitucional, sendo alçado a uma posição de centralidade no ordenamento jurídico como um todo²⁰.

Ressalte-se que apesar de a matéria dos Direitos da Personalidade ter sido versada pela doutrina brasileira ao tempo do Código de 1916²¹, sua positivação dar-se-á, efetivamente, somente mediante a Constituição de 1988. Em seu art. 5º, inciso X, faz-se clara menção à inviolabilidade de determinados direitos da personalidade²². O art. 1º, inciso III, por sua vez, fixa a dignidade da pessoa humana entre

.....

1977.

19 Emblemática quanto ao novo patamar dos Direitos de Personalidade é a Constituição alemã de 1949, que dispõe, no seu art. 2º, § 1º, sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (freie Entfaltung der Persönlichkeit) e positiva a dignidade humana (Menschenwürde) como direito fundamental no art. 1º, que, segundo a jurisprudência alemã (BverfG 32, 98/108), constitui-se no mais alto valor da Constituição alemã (obersten Wert des Grundgesetzes). Ver a respeito, MANSSEN, Gerrit. Grundrechte. Beck, 2000, p. 48; bem como HESSE, Konrad. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, p. 183, 20. ed. 1995.

20 Veja-se, a esse respeito, a orientação de Pontes de Miranda: “Não é só direito de personalidade o que nasceu no direito privado. Salva uma outra imperfeição do sistema, o direito de personalidade é ubíquo”. Cf. Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro: ed. Borsoi, 1955, V. 7, § 728; na literatura contemporânea, para uma ampla discussão sobre a matéria ver: BIOY, Xavier. Le Concept de personne humain en droit public. 1ª ed. Paris: Dalloz, 2003, p. 785 e segs.

21 Exemplificativamente, ver Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, vol. 7, ed. Borsoi, 1955; GOMES, Orlando. Direitos da Personalidade. Revista Forense, v. 216, 1966, p. 5; FERNANDES, Milton. Os Direitos da Personalidade. In: Estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 131.

22 Artigo 5º, X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

os fundamentos da República, o que implica inafastáveis consequências também para o direito privado²³.

Mesmo em face da tratativa dos Direitos da Personalidade pela Constituição de 1988, ainda faltava uma regulação quanto à matéria no plano infraconstitucional, tendo em vista que os preceitos constitucionais não estabelecem uma disciplina detalhada acerca do assunto.

O Código Civil de 2002 colmatou a lacuna, regulando o tema nos já indicados arts. 11 a 21. Cumpre agora analisar até que ponto ele estabelece um regramento acerca da existência de um direito geral da personalidade, bem como, na sequência, da suficiência de seus dispositivos para a regulação das relações de trabalho.

B) A Afirmação de um Direito Geral de Personalidade

Considerando as previsões normativas da Constituição alemã, tornou-se possível extrair um direito geral da personalidade a partir da conjugação da dignidade da pessoa humana com o livre desenvolvimento da personalidade. A par da proteção da imagem, da voz, da honra, da intimidade, da vida privada, considera-se a tutela de outros direitos da personalidade que não se encontram expressamente positivados.²⁴

23 Sessarego nos lembra que a partir da segunda metade dos anos setenta do século XX, em especial nos anos oitenta, cria-se e desenvolve-se, à luz da nova concepção do ser humano e do direito, uma nova e necessária instituição, qual seja, a do “dano à pessoa”. Ela obriga a reparação de qualquer dano ocasionado ao ser humano, seja em sua integridade psicossomática ou em sua liberdade – SESSAREGO, Carlos Fernández. *Derecho y persona*. 5ª ed. atual. e ampl. Buenos Aires: Astrea, 2015, p. 62..

24 MOREIRA, Rodrigo Pereira. *Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade – Proteção e*

Entre as principais questões deixadas em aberto pelo Código Civil de 2002, quanto à disciplina dos Direitos da Personalidade, está a de que o artigo 12²⁵ não conteria preceito expresso acerca da existência de um Direito geral da Personalidade²⁶, isto é, acerca da existência de um complexo de interesses relativo à esfera pessoal, não necessariamente tipificados ou positivados, mas que sejam igualmente merecedores de proteção por dizerem respeito diretamente à essência da pessoa humana²⁷. É certo, porém, que ao fazer menção a “direito da personalidade” *tout court*, sem especificá-los nem remeter ao rol dos direitos da personalidade nominados naquele capítulo, é possível inferir-se claramente uma abertura à presença de um direito geral da personalidade²⁸.

.....
Promoção da Pessoa Humana. Curitiba: Juruá, 2016, p. 95.

25 “Art. 12 - Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

26 O BGB alemão igualmente não contém capítulo expresso sobre os Direitos da Personalidade. O desenvolvimento doutrinário da ideia de um direito geral de personalidade repousou sobre dois fundamentos: de um lado, na própria Lei Fundamental de 1949, que nos artigos 1o e 2o dispõe sobre o direito à dignidade humana e sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. De outro, a jurisprudência alemã passou a considerar os direitos da personalidade como outros direitos (*sonstiges Recht*), a fim de incluí-los no rol de interesses protegidos pelo § 823 I do BGB – JAUERNIG. *BGB – Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*. 10. ed.. Beck Verlag, 2003, p. 1031.

27 Nesse sentido, ver SCHWAB, Dieter. *Einführung in das Zivilrecht*. 15. ed. Müller Verlag, 2002, p. 136, nº 296

28 O Código Civil português, em seu art. 70, foi mais explícito, fazendo expressa menção à existência de uma tutela geral da personalidade, o que contribui para a atenção com a qual a matéria é examinada na doutrina portuguesa. A respeito, ver MOTA PINTO, Paulo, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Studia Iuridica*, 40, 1999, p. 171. Cf. também, MENEZES

Em relação à proteção inicial aos direitos da personalidade, pode-se pontuar que, tanto na França quanto na Alemanha, a proteção inicial aos direitos da personalidade foi dada pelos tribunais. Na Alemanha isso se deu mediante uma interpretação constitucionalizada do §823(1) do BGB, incluindo na expressão “outros direitos”, contida na parte final daquele dispositivo legal, a tutela dos direitos da personalidade. Isso ocorreu pela primeira vez em julgamento pelo BGH em 25/05/1954²⁹ e posteriormente em 02/04/1957. Na França, a generosa fórmula do então art. 1382 do *Code Civil* foi a via pela qual se protegeu afrontas à vida privada, reputação, liberdade, nome e todos os demais direitos tradicionalmente reconhecidos como necessários em uma democracia para

.....
CORDEIRO, António. Tratado de Direito Civil Português, parte geral, tomo III. Coimbra: Almedina, 2004, p. 80 e segs.

29 Tratava-se do conhecido caso Schacht. Uma revista havia publicado um artigo, noticiando a criação de um banco tendo à testa o Dr. Schacht. Na reportagem, fez-se inúmeras referências ao passado do Dr. Schacht, que fora Ministro da Economia e Diretor do Banco Nacional durante o regime nazista. Seu advogado, então, invocando o direito de resposta com base na Lei de Imprensa, enviou uma carta, em nome de seu cliente, apontando alguns equívocos e dando algumas explicações sobre fatos que lhe concerniam. Todavia, referida carta fora publicada na seção “cartas ao editor”, ou cartas do leitor, em nome do advogado, dando a impressão de que o advogado, em nome pessoal, estava defendendo o Dr. Schacht – lembrando-se que no início dos anos cinquenta ainda havia um forte sentimento de repulsa em relação ao passado nazista. O BGH – cúpula da justiça ordinária alemã – lhe deu ganho de causa, reconhecendo que a publicação criou uma imagem distorcida de sua personalidade, reconhecendo um *allgemeine Persönlichkeitsrecht*, um direito geral da personalidade, e incluindo-o na proteção concedida no §823 (I), do BGB. A construção de tal direito foi feita com expressa referência ao disposto nos artigos 1 e 2, I, da Constituição alemã, ou seja, aos conceitos de dignidade da pessoa humana e direito ao livre desenvolvimento da personalidade (*das Recht auf freie entfaltung der Persönlichkeit*) – Sobre tal caso, v. VAN DAM, Cees. *European Tort Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 705.

garantir aos indivíduos o livre desenvolvimento de sua personalidade. Em 1970, importante inovação legislativa alterou o art. 9 do Código Civil, prevendo especificamente um direito à vida privada.³⁰

Na doutrina brasileira, há quem considere desnecessária esta solução, em face do reconhecimento no Direito brasileiro da dignidade humana, previsto no artigo 1º da Constituição Federal³¹, traduzido como o reconhecimento do valor da pessoa, e de sua eficácia na esfera infra-constitucional³². Aliás, numa perspectiva comparada, percebe-se que a proteção dos direitos fundamentais, pela via da responsabilidade civil, se dá especialmente no âmbito dos direitos da personalidade. De fato, a responsabilidade civil tem sido um *locus* privilegiado para estudar a técnica do balanceamento e ponderação entre direitos fundamentais colidentes³³.

Cabe ponderar, porém, que a adoção

.....
30 VAN GERVEN, Walter; LEVER, Jeremy; LAROUICHE, Pierre; VON BAR, Christian; VINEY, Geneviève. *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law Scope of Protection*. Oxford: Hart Publishing, 1999, p. 202/203.

31 Neste sentido, ver MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 117 et seq.. No mesmo sentido FREITAS DE ALMEIDA, Luiz Antônio. *Violação do direito à honra no mundo virtual: a (ir) responsabilidade civil dos prestadores de serviço da Internet por fato de terceiros*. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org.). *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 243.

32 A respeito, ver, por todos, SARLET, Ingo W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pág. 74, 79, e segs.

33 Nesses termos, v. COMANDÉ, Giovanni. *Comparative remarks*. In: BRÜGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; COMANDÉ, Giovanni (org.). *Fundamental Rights and Private Law in the European Union – Vol. I: A Comparative Overview*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 733.

de um preceito claro no Código Civil acerca da proteção ao Direito geral da personalidade poderia servir, em primeiro lugar, de elemento de conexão relativamente ao princípio da dignidade humana. Além disso, tornaria ainda mais efetiva a proteção dos direitos da personalidade, na medida em que salientaria a existência de uma cláusula geral de tutela, coexistente com os direitos da personalidade específicos e nominados.

Essa solução igualmente deixaria claro que o sistema de tutela de direitos da personalidade no Direito brasileiro apresenta-se como *numerus apertus*, não se esgotando nos direitos enumerados nos arts. 13 a 21 do Código Civil, quais sejam, o nome, a honra, a imagem e a privacidade. É natural que uma codificação preocupe-se em fornecer critérios para resolução dos litígios mais comuns e recorrentes, como aqueles envolvendo os direitos acima referidos. Todavia, o silêncio do legislador raramente pode ser interpretado como um veto à existência de outros interesses juridicamente relevantes e merecedores de igual proteção, até mesmo diante da cláusula geral aberta constante do art. 5º, §2º, da Constituição Federal (“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”), que permite a recepção de outros direitos não expressamente consagrados mas que igualmente concorram para a mais efetiva e cabal proteção da pessoa humana.

Assim, deve-se reconhecer que a existência de uma cláusula geral de Direitos da personalidade na esfera do Código Civil permite melhor resguardar o princípio da dignidade

humana para situações efetivamente relevantes, tal como se tem sustentado em face do Direito alemão³⁴. De fato, dogmaticamente é melhor ancorar-se uma decisão numa regra específica claramente aplicável do que num vago princípio genérico, ainda que potencialmente incidente sobre o caso. A dedução de soluções judiciais a partir de um princípio constitucional deve ser relegada às hipóteses em que inexistente outro apoio normativo mais concreto, ou quando aquele existente seja incompatível com o ditame constitucional.

Assim, defende-se a necessidade da presença de um *direito geral da personalidade* com o argumento de que “dada a variedade de tipos de lesões aos direitos da personalidade, é necessária a proteção ampla dos indivíduos, por meio de uma espécie de direito-quadro (*Rahmenrecht*), de caráter aberto, que permita açambarcar hipóteses não previamente reguladas em tipos legais específicos”.³⁵

Nesses termos, muito embora a recente reforma na legislação trabalhista, instituída pela Lei 13.467/2017, tenha criado uma disciplina aparentemente tipificada no artigo 223 – C, da Consolidação das Leis do Trabalho³⁶, no que

34 Cf. MANSSEN, Gerrit, Grundrechte, cit., p. 49. V, também, MOTA PINTO, Paulo. O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade. *Studia Juridica*, vol. 40, p. 171 et seq., op. cit. Sobre o tema ver EHMANN, Horst. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht. In: 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft. Beck, 2000, p. 613.

35 MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org.). *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 17.

36 “Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física”.

concerne aos interesses da personalidade das pessoas físicas, o certo é que essa forma de regulamentação não invalida a invocação de um direito geral de personalidade.

Ao contrário, para garantir a proteção efetiva dos direitos da personalidade de todas as pessoas, empregados ou não, é imprescindível que tal proteção se estenda a direitos potencialmente não contemplados pela atual legislação trabalhista, como o conceito de vida privada como algo distinto da intimidade, bem como as diversas nuances da noção de liberdade. É o que passaremos a analisar.

III. DIREITOS DA PERSONALIDADE E RELAÇÕES DO TRABALHO

A necessidade de proteção do trabalhador é sentida em todos os ordenamentos jurídicos. Na Itália, por exemplo, o art. 2087 do Código Civil impõe ao empregador adotar “as medidas que, segundo as peculiaridades do trabalho, a experiência e a técnica, são necessárias para tutelar a integridade física e a personalidade moral dos trabalhadores”. Assim, será o empregador responsável se a insalubridade do local de trabalho afetar negativamente a integridade psicofísica do trabalhador. Da mesma forma, da relação de trabalho podem derivar lesões à personalidade do trabalhador, especialmente sob o ponto de vista psíquico. Essas situações, como exemplificativamente as de excessiva extensão do horário de trabalho, podem acarretar danos à saúde do empregado, que a jurisprudência italiana identifica como danos indenizáveis.³⁷

37 V. FRANZONI, Massimo. *Trattato della Responsabilità Civile – Vol. II - Il danno risarcibile*. 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 2010, p. 478/479, com extensa

No que pertine ao direito trabalhista pátrio, conforme aludido acima, a recente reforma trabalhista procurou ampliar a proteção do trabalhador, mediante a tutela de alguns direitos da personalidade topicamente identificados. Na falta de uma regulamentação mais aprofundada, pode-se invocar a verdadeira cláusula de abertura sistêmica representada pelo artigo 7º, *caput*, da Constituição³⁸, onde se explicita que o rol de direitos fundamentais trabalhistas previstos nos seus vários incisos, não exclui outros que visem à melhoria da condição social do trabalhador, ainda que previstos em outras fontes jurídicas. No âmbito do direito infraconstitucional, aponta-se o artigo 8º da CLT³⁹, que diz claramente ser o direito comum

.....
 indicação de jurisprudência. Outra ampla indicação de jurisprudência no âmbito da responsabilidade civil do empregador, especialmente em caso de despedidas ilícitas e de desqualificação profissional, encontra-se em outro volume do mesmo tratado - FRANZONI, Massimo. *Trattato della Responsabilità Civile – Vol. I - L'illecito*. 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 2010, p. 917 e n.r. 40.

38 O artigo 7º “caput” da Constituição estabelece: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)” (grifou-se). Sobre essa temática, recomenda-se a leitura do Capítulo 3, intitulado “Teoria da abertura material do catálogo de direitos fundamentais e a aplicação das convenções internacionais da OIT nas relações de Trabalho no Brasil”, de GOLDSCHMIDT, Rodrigo. In: *Direito internacional do trabalho: o estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil*. São Paulo: Ltr, 2016.

39 Eis a redação do artigo 8º da CLT: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.” (grifou-se). Vale notar que, tal realidade, ficou ainda mais clara com a nova redação do dispositivo em tela, introduzida pela Lei 13.467/2017, que inseriu, no art. 8º, ora reproduzido, o parágrafo 1º, vazado nos seguintes termos: “O direito comum será fonte subsidiária do

fonte subsidiária do direito do trabalho.⁴⁰

A potencial colisão de interesses do trabalhador com os do seu empregador decorre do fato de que o trabalhador não coloca à disposição do empregador sua pessoa, mas apenas sua força de trabalho. Sua subordinação está funcionalizada à execução da prestação de trabalho. Assim, a autoridade patronal não pode ser exercida para além disso, particularmente sobre a vida pessoal ou privada do empregado⁴¹.

A Constituição de 1988, no aludido art. 5º, inc. X, confere a alguns direitos da personalidade o status de direitos fundamentais, assegurando-lhes uma tutela constitucional forte (“X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”). A Constituição, repare-se, não diz que referidos direitos “serão protegidos nos termos da lei”, ou que “a lei os protegerá”. Ao contrário, o constituinte disse que referidos direitos são “invioláveis”. É verdade que em um mundo em que inexistem direitos absolutos, há evidentes situações em que a violação daqueles direitos ocorrerá. Basta pensar na hipótese de sua colisão com outros direitos fundamentais, frente aos quais topicamente eles devam ceder. Em outras situações, pode haver violação ilegal dos referidos direitos da personalidade. Diante do fato consumado, não

.....
direito do trabalho” (grifou-se)

40 Sobre esses aspectos, remete-se a FACCHINI NETO, Eugênio; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Tutela Aquiliana do Empregado: considerações sobre o novo sistema de reparação civil por danos extrapatrimoniais na área trabalhista. Revista dos Tribunais, v. 984, p. 219-254 (2017).

41 KÉFER, Fabienne; MAISETTI, Perrine. La vie personnelle du salarié. In : RENCHON, Jean-Louis (dir.). Les droits de la personnalité. Bruxelles: Bruylant, 2009, p. 199.

resta alternativa senão o recurso ao direito à reparação dos danos extrapatrimoniais.

Além dessa tutela material forte, o legislador ordinário previu uma tutela processual ampla e potencialmente eficaz, de acordo com a previsão do art. 12 do Código Civil (“Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”). Diante de tal previsão, está a vítima autorizada a lançar mão de qualquer remédio processual que se revele eficaz para a proteção de seu direito, mormente a título preventivo.

A possibilidade de se obter a reparação posterior de danos, patrimoniais ou extrapatrimoniais, resultantes da violação dos direitos da personalidade, não significa que referidos direitos tenham um preço, no sentido de que *posso violá-lo, desde que pague por isso*. Fosse assim, não se trataria de um direito fundamental, nem de um direito da personalidade. Seria uma simples mercadoria, com preço de mercado. No exercício de tal direito, pode a potencial vítima dispor da tutela inibitória e preventiva, caso seja possível e eficaz. As perdas e danos são – no sentido de que não configuram uma prestação primária prevalente no direito obrigacional - um sucedâneo de segunda ordem.

Analisaremos, agora, alguns dos direitos da personalidade expressamente referidos na reforma trabalhista, começando pelo direito à honra.

A) O Direito à Honra

Em relação à honra, o Código Civil não contempla um artigo expresso. Faz apenas uma menção, quando trata do direito à imagem

no artigo 20, *caput*⁴², bem como faz alusão a ela no art. 953, ao referir que “A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.”

A reforma trabalhista, porém, no artigo 223 – C, fez referência expressa a esse bem jurídico⁴³, considerando-o passível de indenização.

Já anteriormente, a Consolidação das Leis do Trabalho, no artigo 483, alínea “e”, considerava hipótese de despedida indireta a conduta do empregador, ou seus prepostos, que praticassem atos lesivos da honra ou da boa fama do trabalhador ou de pessoas de sua família.

Por outro lado, a honra é direito da personalidade tutelável *de per se*, não se confundindo com outros direitos, embora uma mesma conduta possa, por vezes, lesar tanto esse direito quanto outros, como a intimidade. “O direito à intimidade é o direito de preservar a vida privada contra ingerências alheias, enquanto o direito à honra é o direito de ser

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

43 A tutela à honra encontra-se prevista no artigo 11 do Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, nos seguintes termos:

“Art. 11. Proteção da honra e da dignidade.

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas”.

respeitado e gozar de reputação”, sendo que “pode-se atacar a honra, sem ferir a intimidade” e, ademais, “o ataque à intimidade por divulgação de fatos deve sempre dizer respeito a fatos verdadeiros, o que nem sempre ocorre quando se comete agravo contra a honra”.⁴⁴

Abonada doutrina acima de difamatórias as comunicações que tendem a expor a vítima ao ódio, ao ridículo, ao desprezo, a um juízo desfavorável à sua integridade moral, ou até mesmo ao seu descrédito financeiro.⁴⁵ Também a atribuição de certas características físicas ou mentais, como a doença, podem ser difamatórias, ainda que não tenham implicações morais, uma vez que podem prejudicar as relações sociais. E, ao contrário do direito penal, que exige que as expressões difamatórias sejam comunicadas a várias pessoas e só são puníveis se dolosas, para fins de responsabilização civil é suficiente a comunicação a uma só pessoa⁴⁶,

44 Nesses termos, IGLESIAS, Sérgio. Responsabilidade Civil por danos à personalidade. Barueri: Manole, 2002, p. 49.

45 No âmbito da Common Law, a noção de difamação abrange os atos que diminuem a estima, respeito, bom nome ou confiança de que alguém é merecedor, ou que excita sentimentos ou opiniões adversas ou desagradáveis contra uma pessoa – nesses termos, KEETON, W. Page; DOBBS, Dan B.; KEETON, Robert E.; OWEN, David G. Prosser and Keeton on The Law of Torts. 5. ed., 10ª tiragem. St. Paul/Mn: West Publishing Co., 2004, p. 773

46 Nesses termos, o acórdão da Corte di Cassazione italiana proferido em 13/10/72, n. 3045, Soc. Italmondo c. Soc. Orvital, no qual se afirmou que “a reputação será igualmente tutelada, ex lege Aquilia, também no caso de a ofensa ter ocorrido através da comunicação a uma única pessoa”. Além disso, a difamação culposa foi aceita como causa de responsabilização civil pela primeira vez no caso Eredi Caruso c. Soc. Documento Film, julgado pela Corte di Cassazione em 13/05/1958, n. 1563. Ambos os acórdãos foram mencionados e analisados por MONATERI, Pier Giuseppe. La Responsabilità Civile. (vol. integrante do Trattato di Diritto Civile, dir. por R. Sacco, Le Fonti delle Obbligazioni, vol. 3). Torino: UTET, 1998, p. 390/391.

abrangendo também condutas meramente culposas.⁴⁷

Nesse campo, merece uma primeira referência especial o tema do assédio moral, ou *mobbing*, caracterizado pela adoção de condutas, pelo empregador ou por colegas de trabalho, que, de várias formas, expõem o empregado a uma situação degradante ou humilhante⁴⁸. Segundo Heinz Leymann, professor de psicologia da Universidade de Estocolmo e pioneiro no estudo deste fenômeno, o *mobbing* compreende uma série de comportamentos mantidos de forma sistemática por um ou alguns poucos indivíduos, geralmente sobre apenas uma única pessoa, que acarreta como consequência uma situação de isolamento e vulnerabilidade.⁴⁹

47 TRIMARCHI, Pietro. La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno. Milano: Giuffrè, 2017, p. 118 e 119. Na Argentina tem-se que quando a despedida do empregado se funda em uma imputação injuriosa ou caluniosa contra o trabalhador, é reparável o dano adicional gerado por agravo à honra, seja por imputações feitas ao próprio empregado, comentários feitos a terceiros, ou denúncias criminais, entre outras hipóteses - ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. Tratado de Daños a las Personas – Daños a la Dignidad, vol. I – Identidad. Honor. Intimidad. Buenos Aires: Ástrea, 2011, p. 396. Dentre os inúmeros precedentes jurisprudenciais citados pela autora, destaco um da C8ª Civ. Com Córdoba, j. em 23/10/03, pelo qual foram indenizados os danos morais por ofensa à honra de uma empregada que funcionava como caixa, a quem se imputou falsamente ter desviado dinheiro do caixa, e outro da CNTrab, Sala V, j. em 21/08/03, envolvendo concessão de danos morais por imputações caluniosas feitas já após cessadas regularmente as relações laborais – Op. cit., p. 400.

48 Sobre este tema, a doutrina é extensa. Ver por exemplo GUEDES, Márcia Novaes. Terror Psicológico no Trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 32; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego. RTDC, vol. 28, 2006, p. 93 e segs.; COUCE DE MENEZES, Cláudio Armando. Assédio Moral e seus Efeitos Jurídicos. Revista de Direito do Trabalho, 108, p. 193 e segs.; FIGUEIRAS DE GÓIS, Luiz Marcelo. Assédio Moral: a nova ameaça à integridade do ambiente de trabalho. Justiça do Trabalho, 287, p. 36 e segs.

49 LEYMAN, Heinz. The content and development

No âmbito desta questão, tem sido objeto de preocupação e debate, o tema do assédio sexual, que suscita nos últimos anos extrema atenção de vários setores, a partir dos questionamentos suscitados pelo movimento # Me Too⁵⁰. No Direito brasileiro a conduta de assédio sexual foi objeto de criminalização em 2001, sendo tipificado no artigo 216 – A, do Código Penal⁵¹.

Para a caracterização do assédio exige-se a necessidade de que as condutas do empregador possuam certos requisitos, tais como a regularidade e a constância, a fim de serem enquadradas como sendo assédio moral – ou mesmo sexual⁵² -, não se caracterizando como tal uma situação isolada ou episódica. Exige-se, assim, a “repetição ou sistematização” de certas condutas, de modo a revelar verdadeira perseguição psicológica, o que atenta contra a dignidade do trabalhador,⁵³ apontando-se como fundamento do dever de reparar o dano, o “princípio da dignidade humana”, bem como na tutela constitucional do

of mobbing at work. European Journal of Works and Organizational Psychology, 1996, n. 2, p. 170, apud GONZÁLES, Carlos Antonio Agurto; MAMANI, Sonia Lidia Quequejana. El fenómeno “Mobbing” y su Influencia en el Derecho Comparado”. In: SOARES, Flaviana Rampazzo (coord.). Danos Extrapatrimoniais no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2017, p. 56.

50 Cf. a respeito, com ênfase na questão da responsabilização societária decorrente do assédio praticado, Daniel Hemel/Dorothy S. Lund, Sexual Harassment and Corporate Law, Columbia Law Review, vol. 118, 2018, pg. 1583 e segs.

51 “Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função”.

52 GUEDES, Márcia Novaes. Terror Psicológico no Trabalho, p. 35, op. cit.

53 Nesses termos, HIRIGOYEN, Marie-France. Assédio Moral : A violência Perversa no Cotidiano. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2002, p. 17.

“direito à honra” e no “direito à saúde”, todos consagrados na Constituição Federal.⁵⁴

A jurisprudência tem-se orientado no sentido de afastar algumas pretensões de caracterização de dano à honra, quando considera presente o uso legítimo dos direitos subjetivos do empregador. Nega-se, por exemplo, direito à indenização por dano moral pelo fato de ser declarada publicamente que em uma empresa “só ficam os melhores”⁵⁵. Não há, por igual, ofensa à honra do empregado no caso em que a empresa somente permite o acesso ao banheiro em duas pausas na jornada de trabalho, de 5 e 15 minutos, caracterizando-se esta conduta como uso regular do poder diretivo do empregador⁵⁶.

Isso porque se deve levar em conta que, não obstante a natureza contratual do vínculo trabalhista, não se pode desconhecer a existência de um caráter institucional, no qual predomina uma percepção hierarquizada da relação entre empregador e empregado, em que a empresa permanece como centro de poder⁵⁷.

A caracterização do assédio moral, com a devida lesão à honra do empregado, exige condutas que aflijam efetivamente a sua reputação, ou que se revistam de caráter humilhante, como são o caso de perseguições desencadeadas pelo empregador, exemplificadas por um tratamento depreciativo,

diferenciado em relação aos demais colegas⁵⁸, marcadas por cobranças ofensivas e de extrema rispidez⁵⁹.

O problema do assédio moral não é novo, nem é exclusividade brasileira. A Organização Internacional do Trabalho (OIT), em pesquisa realizada em 1996 detectou que 12 milhões de trabalhadores na União Europeia já viveram situações humilhantes no trabalho que acarretaram distúrbios de saúde mental. No Brasil, pesquisa pioneira realizada pela médica do trabalho Margarida Barreto, em sua tese de mestrado, constatou que 42% dos trabalhadores entrevistados foram vítimas de assédio moral nas empresas⁶⁰.

58 Cf. o seguinte exemplo: “Restou devidamente comprovada a humilhação sofrida pelo autor, assim como as perseguições que passou a sofrer, decorrentes de seu desentendimento com o superintendente da empresa. Também restou demonstrada a publicidade dos atos da reclamada, em diversas ações que causaram humilhações ao autor perante os demais colegas. Desse modo, tem-se como correta a sentença enquanto condenou a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais ao autor” (RO 00625-2006-121-04-00-2, TRT – 4ª Região)

59 Cf. “Na espécie, o trabalho exercido pelo reclamante era regido por metas, como costuma ser praxe no setor comercial. Compreende-se que uma empresa, necessitando de resultados para obter sucesso, procure motivar seus empregados, buscando deles extrair a sua máxima produtividade. Todavia, esta prática encontra limites na ordem jurídica, sendo o principal deles o respeito à dignidade do trabalhador. Na situação em apreço, a prova testemunhal indica tratamento com excessiva rispidez, acima dos limites razoáveis de exigência profissional. Tal situação, por certo, causou ao autor desconforto moral, mormente porque os repudiáveis atos foram praticados perante os demais colegas”. (RO 00116-2007-010-04-00-9, Des. Ana Rosa Pereira Sagrilo, J. 04.08.2008, TRT – 4ª Região).

60 Informações colhidas em reportagem informativa publicada pela Assessoria de Comunicação Social do TST, denominada Matéria especial: assédio moral na Justiça do Trabalho, disponível em http://www.assediomoral.org/IMG/pdf/Noticias_Destaque_assedio_moral.pdf, acesso em 02/04/2019, frisando-se que a notícia foi inicialmente disponibilizada em 2007.

54 HASSON, Roland. Proteção aos Direitos da Personalidade – Assédio Moral. Revista LTr, v. 72, n. 11 (2008), p. 1357.

55 Cf. RR-7130/2002-900-09-00.8, Rel. Min. Dora Mara da Costa, 8ª Turma do TST.

56 RR – 1419-2007-001-18-00.1, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma do TST.

57 COGO, Sandra Negri. Gestão de Pessoas e a Integridade Psicológica do Trabalhador. São Paulo: LTr, 2006, p. 116 e segs., esp. p. 155.

Alguns Estados já dispõem de leis específicas a respeito. A primazia coube ao Rio de Janeiro, que editou a Lei Estadual nº 3.921/2002, voltada aos órgãos dos três poderes estaduais e a toda a administração descentralizada. Essa lei identifica como situações de assédio moral circunstâncias como atribuir tarefas estranhas ou incompatíveis com o cargo, ou em condições e prazos inexequíveis; designar funcionários qualificados ou especializados para funções triviais; apropriar-se de idéias, propostas, projetos ou trabalhos; torturar psicologicamente, desprezar, ignorar ou humilhar o servidor, isolando-o de contato com colegas e superiores hierárquicos; sonegar informações necessárias ao desempenho das funções ou relativas a sua vida funcional; e divulgar rumores e comentários maliciosos ou críticas reiteradas e subestimar esforços, afetando a saúde mental do trabalhador.

A essa lista, com base na jurisprudência do TST, a reportagem referida em nota de rodapé acrescenta ainda atitudes como a “inação compulsória” (ou assédio moral omissivo) – quando a chefia deixa de repassar serviços ao trabalhador, deixando-o propositalmente ocioso –, a imposição de “prendas” que o exponham ao ridículo, em caso de não atingimento de metas, entre outros. Trata-se, portanto, de práticas que resultam na degradação das condições de trabalho, por meio de condutas negativas dos superiores hierárquicos em relação a seus subordinados, acarretando prejuízos práticos e emocionais para o trabalhador e a empresa ou órgão.

Oliveira e Renault⁶¹ concluem seu estudo

61 OLIVEIRA, Ariete Pontes; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. A Tutela Juslaboral e a Reparação por Danos à Honra do Trabalhador”. In: SOARES, Flaviana Rampazzo

sobre a tutela da honra no direito do trabalho dizendo que “dentre as afrontas perpetradas ao trabalhador, no meio ambiente juslaboral, exsurge o desrespeito à sua personalidade, causadora de dano à honra. As condutas da empregadora apresentam-se de forma plural, uma vez que vários são os atos ilícitos possíveis: anotações indevidas na CPTS⁶²; abusividade na apuração de ilícitos penais⁶³; atribuição de alcunhas desonrosas ao trabalhador⁶⁴, etc.”

Após indicar inúmeros casos de assédio reconhecidos pela jurisprudência do TST, a reportagem anteriormente citada refere que os resultados dos processos que envolvem alegações de assédio moral, quando favoráveis ao empregado, geram basicamente três tipos de reparação. A primeira é a rescisão indireta do contrato de trabalho, hipótese semelhante à justa causa, só que em favor do empregado, que se demite, mas mantém o direito ao recebimento de todas as verbas rescisórias, como se tivesse sido demitido sem motivação. Outra é a indenização por danos morais, que, na esfera trabalhista, visa à proteção da dignidade do trabalhador. A terceira é a indenização por danos materiais, nos casos em que os prejuízos psicológicos causados ao trabalhador sejam graves a ponto de gerar gastos com remédios e

(coord.). Danos Extrapatrimoniais no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2017, p. 52.

62 TST, 8ª T., RR-20111-78.2012.5.20.0009, Rel. Min. dora Maria da Costa, j. em 10.06.2015; TST, 4ª T. RR-1413-76.2011.5.20.0003, Rel. Min. João Oreste Dalazen, j. em 29.04.2015; TST, 2ª T., RR – 0687.71.2012.5.20.0002, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, j. em 30.04.2014.

63 TST, 3ª T., AIRR – 486-42.2013.5.09.0005, Rel. Des. Convocada Vania Maria da Rocha Abensur, j. em 18.11.2015; TST, 2ª T., RR – 63700-87.2010.5.17.0005, Rel. Min. José Roberto F. Pimenta, j. em 23.09.2015.

64 TST, 1ª T., RR – 1336-39.2011.5.04.0512, Rel. Des. Convocado Marcelo Lamego Pertence, j. Em 19.08.2015.

tratamentos.

Nesse particular, apesar da regulação existente na Consolidação das Leis do Trabalho acerca da possibilidade de despedida indireta, no citado art. 483, alínea “e”, é preciso ter presente que, na maioria dos casos, o empregado não recorre àquele instituto⁶⁵.

Embora um mesmo ato lesivo possa, simultaneamente, lesar vários interesses ou direitos, como a honra, imagem e privacidade, isso nem sempre ocorre, impondo-se a separação conceitual entre essas figuras. Passa-se, assim, a tratar do direito à imagem.

B) Direito à Imagem

No direito comparado, costuma-se dizer que, na França, inicialmente coube aos tribunais conferir uma proteção ao direito à imagem, a partir da cláusula geral da responsabilidade subjetiva e da proteção aos direitos da personalidade em geral. Já na Alemanha e na Espanha, coube ao legislador editar normas especiais para serem aplicadas pelos tribunais à proteção do direito à imagem. Em todos os países, porém, sejam de *civil law* sejam de *common law*, vigora o princípio de que a reprodução da imagem alheia só é aceitável se for precedida do consentimento do interessado.⁶⁶

O direito à imagem⁶⁷ busca proteger “a

65 Nesse sentido, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego. RTDC 28, 2006, p. 93, 103.

66 BRÜGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; O’CALLAGHAN, Patrick. A common core of personality protection. In: BRÜGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; O’CALLAGHAN, Patrick (ed.). *Personality Rights in European Tort Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 570/571.

67 Parte das considerações a seguir expostas foram apoiadas no texto produzido por FACCHINI NETO, Eugênio. A proteção aquiliana do direito à imagem no

representação física de uma pessoa, seja esta fixada em fotos, filmes, vídeos, pinturas e outros meios que reproduzam o rosto da pessoa ou partes de seu corpo, sinais físicos ou gestos que possam servir à sua identificação e reconhecimento”⁶⁸.

Já o conceito de direito à imagem fornecido por Trabuco⁶⁹ apanha duas facetas: direito à imagem é “aquele que, por um lado, confere às pessoas a faculdade exclusiva de reprodução, difusão ou publicação da sua própria imagem, com carácter comercial ou não e, por outro lado, se caracteriza como o direito que tem a pessoa de impedir que um terceiro possa praticar esses mesmos actos sem a sua autorização”.

Quanto à natureza jurídica do direito à imagem, em alguns países (v.g. Brasil e Portugal) o direito à imagem é simultaneamente um direito fundamental e um direito de personalidade. Isso não ocorre em outros ordenamentos jurídicos, o que não significa que a imagem não seja protegida.

No caso do direito à imagem, o constituinte brasileiro fez menção ao direito à imagem em três momentos distintos ao tratar dos direitos fundamentais – art. 5º, V, X e XXVIII, *a*. No Código Civil, a sua tutela encontra-se prevista no art. 20, no capítulo destinado a regular os direitos de personalidade.

Disso decorre uma tutela constitucional forte, bem como uma tutela processual ampla e potencialmente eficaz, de acordo com a previsão do art. 12 do Código Civil (“Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da

direito comparado. Revista da Ajuris – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 45, p. 287-308 (2018).

68 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Dos direitos da personalidade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 267.

69 TRABUCO, Cláudia. Dos contratos relativos à imagem. O Direito, Coimbra: Almedina, 2001, a. 133º, n. 2, , p. 390.

personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”). A Constituição, repare-se, não diz “a lei protegerá o direito à imagem”, nem, tampouco, que “o direito à imagem será protegido nos termos da lei”. Ao contrário, o constituinte disse que a imagem “é inviolável”. Conforme foi referido anteriormente, há evidentes situações em que é possível, sim, violar-se o direito à imagem – sem que isso desnature o seu caráter de direito fundamental -, o que implicará a necessidade de invocação do secundário direito à reparação dos danos extrapatrimoniais.

Relativamente a sua natureza, filiamos-nos ao entendimento doutrinário, nacional⁷⁰ e estrangeiro⁷¹, que entende ser o direito à imagem um verdadeiro direito autônomo, não estando absorvido pelo direito à privacidade, nem tampouco exigindo que de sua violação decorram outros danos (à honra, à reputação, à intimidade, nem tampouco danos materiais). Trata-se de uma emanção da personalidade que, *de per se*,

70 Por todos, LOTUFO, Renan. Código civil comentado. Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2004, p. 79; FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. Novo tratado de responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 751; MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros; BARROS MONTEIRO, Ralpo Waldo de; BARROS MONTEIRO, Ronaldo de; BARROS MONTEIRO, Ruy Carlos de. Comentários ao novo código civil. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2010, p. 243; AMARAL, Francisco. O direito à imagem na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 355.

71 Cite-se, por exemplo, CIFUENTES, Santos. Derechos personalísimos. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2008, p. 542; MASSON, Jean-Pol. Le Droit à l’Image. In: RENCHON, Jean-Louis (dir.). Les droits de la personnalité. Bruxelles: Bruylant, 2009, p. 237; TRABUCO, Cláudia. Dos contratos relativos à imagem. O Direito, Coimbra: Almedina, a. 133º, n. 2, p. 389-459, 2001, p. 390; SUEIRO, Maria E. Rovira. La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Barcelona: Cedecs Editorial, 1999, p. 98.

merece proteção jurídica.

No âmbito da reforma trabalhista, o novo art. 223-C considera “bem juridicamente tutelado inerente à pessoa física” a imagem. Ao não regular, porém, mais minuciosamente como se daria tal proteção, nem os seus limites, referido dispositivo não afasta a invocação dos dispositivos do Código Civil a respeito, nem tampouco da dogmática civilista construída há mais tempo, aqui e no exterior.

Em relação aos pressupostos estabelecidos pelo Código Civil para o uso da imagem ou do nome, impõe-se, inicialmente, a questão de saber se o consentimento – ou autorização – deve ser necessariamente expresso ou pode ser tácito. Quanto à necessidade de a manifestação de vontade ser expressa ou tácita, o Código Civil prevê, no artigo 111, que o silêncio importa anuência quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa^{72, 73}

Em se tratando de cessão de direito à imagem, há que se ponderar o caráter excepcional desta modalidade de negócio, razão pela qual a sua interpretação deve ser em princípio restritiva. Esta é a orientação que se fixou na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça há bastante tempo⁷⁴. Por conseguinte, somente em situações muito claras deve ser aceito como válido o consentimento tácito em relação à cessão do Direito de imagem.

No que concerne à área do Direito do

72 Sobre o tema no Código Civil de 2002, ver FRADERA, Vera Jacob de. O Valor do silêncio no novo Código Civil. In: Aspectos Controvertidos no novo Código Civil. São Paulo: RT, 2003, p. 569.

73 No Direito italiano também não se exclui a possibilidade de a cessão do direito de imagem ocorrer mediante consentimento tácito. A respeito, ver SCALISI, Antonino. Il Diritto alla Riservatezza. Milano: Giuffrè, 2002, p. 51.

74 Cf. REsp 46420, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4a Turma, J. 12.09.1994, in RSTJ 68/358.

Trabalho, contudo, debate-se ainda mais acirradamente acerca da irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, tendo em vista a desigualdade material entre o empregador e o empregado, capaz de propiciar uma simplificação do procedimento de consentimento, ainda mais quando se tem presente o caráter de adesão dos contratos de trabalho⁷⁵.

Ao considerar a viabilidade da renúncia a direitos fundamentais, tem-se condicionado expressamente essa possibilidade ao caráter inequívoco do consentimento, a fim de que dele se extraia a determinação de renunciabilidade⁷⁶.

A jurisprudência tem seguido esta orientação, exigindo a presença do consentimento do empregado para o uso da imagem, sob pena de configurar violado este direito com a consequente necessidade de reparação⁷⁷.

Caso interessante foi julgado pelo Tribunal Constitucional espanhol, em 1994⁷⁸,

75 Ver, nesse sentido, GEDIÉL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: PINTO MONTEIRO, António; SARLET, Ingo; NEUNER, Jörg. Direitos fundamentais e direito privado – Uma perspectiva de direito comparado. Coimbra, Almedina, 2003, p. 149 e seg, esp. p. 157, 160.

76 Cf., por exemplo, NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a Direitos Fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (org.) Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976, vol. I. Coimbra: Coimbra Ed., 1996, p. 303, bem como VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 330, 334 e segs.

77 “Indenização. Uso indevido do nome. A divulgação, pela internet, do nome do reclamante como professor de curso de graduação oferecido pela universidade, após sua despedida, constitui violação do direito de imagem, do qual faz parte o nome da pessoa, e que prescinde da prova do dano/prejuízo sofrido, assim como da culpa ou dolo do agente, quando utilizada para fins comerciais, hipótese dos autos (art. 20 do Código Civil). Indenização pelo uso indevido do nome que se mantém”. (RO 0075-2007-333-04-00-9, 7ª Turma do TRT da 4ª Região, Rel. Des. Maria Inês Cunha Dornelles, J. 20.08.2008). Discordamos, porém, da afirmação de que o nome da pessoa integra seu direito à imagem. Trata-se de dois direitos da personalidade bastante distintos.

78 Sentença 99/1994, de 11 de abril, publicada

envolvendo a demissão de um empregado, por ter ele se recusado a se deixar fotografar e filmar realizando o corte de *jamón ibérico*, tarefa esta que ele realizava com grande habilidade e destreza, uma vez que a empresa para a qual trabalhava pretendia divulgar tal imagem em uma importante feira. Embora perdendo nas instâncias da justiça ordinária, o Tribunal Constitucional lhe deu ganho de causa⁷⁹. O Tribunal assentou que a questão envolvia o direito à própria imagem como direito de impedir que outros a captem e a difundam. Reiterando entendimento já adotado anteriormente (através da sentença STC 88/1985), afirmou que o contrato de trabalho não pode ser considerado como um título legitimador de afrontas ao exercício de direitos fundamentais que incumbam ao trabalhador como cidadão, que não perde essa condição pelo fato de estar inserido no âmbito de uma organização privada.⁸⁰

Passa-se, agora, a analisar o direito à privacidade ou intimidade.

C) Direito à Privacidade

Umberto Ecco⁸¹ lembra que a etologia (ciência que estuda o comportamento animal) ensina que cada animal reconhece, em torno de

no BOE núm. 117, de 17 de maio de 1994, e disponível através do site <http://hj.tribunalconstitucional.es/pt/Resolucion/Show/2616>.

79 <http://hj.tribunalconstitucional.es/pt/Resolucion/Show/2616>.

80 Uma análise de tal caso, usado para ilustrar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas na Espanha, encontra-se em LIBOREIRO, Andrea Rodríguez. Spain. In: OLIVER, Dawn; FEDKE, Jörg (ed.). Human Rights and the Private Sphere – A comparative Study. New York: Routledge-Cavendish, 2007, p. 393.

81 ECO, Umberto, Quale Privacy?, in <http://www.privacy.it/archivio/eco20000928.html>, acessado em 02/04/2019.

si, uma área territorial dentro da qual se sente seguro; e que identifica como adversário todo aquele que adentra esse limite. Isso estaria a indicar que é um instinto animal básico o de ter um espaço para si próprio, com exclusão dos demais.

Na sociedade humana, porém, “não é o critério espacial que define o que é íntimo, o que é privado e o que é público, mas sim o interesse envolvido”, já que “a intimidade pode ser exercida e usufruída em qualquer lugar”, como por exemplo “no interior de um automóvel⁸², em hotéis, motéis, loft’s, spa’s, clínicas médicas, restaurantes e, até mesmo, quando a pessoa se confunde – mas não participe – com a multidão”.⁸³

Além disso, a noção de privacidade⁸⁴ variou ao longo da história e apresentou-se diversamente para as distintas classes sociais conviventes dentro de um mesmo período histórico.

A tutela da privacidade destinava-se, quando da sua concepção originária, à proteção contra intromissões indesejadas na esfera pessoal do indivíduo. Waldman lembra, porém, que *privacy* é um conceito inerentemente social, pois deriva do fato de que existimos em meio a relações formais e informais com

82 Costuma ser lembrado o controvertido caso em que a justiça espanhola, pelo seu Tribunal Supremo, considerou ofensiva ao direito à intimidade, a publicação de fotos de uma conhecida atriz que, em companhia de um homem igualmente notório naquele país, estavam no interior de um automóvel, aparentemente mantendo relações sexuais – Tribunal Supremo, Sala Civil, relação 1739/2006. Resolução 1100/2008.

83 AGOSTINI, Leonardo Cesar de. A intimidade e a vida privada como expressões da liberdade humana. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed., 2011, p. 214 e 215.

84 Isso quanto à noção que hoje é representada pela palavra ‘privacidade’. A palavra *privacy*, todavia, surgiu somente em 1534, na Inglaterra – IGO, Sarah E. The Known Citizen – A History of Privacy in Modern America. Cambridge: Harvard University Press, 2018, p. 5.

outros. A própria noção de *privacy*, portanto, somente entra em consideração após cedermos informações no âmbito desses relacionamentos. Chama nossa atenção o autor ao dizer que nossa expectativa de privacidade está relacionada ao âmbito no qual fornecemos informações. Exemplifica dizendo que se compartilhamos a informação de que somos portadores de AIDS no âmbito de um grupo de cem outros portadores integrantes de uma rede de suporte mútuo, podemos ter a expectativa de que tal informação será mais protegida do que se compartilharmos a mesma informação a dois colegas de trabalho. Se sussurrarmos segredos a um bom amigo, podemos esperar que os segredos serão mantidos, mesmo sem um compromisso formal dele prometendo sigilo. Se revelarmos ao nosso banco informações econômicas a nosso respeito, teremos a justa expectativa de que tais informações não sairão da instituição financeira e não serão usados senão para balizar nosso relacionamento comercial. A chave verdadeira da *privacy* é, portanto, a confiança. Daí o título do seu livro, fruto de sua tese de doutoramento, *Privacy as Trust*.⁸⁵ A proteção da privacidade, portanto, corresponderia à proteção da confiança que depositamos na pessoa ou ente a quem fornecemos informações a nosso respeito.

No Direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988, apesar de conferir o mesmo grau de importância jurídica ao direito à intimidade e à vida privada sugere uma diferenciação, aferível pela simples leitura do art. 5º, inciso X. O direito à intimidade tutela aspectos de maior resguardo, tais como a vida familiar, afetiva, saúde, passado e de convicções, religiosas, filosóficas ou ideológicas, e todas as demais in-

85 WALDMAN, Ari Ezra. *Privacy as Trust – Information Privacy for an Information Age*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 3/4.

formações que o indivíduo não manifeste intenção de compartilhar com outros sujeitos⁸⁶. A vida privada, por sua vez, comporta um âmbito mais abrangente, que, abarcando a intimidade, circunscreve a rotina quotidiana do indivíduo, seus hábitos, sua profissão, suas convicções, suas tomadas de posição frente ao universo social – como integrante de associações, clubes de futebol – etc. O certo é que não há um significado pronto e acabado do direito à intimidade e à vida privada⁸⁷. Numa tentativa de distinção, pode-se dizer que a **vida privada**, no âmbito da tutela do art. 5º, inc. X, da C.F., significa a maneira de viver que o cidadão adota na vida em sociedade – envolve a profissão que escolheu, as convicções filosóficas, políticas ou ideológicas que acolheu e ostenta, torcedor deste ou daquele time esportivo, as causas sociais que o empolgam (preocupações ambientais, com animais, com direitos humanos, etc.). Ou seja, envolve a forma como o cidadão se apresenta aos demais, abrangendo todos aqueles aspectos que distinguem um indivíduo do outro no seio da sociedade, a respeito dos quais ele é protegido de qualquer tentativa de influenciamento da parte do Estado, da sociedade, da família, etc. Substancialmente envolve sua autonomia e liberdade para conduzir sua vida. Já a **intimidade** envolve, no mesmo contexto constitucional, tudo aquilo que o indivíduo opta por manter para si, fora do olhar dos outros. Envolve escolhas íntimas, no plano da afeição, da sexualidade, de convicções, predileções, hobbies. Ou seja, abrange aquilo que o indivíduo tem o di-

reito de escolher com quem quer compartilhar tais informações: se com todo o mundo, alguns amigos, seu (sua) parceiro(a) ou seu terapeuta, ou manter para si e seu travesseiro.

Envolve, enfim, um direito de autodeterminação^{88, 89}.

88 “O direito de autodeterminação da pessoa consiste no poder que todo o ser humano possui de autodeterminar-se, isto é, um poder que todo o indivíduo possui de decidir por si mesmo, o que é melhor para si, no sentido de sua evolução e da formação de seu próprio tipo de personalidade”, segundo SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 2a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 161. Para Fernanda Borghetti Cantali, “a liberdade de agir, de definir o próprio comportamento na vida cotidiana, liga-se com a autonomia privada. Liberdade e autonomia são conceitos absolutamente interligados, mas não são sinônimos: o exercício da autonomia é uma manifestação da liberdade” – in Direitos da Personalidade – Disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2009, p. 211.

A importância crescente de tal noção fez com que a Corte Europeia de Direitos do Homem, no caso *Pretty c/ Royaume-Uni*, julgado em abril de 2002, deduzisse a existência de tal direito a partir de uma interpretação sistemática do texto da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, dando-o como subentendido no art. 8º da Convenção (Art. 8.º (Direito ao respeito pela vida privada e familiar). Nesse emblemático acórdão, em que foi identificado um novo direito (o de autodeterminação), não previsto expressamente no texto da Convenção Europeia, afirmou aquela consagrada Corte: “Comme la Cour a déjà eu l’occasion de l’observer, la notion de ‘vie privée’ est une notion large, non susceptible d’une définition exhaustive. Elle recouvre l’intégrité physique et morale de la personne [...] Elle peut parfois englober des aspects de l’identité sexuelle, le nom, l’orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l’article 8 [...] Cette disposition protège également le droit au développement personnel et le droit d’établir et entretenir des rapports avec d’autres êtres humains et le monde extérieur» - Apud SUDRE, Frédéric et al. Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l’Homme. 6ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2011, p. 505. No referido acórdão, a corte reconheceu como integrante do direito de autodeterminação, ínsito ao direito ao respeito da vida privada, o direito de escolher quando e como morrer, em caso de doentes terminais.

89 FACCHINI NETO, Eugênio; PINTO DA SILVA, Guilherme Augusto. Ambiente de trabalho e privacidade: o caso do correio eletrônico à luz do direito comparado. In: SARLET, Ingo Wolfgang; STRAPAZZON, Carlos Luiz;

86 René Ariel Dotti identifica a intimidade como sendo a esfera secreta da vida do indivíduo, no qual este tem o poder legal de evitar os demais – DOTTI, René Ariel. Proteção da vida privada e liberdade de informação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 69.

87 ASPRAY, William; DOTY, Philip (ed.). *Privacy in America: interdisciplinary perspectives*. Lanham/Toronto/Plymouth: The Scarecrow Press, 2011, p.3-5.

Procurando concretizar a tutela constitucional, o Código Civil, em seu artigo 21, dispõe sobre a inviolabilidade da vida privada da pessoa natural, afirmando que o juiz, a critério do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário ao preceito.

Muito embora seja conhecido o princípio de que a Lei não deva conter definições, é flagrante que em relação à disciplina da tutela da privacidade, a regulação do Código Civil é praticamente ociosa, na medida em que não define, suficientemente, os diversos aspectos desta temática.

No Direito português, por exemplo, encontra-se no art. 80, inciso 2, do Código Civil, regra no sentido de que a extensão da reserva sobre a intimidade da vida privada deve atender à natureza do caso e à condição das pessoas. Além disso, o Código português disciplina expressamente o tema das cartas confidenciais (art. 75), e de sua publicação (art. 76). Regula, também, a matéria referente a memórias familiares e a escritos confidenciais (art. 77). Da simples descrição das hipóteses previstas no Direito português, observa-se que o codificador brasileiro não contribuiu significativamente para o aperfeiçoamento da matéria da tutela da privacidade no Direito Civil.

Ainda que atualmente as chamadas Tecnologias da Informação e Comunicação – TIC – tenham acarretado o surgimento de novas ameaças que fizeram com que a velha noção de privacidade perdesse muito de sua importân-

.....
SCHIER, Paulo Ricardo; PINTO DA SILVA, Guilherme Augusto; MACEDO, Fernanda dos Santos. (Org.). Constituição e Direitos Fundamentais: estudos em torno dos fundamentos constitucionais do direito público e do direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, v. 1, p. 90-110.

cia, a antiga *privacy* ainda é relevante para o homem, na medida em que se constitui elemento de resgate e refúgio para o particular em face dos diferentes papéis que este deve assumir na ‘vida e no palco social’⁹⁰.

Tanto é assim que existe jurisprudência reiterada da Corte Europeia de Direitos Humanos enfatizando a necessidade de proteção da vida privada. Na linha de sua reiterada jurisprudência, em 20/03/2007, ao julgar o caso *Tysiac v. Poland*, a Corte Europeia afirmou, por exemplo, que “‘vida privada’ é um termo amplo, abrangendo, *inter alia*, aspectos da identidade física e social de um indivíduo, incluindo o direito à autonomia pessoal, desenvolvimento pessoal e o direito de estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos e o mundo exterior”^{91, 92}.

A potencial colisão entre os interesses do empregador e os do empregado coloca questões interessantes, segundo Kéfer e Maisetti⁹³, como saber se o trabalhador dispõe de um direito à vida privada, ainda que limitado, durante suas

90 Ver por todos: WESTIN, Alan. *Privacy and Freedom*. Reedição. New York: I.G. Publishing, 1996, p. viii.

91 Sobre essa ampla noção de vida privada, v. CREMER, Hans-Joachim. *Human Rights and the Protection of Privacy in Tort Law – A Comparison between English and German Law*. New York: Routledge-Cavendish, 2011, p. 241.

92 Analisando a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, chegam a idêntica conclusão ZAGREBELSKY, Vladimiro; CHENAL, Roberto; TOMASI, Laura. *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*. Bologna: Il Mulino, 2016, p. 249, que acrescentam que a proteção à vida privada “apresenta facetas diversas, segundo diga respeito à pessoa individual ou às suas relações sociais com os outros”, configurando a “identidade social da pessoa”.

93 KÉFER, Fabienne; MAISETTI, Perrine. *La vie personnelle du salarié*. In : RENCHON, Jean-Louis (dir.). *Les droits de la personnalité*. Bruxelles: Bruylant, 2009, p. 199.

horas de trabalho.

Isso decorre do art. 8º da Convenção Europeia de Direitos do Homem e do art. 22 da Constituição belga, além de outras disposições menores e mais pontuais (fl. 199 – a numeração que será referida neste parágrafo refere-se às páginas do artigo das professoras belgas Kéfer e Maisetti, na obra referida em nota de rodapé). Assim, ainda que o empregador tenha o direito de esperar que seu empregado consagre todo seu tempo remunerado, no local de trabalho, ao desempenho das funções para as quais foi contratado, é comumente admitido que o trabalhador conserve o direito a certos atos da vida privada mesmo durante esse período (fl. 200).

Esclarecem que desde o julgamento do caso *Niemietz v. R.F.A.*, em 16/12/1992, pela Corte Europeia de Direitos Humanos – C.E.D.H., é firme a jurisprudência que o empregado conserva um direito à vida privada mesmo no ambiente de trabalho. Esse direito abrange inclusive o direito do trabalhador de criar laços e desenvolver relações com seus semelhantes (fl. 201). No caso *Copland v. U.K.*, julgado em 03/04/1992, a C.E.D.H. afirmou que a coleta e informações de dados pessoais referentes ao uso feito pelo empregado do telefone (com exceção da data da ligação, número discado e duração da chamada), do correio eletrônico e da internet, constituem ingerência indevida nos direitos garantidos pelo art. 8º da Convenção Europeia de Direitos do Homem (p. 202). Já no caso *Peev v. Bulgarie*, j. em 26/07/2007, a C.E.D.H. afirmou que viola a expectativa de privacidade do empregado a revista feita nas gavetas da escrivaninha de um funcionário. No caso, tratava-se de um funcionário público. Entendeu-se que o fato dele trabalhar em

prédio público não alterava o fato de as gavetas que ele utilizava eram particulares, destinadas a serem usadas com objetos pessoais (fl. 202). O direito à vida privada do empregado em seu local de trabalho, porém, não é absoluta, estando sujeito a restrições, desde que estas observem uma tríplice condição: de legalidade, finalidade e proporcionalidade (fl. 203).

O direito à vida privada do empregador deve, porém, conviver com seu dever de agir com boa-fé. Assim, por exemplo, o candidato a um emprego é obrigado a responder às questões que lhe forem formuladas, e também deve fornecer espontaneamente ao empregador todas as informações que ele saiba ou deva saber que poderão expor sua inaptidão a preencher a vaga disputada e que sua omissão possa favorecer sua admissão. Se a informação diz respeito à sua vida privada, ele não é obrigado a fornecê-la. A maior parte dos autores inclusive sustenta que o candidato ao emprego tem o direito de mentir se a informação solicitada é estranha às funções da pretendida atividade laboral (fl. 224). Por outro lado, ao contrário da França, a Bélgica não possui uma legislação que proíba o empregador de levar em consideração o estado de gravidez de uma mulher para recusar uma contratação, ou de buscar informações a esse respeito. Todavia, apesar da lacuna legal, coube à jurisprudência estabelecer tal vedação (fl. 225).

No que concerne ao estado de saúde, a existência de uma doença ou deficiência que afete o empregado é questão integrante de sua vida privada, de forma que ele não é obrigado a informar seu futuro empregador, salvo no caso em que a doença ou deficiência constitua um motivo sério de inaptidão para exercer suas funções, ou constitua um perigo para a

segurança do trabalhador, dos seus colegas ou de terceiros (fl. 227).

Quanto à indagação se um comportamento fora do ambiente do trabalho possa justificar a despedida do empregado, costuma-se fazer distinções: (i) algumas circunstâncias não configuram motivos de licenciamento, como é o caso da gravidez, da maternidade, da licença-paternidade, da interrupção da carreira para tratamento de saúde ou para assistência a familiares; (ii) outras vezes um motivo grave pode justificá-la. Motivo grave seria toda e qualquer culpa que torne imediata e definitivamente impossível qualquer colaboração profissional entre o empregador e o empregado (fl. 228); (iii) quanto à consumação excessiva de drogas ou de álcool, de per se não constitui motivo justificado para a despedida. Além do grau de intoxicação, deve-se levar em consideração as condições em que o trabalho é exercido, às circunstâncias anteriores e às repercussões sobre o trabalho desempenhado. Exemplificativamente, o alcoolismo de um empregado não foi considerado motivo justificado para a despedida num caso em que se evidenciou que, em razão do alcoolismo, ele havia faltado ao trabalho com intervalo de mais de seis meses entre um episódio e outro (fl. 231/232).

O problema da proteção da privacidade no ambiente de trabalho é universal. Nos Estados Unidos, em razão da “war on drugs” desencadeada pela administração Reagan na década de oitenta, *drug tests* foram disseminados. Houve demandas judiciais a respeito, alegando a violação da IV Emenda, que chegaram até a Suprema Corte. Essa validou a exigência de testes de drogadição para trabalhadores ferroviários que haviam se

envolvido em acidentes, bem como para os funcionários que atuavam na área do combate às drogas. Desde então os testes foram disseminados para outras atividades, como pilotos, policiais, atividades de segurança, etc. Funcionários envolvidos com atividades puramente burocráticas, todavia, não deveriam ser submetidos a tais exames. No ambiente de trabalho privado, apesar da existência de críticas doutrinárias a respeito⁹⁴, aceitou-se a possibilidade do empregador exigir tais testes. Estima-se que mais de 90% das grandes companhias exigem rotineiramente o teste de seus empregados.⁹⁵

Já no espaço europeu, a Corte Europeia de Direitos Humanos, desde o julgamento do caso *Niemietz v. Alemanha*, em 1992, vem mantendo o conceito de vida privada como algo que abrange inclusive ambiente de trabalho⁹⁶. Tendo por base o art. 8º da Convenção europeia de direitos humanos, a referida Corte criou o que a doutrina denominou de “vida privada

94 LEWICKI, Bruno. A Privacidade da Pessoa Humana no Ambiente de Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 219.

95 ALDERMANN, Ellen ; KENNEDY, Caroline. The Right to Privacy. New York: Vintage Books, 1997, p. 291.

96 Cf. //cmiskp.echr.coe.int., affaire Niemietz v. Allemagne. Em tradução livre : “O Tribunal não considera possível nem necessário procurar definir exaustivamente a noção de “vida privada”. No entanto, seria muito restritivo limitá-lo a um “círculo íntimo”, onde cada um possa levar sua vida pessoal como quiser e descartar completamente o mundo fora desse círculo. O respeito à vida privada também deve incluir, em certa medida, o direito do indivíduo de formar e desenvolver relacionamentos com seus semelhantes. Parece, além disso, que não há razão, em princípio, para considerar este modo de entender o conceito de “vida privada” como excluindo atividades profissionais ou comerciais: afinal, é no seu trabalho que a maioria das pessoas tem muitas, se não a maioria das, oportunidades para fortalecer suas ligações com o mundo exterior.”

social”⁹⁷, a partir de uma ponte entre a carta de direitos fundamentais e o direito contratual⁹⁸.

Vindo para o âmbito brasileiro, o citado artigo 223-C (“A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.”) incluído pela Lei nº 13.467, de 2017, não contempla qualquer concretização acerca do que se deve considerar como lesão à intimidade do empregado.

Em que pese a timidez da referência legislativa, cabe apontar o mérito no sentido de que o direito brasileiro contempla, de forma expressa, disposição sobre a aplicação da tutela da privacidade, direito tipicamente pessoal, a um âmbito coletivo e social, no caso o trabalho da pessoa.

Nesse campo específico, privacidade do trabalhador no ambiente de trabalho, um dos problemas mais comuns no Direito brasileiro concerne à questão das revistas íntimas.

Na legislação trabalhista, o art. 373-A, VI, da CLT, com a redação dada em 1999, vedava a realização de revista pessoal íntima da empregada mulher⁹⁹. Recentemente, houve importante regulação legislativa, pela Lei 13.271/2016, que no artigo 1º, proíbe expressamente as empresas privadas, os órgãos

97 Cf. por exemplo Jeremy Antipas/Bernard Beignier. *La Protection de la vie privée*. In : *Libertés et droits fondamentaux*, cit., p. 221, 253.

98 Nesse sentido, ver COLLINS, Hugh (ed.). *European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights*, cit., p. 1 e segs.

99 Art. 373 – A. “Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas é vedado: VI – proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias”.

e entidades da administração pública, direta e indireta, de adotar qualquer prática de revista íntima de suas funcionárias e de clientes do sexo feminino, tendo a legislação instituído sanções às empresas violadoras da norma estabelecida.¹⁰⁰

No passado, o tema havia sido apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, que considerou, em princípio, passível de ser efetuada a revista pessoal do empregado, desde que resguardasse os atributos de dignidade da pessoa¹⁰¹, sujeitando-se a possibilidade da revista a um procedimento de prévia e adequada divulgação¹⁰². Esta linha de orientação era a adotada pelos tribunais, que têm considerado lícita a revista nos pertences do empregado, quando adotada conforme procedimentos objetivos. Sirva de exemplo o julgamento, pelo TST, no RR-20888400-32.2007.5.09.0002,

100 Merece referência, porém, o posicionamento adotado pelos juízes trabalhistas a respeito da interpretação a ser dada a tal dispositivo legal, como se vê do Enunciado n. 15, aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, assim redigido:

“REVISTA DE EMPREGADO.

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

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

101 AgReg em AgIn 220.459-2-RJ, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, J. 28.09.1999.

102 Destaque-se o seguinte trecho do voto do Relator, Min. Moreira Alves: “assim sendo, está correto o acórdão recorrido ao salientar que a revista em causa não deve ser rotulada de deprimente, aprioristicamente, se colocada em prática com resguardo dos atributos da dignidade da pessoa, sem constrangimentos, mas, de modo previamente divulgado e aprovado pelo empregado da empresa”.

no qual se afirmou que o direito de zelar pelo patrimônio da empresa pode ser exercido pela revista, desde que feita sem excessos, abuso ou contato físico, sem a exposição dos empregados.

Muito embora essa linha de decisão mereça de setores da doutrina a crítica de conter certa contradição relativamente a determinadas situações¹⁰³, há que se ponderar que, na realidade, a orientação brasileira segue, em linhas gerais a existente no direito europeu, em que também se faz presente uma série de pressupostos para admitir as revistas pessoais do empregado¹⁰⁴.

Constata-se, pois, que a noção de proteção da privacidade na Constituição e no Código Civil e até por ocasião da reforma trabalhista ainda é a velha concepção de intimidade. Em seu novo contexto, de proteção de dados pessoais, foi necessário aguardar a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709, de 14/08/2018) para sua proteção, embora alguma antecipação protetiva já fora outorgada pelo chamado Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14).

103 Nesse sentido LOBO, Paulo. A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo, Direito Civil Contemporâneo – novos problemas à luz da legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Atlas, 2008, p. 18, 27, que aponta nesta decisão do STF uma “ausência de padrão” em relação ao julgado proferido no RE 21’5.984-RJ, em que se concedeu dano moral pela violação do direito à privacidade e imagem em face de publicação de fotografia não autorizada.

104 Nesse sentido, ver por exemplo o artigo 6º do Estatuto dos Direitos dos Trabalhadores (Statuto dei Diritti dei Lavoratori), Lei 300, de 20 de maio de 1970. Segundo este preceito, revistas pessoais dos empregados somente podem ser realizadas quando essenciais para salvaguardar a propriedade da empresa e sob a condição de que sejam feitas na saída do lugar de trabalho, de acordo com um método objeto de seleção e não discriminatório. Além disso, estes requisitos deverão ser aprovados com os representantes sindicais, ou na ausência destes, com a comissão interna de trabalhadores.

As novas tecnologias, mormente no âmbito da computação, criaram mecanismos de circulação de dados pessoais que a ciência do direito, chamada a reprimir as violações de direitos na sociedade, não conseguiu acompanhar. Se antes o ideário de isolamento e reserva à luz de um anseio patrimonialista-liberalista era suficiente para a tutela da privacidade, hoje é possível afirmar que este é apenas e tão somente um dos aspectos da privacidade, não mais suficiente para resguardar o indivíduo de intromissões alheias¹⁰⁵. Nas últimas décadas esse direito evoluiu para a proteção de dados pessoais, tornando-se um direito à autodeterminação informativa¹⁰⁶, pelo qual se busca tutelar os fluxos informativos conexos aos dados pessoais, sejam públicos ou privados^{107 108}, a fim de estabelecer uma modalidade de controle ao particular relativamente a este fluxo de dados”¹⁰⁹.

105 Para uma visão das tendências da evolução da noção de privacidade, cf., por exemplo, RODOTÁ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância. A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 97/98.

106 Sobre o surgimento do direito à autodeterminação informativa, ver: SCHWABE, Jurgen; Martins, Leonardo (org.) Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005, p. 238.

107 Nesses termos, CALIFANO, Licia. Privacy: affermazione e pratica di um diritto fondamentale. Napoli: Editoriale Scientifica, 2016, p. 11 e 15.

108 Todavia, merece referência visões mais céticas a respeito dessa possibilidade. Nissenbaum, por exemplo, textualmente diz que “we have a right to privacy, but it is neither a right to control personal information nor a right to have access to this information restricted. Instead, it is a right to live in a world in which our expectations about the flow of personal information are, for the most part, met” – NISSENBAUM, Helen. Privacy in Context – Technology, Policy, and the Integrity of Social Life. Stanford: Stanford Law Books, 2010, p. 231.

109 Mas não se pode imaginar que o atual conceito de privacy seja definitivo. Um dos maiores estudiosos do tema na atualidade, Daniel J. Solove, termina seu livro Understanding Privacy dizendo que “a teoria da privacy

Relativamente ao novo Regulamento europeu sobre proteção de dados (n. 2016/679, que entrou em vigor em maio de 2018), é certo que reafirmou de forma enfática o *princípio da consensualidade*, juntamente aos deveres de informação e transparência que incidem sobre o responsável pelo tratamento dos dados. Quando não tenha havido um consentimento expresso ao tratamento dos dados, o responsável pela operação deve avaliar atentamente as consequências do tratamento sobre a esfera dos direitos fundamentais da pessoa cujos dados estejam envolvidos, em termos de necessidade, proporcionalidade e compatibilidade entre as finalidades para os quais os dados pessoais foram inicialmente recolhidos e as finalidades de seu ulterior tratamento, consoante orientação fixada no art. 6, n. 4, do Regulamento.¹¹⁰

O tema do monitoramento de correspondência eletrônica no ambiente do trabalho já foi objeto de grandes discussões no cenário europeu, sendo que a Corte Europeia de Direitos Humanos, em setembro de 2017, julgou o caso *Barbulescu v. Romênia*, em que, por decisão da Grande Câmara considerou-se que o monitoramento das mensagens do empregado de uma empresa privada configurava uma violação à sua privacidade. Na perspectiva da Grande Câmara, o demandante

.....
que eu desenvolvi não pretende ser a palavra final. E nem pode ser, pois a privacy é dinâmica. No futuro, novas tecnologias e formas de viver irão criar novos problemas de privacy e transformar os antigos” – SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy*. Cambridge/Ma: Harvard University Press, 2008, p. 196/197.

110 SICA, Salvatore. *Verso l’unificazione del diritto europeo alla tutela dei dati personali?* In: SICA, Salvatore; D’ANTONIO, Virgilio; RICCIO, Giovanni Maria (org.). *La nuova disciplina europea della privacy*. Milanofiori Assago: CEDAM/Wolters Kluwer, 2016, p. 3/4.

possuía uma razoável expectativa de privacidade, mesmo diante da existência de um regulamento empresarial proibindo o uso de e-mails profissionais para fins pessoais.

Em fevereiro de 2018, porém, ao apreciar o caso *Libert v. França*¹¹¹, relativo a uma causa proposta por um empregado da empresa ferroviária francesa SNCF, a Corte considerou viável o exame de arquivos constantes do computador do funcionário – apreendido durante um período em que o mesmo estava suspenso administrativamente - que incluíam conteúdo pornográfico, salvos em pastas não identificadas inequivocamente como privadas.

Vislumbra-se, portanto, que a Corte Europeia ratificou a orientação no sentido de que se os arquivos do empregado são identificados claramente como privados, não cabe ao empregador acessá-los¹¹². Prevalece a orientação que exige do empregador que informe o empregado acerca do monitoramento das mensagens eletrônicas, mesmo em se tratando de correspondência comercial. No que concerne à correspondência privada do empregado, há que se resguardar a privacidade. Acresce a necessidade de ponderação, a fim de que as medidas adotadas pelo empregador sejam proporcionais aos fins de controle almejados¹¹³.

.....
111 Cf. Corte Europeia dos Direitos do Homem, 22.2.2018, ric. 588/13, Nuova Giurisprudenza Civile Comentata, 2018, 9, I, pg. 1259 e segs.

112 Sobre o tema ver, CARTA, Cinzia. Documenti “personali” o “privati”: il caso dei files salvati sul computer aziendale. Nuova Giurisprudenza Civile Comentata, 2018, 9, I, pg. 1264 e segs.

113 Nesse sentido também se posiciona a jurisprudência pátria, cf. a seguinte decisão da 6ª Turma do TRT da 2ª Região, cuja ementa é a seguinte: “Justa causa. E-mail caracteriza-se como correspondência pessoal. O fato de ter sido enviado por computador da empresa não lhe retira essa qualidade. Mesmo que o objetivo da empresa seja a fiscalização dos serviços, o poder diretivo

O tema do controle sobre o conteúdo da correspondência eletrônica mantida pelo empregado, bem como o monitoramento dos sites da internet visitados pelos empregados, há muito já é objeto de preocupação na doutrina¹¹⁴, com reflexos na jurisprudência.

Na doutrina nacional, encontra-se a orientação que defende a vedação do monitoramento dos e-mails do empregado, em face da necessidade de reconhecer-se o direito à privacidade¹¹⁵. Como corolário desta opinião, sustenta-se a irrenunciabilidade deste direito do empregado, tendo em vista as características da relação de emprego¹¹⁶.

A jurisprudência brasileira, porém, orienta-se, predominantemente, na direção oposta, considerando viável a verificação de e-mails expedidos pelo empregado, pelo empregador, e, em consequência, validando demissões de funcionários por justa causa, não obstante sejam normalmente acrescidos determinados pressupostos como o aviso prévio aos empregados¹¹⁷, ou a configuração de

.....
cede ao direito do obreiro à intimidade (CF, art. 5º, VIII). Um único e-mail, enviado para fins particulares, em horário de café, não tipifica justa causa. Recurso provido” (TRT – 2ª R, 6ª T., RO 200000387414, Rel. Juiz Fernando Antônio Sampaio da Silva, J. 03.08.2000, in Revista do Direito do Trabalho, 108, 2002, p. 179.

114 Sobre este tema, ver, por exemplo, BELMONTE, Alexandre Agra. O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTr, 2004, p. 63 e segs.

115 Cf. SILVEIRA NETO, Antonio; PAIVA, Mario Antonio Lobato de. A Privacidade do trabalhador no meio informático. Revista de Direito do Trabalho, 2003, p. 22.

116 Ver por exemplo COGO, Sandra Negri, Gestão de Pessoas e Integridade Psicológica do Empregador, cit., p. 128 e segs.

117 Ver a seguinte ementa: “Agravo de instrumento em recurso de revista – Dano Moral – Justa Causa. O julgado a quo registrou que não fere norma constitucional a quebra de sigilo de e-mail corporativo, sobretudo quando o empregador, previamente, avisa a seus

hipóteses graves de quebra de fé, como serve de exemplo a situação em que se flagrou o uso da correspondência eletrônica pelo empregado para o envio de fotos pornográficas¹¹⁸.

Prevalece a fundamentação de que os meios eletrônicos utilizados pelo empregado pertencem ao empregador, de que cabe a ele o exercício do poder diretivo, previsto no já referido art. 2º da CLT, acrescido da circunstância do risco para a empresa empregadora em caso de dano propiciado pelas mensagens eventualmente encaminhadas pelo empregado¹¹⁹.

É certo que se tem feito a distinção entre o denominado e-mail corporativo, o que equivale a um instrumento de trabalho do empregado, posto à disposição do empregador, em que prevalecem as orientações acima expostas, do e-mail particular, ou pessoal do empregado, o qual, mesmo acessado no terminal da empresa, é resguardado do monitoramento do empregador¹²⁰. Trata-se de posicionamento que encontra respaldo, por exemplo, na jurisprudência francesa, que teve ocasião de fixar o entendimento no sentido de ser inviolável

.....
empregados acerca das normas de utilização do sistema e da possibilidade de rastreamento e monitoramento de seu correio eletrônico” (AIRR – 1130/2004-047-02-40, 1ª Turma do TST, J. 30.11.2007)

118 Cf. RR 613/2000-013-10-00, 1ª Turma do TST, J.10.06.2005, Rel. Min. João Oreste Dalazen; AIRR – 1542/2005-055-02-40, 7ª Turma do TST, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, J. 06.06.2008.

119 Para uma síntese das posições sobre o tema, RUARO, Regina. O Conteúdo essencial dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada na relação de emprego: o monitoramento do correio eletrônico pelo empregador. In: Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação – algumas aproximações. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2007, p. 239.

120 Ver nesse sentido as considerações feitas no citado Cf. RR 613/2000-013-10-00, 1ª Turma do TST, j. 10.06.2005. Na doutrina, BELMONTE, Alexandre Agra. O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho, cit., p. 78 e segs.

a correspondência particular do empregado, mesmo sendo utilizados os computadores da empresa¹²¹.

Também em relação a este tema, verifica-se a necessidade de compatibilizar a existência de um poder disciplinar do empregador com a necessidade de resguardar a privacidade do empregado. O poder diretivo do empregador não pode ser considerado um salvo conduto, um “abre-te sésamo”, a fim de suplantiar os direitos da personalidade do empregado¹²², sob pena de restringir-se desmesuradamente esses direitos fundamentais.

No Direito francês, por exemplo, há expressa previsão nesta direção, atualmente no art. L 1121-1, no sentido de que as restrições aos direitos do empregado devem ser justificadas pela natureza da tarefa a ser cumprida, bem como proporcionais ao fim almejado¹²³.

Esse item sobre a proteção da privacidade não pode encerrar sem um mínimo questionamento sobre seu futuro, diante das compressões a ela impostas pelas atuais práticas sociais. Depois de relatar inúmeras situações de violação à privacidade, Umberto Eco conclui sua conferência na “22a Conferenza Internazionale: “One World, One Privacy”, em Veneza, em setembro de 2000, dizendo que “assistiamo alla rinuncia gioiosa alla propria

privacy” (assistimos à alegre renúncia à nossa própria privacidade) e explicando que “l’assalto alla privacy abitua tutti alla sua scomparsa” (o assalto à privacy nos habitua a todos ao seu desaparecimento).¹²⁴ Por sua vez, autor pátrio já assim explicava a paulatina renúncia à privacidade do homem comum: “ele se sente esmagado pelo anonimato, pela diluição de sua individualidade nas grandes concentrações urbanas da era industrial-tecnológica, de sorte que a exposição de sua vida à curiosidade e controle alheios resulta, paradoxalmente, na superação de sua mediocridade: ser espionado é, de algum modo, ser importante”¹²⁵.

Mais recentemente, Posner salientou que “o fato de que ninguém pode trafegar na modernidade sem continuamente revelar informações pessoais a uma variedade de demandantes tem habituado a maioria dos americanos à radical redução de sua privacidade informacional”.¹²⁶

De fato, vivemos em um mundo que é cada vez mais invasivo, reduzindo dramaticamente nossa privacidade e desconsiderando nosso direito à imagem. Talvez seja esse o mundo que se apresenta a nós, nesse início do terceiro milênio, que prenuncia o ocaso da privacidade. ‘Privacy is dead. Get over it’ (“A privacidade está morta. Deixe-a para trás”). Assim proclamou Scott McNealy, CEO da Sun

121 Arrêt Nikon, J. 02.10.2001, in www.courdecassation.fr/jurisprudence_chambre_sociale.

122 Nesse sentido, ver também ALVES, Ricardo de Paula. Vida Pessoal do Empregado, Liberdade de Expressão e Direitos Fundamentais do Trabalhador. Revista do Direito do Trabalho, 2001, p. 132.

123 O art. L 1121-1 constitui-se em resistemática do art. L 1120-2, cujo teor, no original, é o seguinte: “Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives restrictions que ne seraient pas justifiées para la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché”.

124 ECO, Umberto, Quale Privacy?, in <http://www.privacy.it/archivio/eco20000928.html>, acessado em 02/04/2019.

125 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1970, p. 16.

126 POSNER, Richard. Privacy, Surveillance, and Law. Apud SARAT, Austin; DOUGLAS, Lawrence; UMPHREY, Martha Merrill (ed.). Imagining New Legalities – Privacy and its Possibilities in the 21st Century. Stanford: Stanford Law Books, 2012, p. 1.

Microsystems, em 1999. Ele não estava só: o obituário da privacidade já foi escrito por múltiplos acadêmicos e observadores. Todavia, há quem diga que o requiem é prematuro. Há quem sustente valer a pena resistir. Os invasores estão no portão, mas a cidadela não cairá sem uma batalha.¹²⁷ Após descrever o mundo do “capitalismo de vigilância”, Zuboff encerra seu livro dizendo que “O Muro de Berlim caiu por muitas razões, mas acima de tudo foi porque o povo de Berlim Oriental disse: “Não mais!” Nós também podemos ser os autores de muitos novos fatos “grandes e belos” que reivindicam o futuro digital como lar da humanidade. Não mais! Que esta seja a *nossa* declaração.” (trad. livre)¹²⁸

D) Direito à liberdade

O direito à liberdade, em sentido amplo, envolvendo a liberdade de convicções, de comportamento, de expressão, etc., além de ser importante direito fundamental da primeira geração ou dimensão, também representa um direito geral da personalidade, ou direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Tais manifestações de liberdade permitem que a pessoa “se torne quem ela é”, na expressão nietzschiana.

Por vezes, o exercício de tal liberdade, por parte do empregado, pode colidir com interesses do seu empregador em controlá-la ou limitá-la, invocando interesses da empresa.

Discorrendo sobre a “identidade pessoal

do trabalhador nas empresas de tendência”, entendidas como “empresas especializadas em produtos ou serviços de determinada linha ideológica, como ocorre com sindicatos, escolas religiosas, partidos políticos, empresas jornalísticas de determinada linha editorial etc.”, Molina aponta para a potencial colisão “entre os direitos fundamentais de empregados e empregadores ao manterem suas próprias liberdades ideológicas ou de pensamento, afetando em alguma medida a identidade pessoal dos trabalhadores que com as empresas especiais celebram contratos”.¹²⁹ Refere que os trabalhadores em atividades-fim, contratados por tais empresas de tendência, podem ter restringidos seus direitos de livre manifestação do pensamento, crença, ideologia política, etc, tanto no horário de trabalho quanto fora dele, sob pena de cometimento de falta grave, quando esse comportamento possa abalar a imagem empresarial. Mas pondera que tal redução do espaço de liberdade não abrange empregados que atuem em outras funções, não ligadas à atividade-fim. Também não impede que o empregado preserve suas convicções íntimas, desde que seu comportamento externo não acarrete riscos à imagem da empresa.¹³⁰

Angel Luis de Val Tena, apoiado em decisões do Tribunal Constitucional **espanhol**, refere que “o empregador ideológico pode, exercitando seu próprio direito fundamental, selecionar seus trabalhadores em função de suas convicções ideológicas, sem que se possa cogitar de discriminação”, uma vez que

127 Assim se manifestou WACKS, Raymond. *Privacy – A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 127.

128 ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism – The Fight for a Human Future and the New Frontier of Power*. New York: PublicAffairs, 2019, p. 525.

129 MOLINA, André Araújo. Danos à Identidade Pessoal do Trabalhador. In: SOARES, Flaviana Rampazzo (coord.). *Danos Extrapatrimoniais no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2017, p. 38.

130 MOLINA, Danos à identidade pessoal do trabalhador, cit., p. 40, 41.

“o empregado que aceita trabalhar em uma empresa de tendência (...) sabe que deve respeitar a ideologia da instituição”, podendo esta rescindir o contrato de trabalho quando a conduta do seu empregado prejudique gravemente a finalidade própria da empresa.¹³¹

A Suprema Corte norteamericana teve ocasião de examinar o tema da liberdade de expressão do empregado em vários de seus julgados¹³².

No caso *Pickering*, por exemplo, ela entendeu que o conflito entre a liberdade de expressão e o poder diretivo confiado ao empregador, público ou privado, deve ser resolvido mediante o uso de um complexo *balancing test*. O caso envolvia um professor de escola pública que fora demitido em razão de manifestações feitas por ele, questionando algumas decisões das autoridades escolásticas quanto ao melhor uso dos recursos públicos no âmbito educacional. Decidiu a Suprema Corte que inicialmente deveria se buscar um ponto de equilíbrio entre o direito do professor de expressar sua opinião sem que essa liberdade prejudicasse o eficiente funcionamento do sistema escolar. Segundo, se as declarações do professor eram de real interesse para a sociedade, pois se isso ocorresse, nenhuma sanção lhe poderia ser imposta. Terceiro, deveria ser averiguada a hipótese de as declarações

serem abstratamente de interesse público, mas concretamente falsas ou errôneas. Em sendo falsas, dever-se-ia analisar se acarretaram danos ao sistema escolar. Quarto, deveria se analisar o que ocorreria se as declarações fossem feitas não por um professor sujeito a uma hierarquia, mas sim por um cidadão qualquer. E, nesse caso, dever-se-ia usar o critério da *actual malice* fixado no caso *New York Times v. Sullivan*, segundo o qual responsabilidade só existe quando o declarante sabe serem falsos os fatos ou quando não toma qualquer medida razoável para verificar sua veracidade. À luz desses critérios, entendeu-se que fora ilegal a demissão do professor.

Ao julgar, porém, o caso *Ceballos*, a Suprema Corte americana reafirmou o critério adotado no caso *Connick*, enfatizando a diferença existente entre emprego público e privado, no sentido de que os empregadores dispõem de maior controle sobre seus empregados, abrangendo o que fazem e o que dizem seus subordinados, de forma a permitir que a empresa atinja seus objetivos de eficiência. Assim, deve ser distinguida a situação em que o empregado se expressa como um cidadão normal daquela situação em que se manifesta sobre questões que dizem respeito ao seu emprego. Nessa última hipótese, sua manifestação não está protegida pela Primeira Emenda, devendo, ao contrário, ajustar-se aos critérios e limites mais restritos do direito laboral. Comparou-se o caso *Ceballos* com o caso *Pickering*, dizendo que neste último, as declarações do funcionário tinham interesse público, ao passo que no caso *Ceballos*, as declarações diziam respeito exclusivamente a questões internas da organização, razão pela qual sua liberdade era mais restrita,

131 In: Las empresas de tendencia ante el derecho de trabajo, p. 191, apud MOLINA, André Araújo. Danos à Identidade Pessoal do Trabalhador. In: SOARES, Flávia Rampazzo (coord.). Danos Extrapatrimoniais no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2017, p. 39.

132 Como por exemplo nos casos *Adler et al. v. Board of Education of The City of New York* [1952], *Pickering v. Board of Education of Township High School District 205, Will County* [1968], *Connick, District Attorney of Louisiana v. Myers* [1983], *Gil Garcetti et. al. Petitioners v. Richard Ceballos* [2006]).

justificando-se as sanções que foram impostas ao empregado.¹³³

No direito pátrio, em várias ocasiões o TST dirimiu tais conflitos. No AIRR 1640-76.2007.5.02.0401 (1ª T, Rel. min. Vieira de Mello Filho, DEJT 23.10.2009), exemplificativamente, o TST manteve o reconhecimento de justa causa para demissão de uma trabalhadora que descumpriu o regulamento empresarial que especificava as condições de aparência física e estética que a empregada deveria observar no local de trabalho – um supermercado. No caso, o regulamento interno prescrevia que todos os empregados deveriam apresentar cabelos limpos, mantidos presos ou em cortes curtos, sem tinturas extravagantes. Os homens deveriam estar barbeados. Todos deveriam manter as unhas curtas e limpas. Não deveriam usar *piercing*. Os adornos deveriam ser discretos. No caso, a autora tingiu seu cabelo com tons esverdeados. Pesou na decisão de todas as esferas trabalhistas que o regulamento era conhecido e fora aceito quando da contratação e que, antes da demissão, a autora fora previamente advertida de que deveria voltar à sua tonalidade original, sob pena de demissão.

Mas o próprio TST tem uma firme orientação também favorável aos empregados, quando entende que a limitação da liberdade do empregado não é justificada por razões imperiosas do interesse do empregador. No AIRR 001621-28.2010.5.12.0000 (2ª T, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, DEJT 14/02/2014), o TST deu ganho de causa a um empregado

que fora demitido por suposta justa causa, por ter alegadamente violado vedação expressa constante do regulamento interno da empresa. O regulamento efetivamente vedava o relacionamento amoroso entre colegas de trabalho, inclusive fora do ambiente de trabalho. Um empregado da grande loja de departamentos formalmente violou tal norma, pois passou a se relacionar com uma subordinada sua. Todavia, ficou evidenciado que em seus 25 anos de contrato, jamais sofrera qualquer punição, sendo um funcionário exemplar. Além disso, o relacionamento amoroso era mantido exclusivamente fora do horário e do ambiente de trabalho. Entendeu-se que tal circunstância em nada afetava a imagem da empresa e que, portanto, violava o direito da personalidade do autor. Tratava-se, no caso, da violação ao seu direito à vida privada, que não se confundia, no caso, com seu direito à intimidade.

Em caso julgado em 2016 (RR 001115-83.2013.5.15.0058, 6ª T, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 29.04.2016), o TST reconheceu o direito à indenização por danos morais, por violação da liberdade do empregado e discriminação política. Tratava-se de um empregado que já contava com 20 anos de contrato e que fora demitido em razões de suas convicções políticas. No caso, o empregado filiara-se a um partido político de oposição ao partido político que tinha como candidato a vice-prefeito um dos administradores da empresa para a qual trabalhava.¹³⁴

É hora de concluir.

133 Sobre todos esses casos, v. a minuciosa análise de SHINA, Fernando E. La libertad de expresión y otros derechos personalísimos. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2009, p. 265/312, esp. 278/290 e 302/310.

134 Todos esses casos foram extraídos de MOLINA, André Araújo. Danos à Identidade Pessoal do Trabalhador. In: SOARES, Flaviana Rampazzo (coord.). Danos Extrapatrimoniais no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2017, p. 41/43.

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos temas tratados no presente estudo resgata, inicialmente, a longa trajetória dos Direitos da Personalidade, que migram do campo estrito do Direito Civil, para o status de Direito Fundamental, tipificado no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, onde se robustecem e se infiltram em outras áreas, como as relações trabalhistas.

No Direito privado brasileiro, o Código Civil de 2002 possui o restrito mérito de regular, minimamente, os principais pontos da tutela dos Direitos da Personalidade; sobressai, porém, o caráter econômico da disciplina da matéria, razão pela qual é flagrante a falha na função de um Código Civil, no século XXI, no sentido tanto de concretizar o texto constitucional, como também de servir como instrumento de (co) ordenação do sistema de Direito de Privado.

Relativamente à vinculação dos Direitos da Personalidade e os Direitos do Trabalho, observa-se, em linhas gerais, que a recente reforma trabalhista tentou encapsular a disciplina da matéria exclusivamente nos artigos inseridos na CLT. Todavia, o legislador foi demasiadamente lacônico, não fornecendo critérios mínimos para a resolução dos conflitos que certamente ocorrerão nesta área. Assim, não se poderá prescindir do recurso à teoria geral do direito da personalidade, a fim de servir como elemento impulsionador e agregador do objetivo de proteção dos direitos do empregado.

De fato, os Direitos da Personalidade do empregado – com a exceção da matéria de revistas íntimas – ainda recebe uma disciplina tópica e insuficiente no Direito trabalhista brasileiro. Esta circunstância diminui o nível de proteção dos referidos direitos, na medida em

que ainda não se edificou uma regulamentação precisa para harmonizar os conflitos existentes nesta matéria.

Mesmo que se pretenda considerar que, por força dos novos dispositivos, o Código civil não atenderia a reconhecida função de norma subsidiária do Direito do Trabalho, o certo é que a forma de tratamento da matéria na nova disciplina estabelecida na CLT conduz indiscutivelmente à necessidade de diálogo com a concepção e temática contemporâneas dos direitos da personalidade. Ainda mais se se levar em consideração que a alteração positivada na CLT não inclui a tratativa de questões atuais, como – para citar apenas um exemplo - o indicado caso do assédio sexual.

Considerando o caráter suscinto do regramento jurídico brasileiro, bem como levando em conta que os conflitos que surgirão, envolvendo direitos da personalidade, não são frutos de peculiaridades nacionais – expressam na verdade valores e princípios jurídicos que integram a cultura jurídica ocidental -, é perfeitamente legítimo o recurso ao direito comparado para colmatar lacunas nessa área, na medida em que a sucinta análise feita no presente texto demonstra que o tema tem sido não só objeto de reflexão doutrinária no estrangeiro, como também objeto de decisões na justiça alienígena.

Há que se observar, por fim, no Direito brasileiro - precisamente a partir a da comparação com as soluções estrangeiras – a presença de linhas jurisprudenciais que optam por uma interpretação e aplicação moderadas dos direitos da personalidade do trabalhador, sendo que por força desta circunstância seus interesses acabam sendo preteridos em favor do prestígio dos poderes diretivos do empregador,

fazendo prevalecer o traço imanente de hierarquia do Direito do Trabalho. Ainda que se saiba que não existam direitos absolutos, que a resolução de litígios deva ser feita com ponderada observância de todos os interesses conflitantes, e que o Direito do Trabalho possui características próprias,.

Ainda que se saiba que não existam direitos absolutos, que a resolução de litígios deva ser feita com ponderada observância de todos os interesses conflitantes, e que o Direito do Trabalho possui características próprias, não há como não se criticar os posicionamentos nacionais que, de um lado, não levem devidamente em conta o peso do status de direitos fundamentais de que se revestem os direitos da personalidade - especialmente aqueles tratados nesse despretencioso artigo -, e, de outro, não conduzem a sua valorização e concretização na esfera infraconstitucional, a fim de resguardar plenamente o trabalhador como pessoa, na medida em que esta é a razão última do Direito!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- AGOSTINI, Leonardo Cesar de. *A intimidade e a vida privada como expressões da liberdade humana*. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed., 2011.
- ALDERMANN, Ellen ; KENNEDY, Caroline. *The Right to Privacy*. New York: Vintage Books, 1997.
- ALVES, Ricardo de Paula. Vida Pessoal do Empregado, Liberdade de Expressão e Direitos Fundamentais do Trabalhador. *Revista do Direito do Trabalho*, 2001.
- AMARAL, Francisco. O direito à imagem na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ANDRADE, Fábio S. de. Considerações sobre o desenvolvimento dos direitos da personalidade e sua aplicação às relações do trabalho. *Direito Fundamentais e Justiça*, 2009, v. 6, pg. 162 e segs.
- ANDRADE, Fábio S. de. O Desenvolvimento da Tutela dos Direitos da Personalidade nos Dez Anos da Vigência do Código Civil de 2002. In: LOTUFO, Renan/MARTINS, Fernando/NANNI, Giovanni E. (Org.). *Temas Relevantes do Direito civil contemporâneo*, São Paulo: Atlas, 2012.
- ASPRAY, William; DOTY, Philip; (ed.) *Privacy in America : interdisciplinary perspectives*. The Scarecrow press, inc. Lanham • Toronto • Plymouth, UK, 2011.
- BELMONTE, Alexandre Agra. *O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.
- BIOY, Xavier. *Le Concept de personne humain en droit public*. 1ª ed. Paris: Dalloz, 2003.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Dos direitos da personalidade. In: LOTUFO, Renan;
- NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008.
- BRÜGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; O'CALLAGHAN, Patrick. A common core of

- personality protection. In: BRÜGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; O'CALLAGHAN, Patrick (ed.). *Personality Rights in European Tort Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- BULLINGER, Martin. *Derecho Público y Privado*. Madrid, 1976.
- CALIFANO, Licia. *Privacy: affermazione e pratica di un diritto fondamentale*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2016.
- CANTALI, Fernanda Cantali. *Direitos da Personalidade – Disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2009.
- CARBONNIER, Jean. *Flexible droit*. Pour une sociologie du droit sans rigueur. Trad. it.: *Flessibile diritto*. Per una sociologia del diritto senza rigore. Milano: Giuffrè, 1997.
- CARTA, Cinzia. Documenti “personalii” o “privati”: il caso dei files salvati sul computer aziendale. *Nuova Giurisprudenza Civile Comentata*, 2018, 9, I, pg. 1264 e segs.
- CERAMI, Pietro. “La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio”. In: VACCA, Letizia (a cura di). *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*. Torino: Giappichelli, 1995.
- CHIUSI, Tiziana. A Dimensão abrangente do Direito privado romano. In: PINTO MONTEIRO, António; SARLET, Ingo; NEUNER, Jörg. *Direitos fundamentais e direito privado – Uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra, Almedina, 2007.
- CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2008.
- COGO, Sandra Negri, *Gestão de Pessoas e Integridade Psicológica do Empregador*. São Paulo: LTR, 2006.
- COLLINS, Hugh (ed.). *European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights*. Cambridge: Intersentia, 2017.
- COMANDÉ, Giovanni. Comparative remarks. In: BRÜGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; COMANDÉ, Giovanni (org.). *Fundamental Rights and Private Law in the European Union – Vol. I: A Comparative Overview*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1970.
- COUCE DE MENEZES, Cláudio Armando. Assédio Moral e seus Efeitos Jurídicos. *Revista de Direito do Trabalho*, 108, p. 193 e segs.
- CREMER, Hans-Joachim. *Human Rights and the Protection of Privacy in Tort Law – A Comparison between English and German Law*. New York: Routledge-Cavendish, 2011.
- DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- ECO, Umberto, *Quale Privacy?*, in <http://>

www.privacy.it/archivio/eco20000928.html, acessado em 02/04/2019.

EHMANN, Horst. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht. In: *50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft*. Beck, 2000.

FACCHINI NETO, Eugênio; PINTO DA SILVA, Guilherme Augusto. Ambiente de trabalho e privacidade: o caso do correio eletrônico à luz do direito comparado. In: SARLET, Ingo Wolfgang; STRAPAZZON, Carlos Luiz; SCHIER, Paulo Ricardo; PINTO DA SILVA, Guilherme Augusto; MACEDO, Fernanda dos Santos. (Org.). *Constituição e Direitos Fundamentais: estudos em torno dos fundamentos constitucionais do direito público e do direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, v. 1, p. 90-110.

FACCHINI NETO, Eugênio; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Tutela Aquiliana do Empregado: considerações sobre o novo sistema de reparação civil por danos extrapatrimoniais na área trabalhista. *Revista dos Tribunais*, v. 984, p. 219-254 (2017).

FACCHINI NETO, Eugênio. A proteção aquiliana do direito à imagem no direito comparado. *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, v. 45, p. 287-308 (2018).

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERNANDES, Milton. Os Direitos da Personalidade. In: *Estudos jurídicos em*

homenagem ao Prof. Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FRADERA, Vera Jacob de. O Valor do silêncio no novo Código Civil. In: *Aspectos Controvertidos no novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2003.

FRANZONI, Massimo. *Trattato della Responsabilità Civile – Vol. II - Il danno risarcibile*. 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 2010.

FRANZONI, Massimo. *Trattato della Responsabilità Civile – Vol. I - L'illecito*. 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 2010.

FREITAS DE ALMEIDA, Luiz Antônio. Violação do direito à honra no mundo virtual: a (ir) responsabilidade civil dos prestadores de serviço da Internet por fato de terceiros. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org.). *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

FIGUEIRAS DE GÓIS, Luiz Marcelo. Assédio Moral: a nova ameaça à integridade do ambiente de trabalho. *Justiça do Trabalho*, 287, p. 36 e segs.

GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: PINTO MONTEIRO, António; SARLET, Ingo; NEUNER, Jörg. *Direitos fundamentais e direito privado – Uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra, Almedina, 2003.

GIERKE, Otto. *Deutsches Privatrecht*. Erster Band, 1936, ed. Inalterada da 1. ed., 1905.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Teoria da abertura

material do catálogo de direitos fundamentais e a aplicação das convenções internacionais da OIT nas relações de Trabalho no Brasil. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira Mazzuoli (org.). *Direito internacional do trabalho: o estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil*. São Paulo: Ltr, 2016.

GOMES, Orlando. Direitos da Personalidade. *Revista Forense*, v. 216, 1966, p. 5.

GONZÁLES, Carlos Antonio Agurto; MAMANI, Sonia Lidia Quequejana. El fenómeno “*Mobbing*” y su Influencia en el Derecho Comparado”. In: SOARES, Flaviana Rampazzo (coord.). *Danos Extrapatrimoniais no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

GUEDES, Márcia Novaes. *Terror Psicológico no Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. O Direito da Personalidade do Novo Código Civil e o Direito do Trabalho. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.), *O Impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 2003.

HASSON, Roland. Proteção aos Direitos da Personalidade – Assédio Moral. *Revista LTr*, v. 72, n. 11 (2008).

HEMEL, Daniel Hemel; LUND, Dorothy S. Sexual Harassment and Corporate Law. *Columbia Law Review*, vol. 118, 2018, p. 1583 et seq.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio Moral : A*

violência Perversa no Cotidiano. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2002.

KEETON, W. Page; DOBBS, Dan B.; KEETON, Robert E.; OWEN, David G. *Prosser and Keeton on The Law of Torts*. 5. ed., 10ª tiragem. St. Paul/ Mn: West Publishing Co., 2004.

KÉFER, Fabienne; MAISETTI, Perrine. La vie personnelle du salarié. In : RENCHON, Jean-Louis (dir.). *Les droits de la personnalité*. Bruxelles: Bruylant, 2009.

HASSON, Roland. Proteção aos Direitos da Personalidade – Assédio Moral. *Revista LTr*, v. 72, n. 11 (2008), p. 1357.

HATTENHAUER, Hans. *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts*. 2 ed. Beck Verlag, 2000.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 1995.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio Moral : A violência Perversa no Cotidiano*. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2002.

IGLESIAS, Sérgio. *Responsabilidade Civil por danos à personalidade*. Barueri: Manole, 2002.

IGO, Sarah E. *The Known Citizen – A History of Privacy in Modern America*. Cambridge: Harvard University Press, 2018.

JAUERNIG. *BGB – Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*. 10. ed.. Beck Verlag, 2003.

KEETON, W. Page; DOBBS, Dan B.; KEETON, Robert E.; OWEN, David G. *Prosser and Keeton on The Law of Torts*. 5. ed., 10ª tiragem. St. Paul/ Mn: West Publishing Co., 2004.

KÉFER, Fabienne; MAISETTI, Perrine. La vie personnelle du salarié. In : RENCHON, Jean-Louis (dir.). *Les droits de la personnalité*. Bruxelles: Bruylant, 2009.

LAJE, Alejandro. *Derecho a la intimidad – Su protección en la sociedad del espectáculo*. Buenos Aires: Astrea, 2014.

LEWICKI, Bruno. *A Privacidade da Pessoa Humana no Ambiente de Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LIBOREIRO, Andrea Rodríguez. Spain. In: OLIVER, Dawn; FEDKE, Jörg (ed.). *Human Rights and the Private Sphere – A comparative Study*. New York: Routledge-Cavendish, 2007.

LOBO, Paulo. A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo, *Direito Civil Contemporâneo – novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Atlas, 2008.

LORENZETTI, Ricardo L. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*. Parte Geral. V. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MANSSSEN, Gerrit. *Grundrechte*. Beck, 2000.

MASSON, Jean-Pol. Le Droit à l'Image. In: RENCHON, Jean-Louis (dir.). *Les droits de la personnalité*. Bruxelles: Bruylant, 2009.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*, parte geral, tomo III. Coimbra: Almedina, 2004.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org.). *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

MOLINA, André Araújo. Danos à Identidade Pessoal do Trabalhador. In: SOARES, Flaviana Rampazzo (coord.). *Danos Extrapatrimoniais no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

MONATERI, Pier Giuseppe. *La Responsabilità Civile*. (vol. integrante do *Trattato di Diritto Civile*, dir. por R. Sacco, *Le Fonti delle Obbligazioni*, vol. 3). Torino: UTET, 1998.

MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros; BARROS MONTEIRO, Ralpho Waldo de; BARROS MONTEIRO, Ronaldo de; BARROS MONTEIRO, Ruy Carlos de. *Comentários ao novo código civil*. V. I. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, Rodrigo Pereira. *Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade – Proteção e Promoção da Pessoa Humana*. Curitiba: Juruá, 2016.

MOTA PINTO, Paulo. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Iuridica*, 40, 1999.

MUTZENBECHER, Franz. *Zur Lehre vom Persönlichkeitsrecht*. Hamburg, 1909.

NISSENBAUM, Helen. *Privacy in Context – Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*. Stanford: Stanford Law Books, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a Direitos Fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (org.) *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. I. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

NOVOA MONREAL, Eduardo. *Derecho a la vida privada y libertad de información – un conflicto de derechos*. Cerro del Agua/Mexico: Siglo Veintiuno Editores, 1981.

OLIVEIRA, Ariete Pontes; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. A Tutela Juslaboral e a Reparação por Danos à Honra do Trabalhador”. In: SOARES, Flaviana Rampazzo (coord.). *Danos Extrapatrimoniais no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego. *RTDC*, vol. 28, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de Direito Privado*, Vol. V. Rio de Janeiro: ed. Borsoi, 1955.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de Direito Privado*, Vol. VII. Rio de Janeiro: ed. Borsoi, 1955.

POSNER, Richard. Privacy, Surveillance, and Law. *Apud* SARAT, Austin; DOUGLAS, Lawrence;

UMPHREY, Martha Merrill (ed.). *Imagining New Legalities – Privacy and its Possibilities in the 21st Century*. Stanford: Stanford Law Books, 2012.

PUGLIESE, Giovanni. “Relazione finale”. In: VACCA, Letizia (a cura di). *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*. Torino: Giappichelli, 1995.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância. A privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUARO, Regina. O Conteúdo essencial dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada na relação de emprego: o monitoramento do correio eletrônico pelo empregador. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação – algumas aproximações*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2007.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. Danos Morais nas Relações de Trabalho. In: SOARES, Flaviana Rampazzo (coord.). *Danos Extrapatrimoniais no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

SARLET, Ingo W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCALISI, Antonino. *Il Diritto alla Riservatezza*. Milano: Giuffrè, 2002.

SCHWAB, Dieter. *Einführung in das Zivilrecht*. 15. ed. Müller Verlag, 2002.

SCHWABE, Jurgen; Martins, Leonardo (org.) *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal*

Constitucional Federal Alemão. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005.

SESSAREGO, Carlos Fernández. *Derecho y persona*. 5ª ed. atual. e ampl. Buenos Aires: Astrea, 2015.

SHINA, Fernando E. *La libertad de expresión y otros derechos personalísimos*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2009.

SICA, Salvatore. Verso l'unificazione del diritto europeo alla tutela dei dati personali? In: SICA, Salvatore; D'ANTONIO, Virgilio; RICCIO, Giovanni Maria (org.). *La nuova disciplina europea della privacy*. Milanofiori Assago: CEDAM/Wolters Kluwer, 2016.

SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy*. Cambridge/Ma: Harvard University Press, 2008.

SUDRE, Frédéric et al. *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*. 6ª ed. Paris : Presses Universitaires de France, 2011.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVEIRA NETO, Antonio; PAIVA, Mario Antonio Lobato de. A Privacidade do trabalhador no meio informático. *Revista de Direito do Trabalho*, 2003.

SUEIRO, Maria E. Rovira. *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. In: ____ *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar.

TRABUCO, Cláudia. Dos contratos relativos à imagem. *O Direito*, Coimbra: Almedina, 2001, a. 133º, n. 2, , p. 390.

TRIMARCHI, Pietro. *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*. Milano: Giuffrè, 2017.

VAN DAM, Cees. *European Tort Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

VAN GERVEN, Walter; LEVER, Jeremy; LAROUCHE, Pierre; VON BAR, Christian; VINEY, Geneviève. *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law Scope of Protection*. Oxford: Hart Publishing, 1999.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

WACKS, Raymond. *Privacy – A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

WALDMAN, Ari Ezra. *Privacy as Trust – Information Privacy for an Information Age*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, 1890, p. 193 et seq.

WESTIN, Alan. *Privacy and Freedom*. Reedição. New York: I.G. Publishing, 1996.

WHITMAN, James Q. The Two Western Cultures of Privacy. *The Yale Law Journal*, 2004, p. 1171 et seq.

ZAGREBELSKY, Vladimiro; CHENAL, Roberto; TOMASI, Laura. *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*. Bologna: Il Mulino, 2016.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *Tratado de Daños a las Personas – Daños à la Dignidad*, vol. I – Identidad. Honor. Intimidad. Buenos Aires: Ástrea, 2011.

ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism – The Fight for a Human Future and the New Frontier of Power*. New York: PublicAffairs, 2019.

Publicado originalmente no Livro *Direitos da Personalidade do Trabalhador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. Cap. 3, p.59-85

BIG DATA, CRUZAMENTO DE DADOS E PROTEÇÃO À VIDA PRIVADA

Mariana Viale Pereira

Maria Cláudia Cachapuz

Resumo

O *Big Data* representa uma enorme quantidade de dados e de informações alcançadas em uma velocidade recorde na história da humanidade. A questão que emerge, entretanto, é de que forma o uso desses dados, a partir de probabilidades e correlações, pode interferir no direito à privacidade e até mesmo na liberdade individual. Isso se reflete no conflito entre direitos fundamentais, que exige uma ponderação, a partir de bases empíricas, para se alcançar as soluções corretas aos novos problemas que decorrem da realidade da era *Big Data*.

Palavras-chave: *Big Data*; Conflito; Direitos fundamentais; Ponderação.

Abstract

Big Data represents an enormous quantity of data and information that has reached

historical record speeds. However, the question that stems from this is in which manner the use of this data, in the midst of probabilities and correlations, could interfere in private rights and even in individuals freedoms. This is reflected in the conflict among fundamental human rights, that demands some balance, starting with empirical evidence to achieve concrete solutions to the new issues that come along with the reality of the age of Big Data.

Key words: Big Data; conflict; fundamental human rights; balance.

Introdução

As possibilidades geradas pela quantidade de dados que podem ser processados hoje, bem como as conexões que são possíveis a partir desses dados são inimagináveis. E, nesse panorama, a dificuldade vai desde a diferenciação entre o que são dados públicos e o que são dados privados, além da permissão para uso desses dados. Especialmente,

.....
Mariana Viale Pereira

Mestre pela UFRGS

Maria Cláudia Cachapuz

Doutora em Direito pela UFRGS, Professora da Faculdade de Direito da UFRGS e da Universidade Feevale e Magistrada do TJRS

porque não há como prever de antemão quais as conexões serão realizadas, ou para que finalidade esses dados serão utilizados. E nessa medida, torna-se também difícil definir a área de privacidade que deve ser preservada.

Já se escreveu em outra oportunidade que há uma relação mútua entre a construção de espaços ao privado e ao público na perspectiva de estabelecimento de uma autodeterminação informativa – e, portanto, e pleno controle sobre as informações nominativas de cada um –, justamente quando se busca promover o livre desenvolvimento da personalidade do homem: “Ou seja, tanto da liberdade decorrente do pensar, como da liberdade que obriga o homem a compartilhar experiências em sociedade. Até porque, é também a partir da distinção entre espaços privados e públicos que resta reconhecido o ambiente social para a vida de convivência” (CACHAPUZ, 2006, p. 55). A questão de fundo é, na essência, o problema do chamado “impulso à auto-exposição” (ARENDT, 1993, p. 28), não apenas porque a pessoa participa de uma vida comum com os demais, partilhando experiência tecnológica e informações próprias a seu tempo, mas, fundamentalmente, porque também o indivíduo deseja *aparecer* e, em determinada medida, fazer-se visto, “por feitos e palavras” (ARENDT, 1993, p. 28), pelos demais¹.

A ação e reação sistemática ao avanço da ciência, especialmente em áreas de maior desenvolvimento tecnológico – como a da Tecnologia da Informação -, revela a tendência do homem contemporâneo de aprender a lidar

com a sua individualidade sem necessariamente abdicar de um benefício tecnológico que lhe facilita o contato com uma esfera pública de relacionamento. Paul Virilio, antes mesmo da consolidação de uma situação de controle informativo pela ideia do Big Data, menciona o exemplo de uma pessoa que “para lutar contra os fantasmas que pareciam persegui-la” (VIRILIO, 1999, p. 61) instala câmeras de vídeo na residência, permitindo que os visitantes de seu espaço de divulgação na Internet possam auxiliá-la no combate a eventuais fantasmas, num exercício não muito diferente daquele usufruído por quem explora a própria imagem em espaços destinados a efetivos diários de confissão pública, como o *Facebook*. Poder-se-ia, portanto, questionar em que medida a esfera pública - ou aquilo que a represente no mundo das aparências (ARENDT, 1993) - tem-se traduzido em espaço de reflexão ao indivíduo - na essência, resguardado ao privado -, ou mesmo até que ponto se pode reconhecer uma nova concepção de liberdade para o desenvolvimento (livre) da personalidade na sociedade contemporânea.

A problematização trazida no presente estudo refere-se basicamente ao conflito gerado pelo *Big Data* e o direito à intimidade e privacidade. Trata-se, de uma lado, de uma fonte imensurável de possibilidades que surgem a partir do acesso e conexão de dados, que pode incluir o uso público ou privado dessas informações, seja na busca de solução de problemas de interesse público pelo Estado, seja por empresas privadas, detentoras de tais informações, visando interesses privados específicos e interesses econômicos. De outro lado, isso se traduz em um momento novo, que passa a exigir uma mudança em relação

1 Conferir o desenvolvimento do tema em estudo sobre liberdade e acesso à informação, pela análise da “autodeterminação informacional”, de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2001, p. 242).

ao que se tinha até então como proteção do direito de intimidade e vida privada, a partir de um conceito de autodeterminação informativa - em que se buscava garantir, a princípio, uma possibilidade de controle sobre os dados pessoais, pelo próprio indivíduo, o que parece não ser mais possível, nessa nova realidade. Impõe-se uma mudança em relação à tutela jurídica, a fim de continuar buscando uma efetiva garantia ao direito à privacidade em relação aos dados pessoais.

Para tanto, parte-se de uma breve explanação das mudanças trazidas pelo sistema *Big Data*, incluindo o que se pode entender por *Big Data* e às inovações e incertezas causadas por essa nova etapa de desenvolvimento do conhecimento informatizado. Após, serão introduzidas breves explicações acerca do entendimento do direito de personalidade, a partir da teoria das esferas, como um princípio, a ser ponderado, quando em conflito com princípios opostos. Buscar-se-á ainda elucidar o regramento brasileiro acerca da questão.

1. Cenário atual e conceito de Big Data

Historicamente a coleta de dados tem sido difícil, com consumo muito grande de tempo e de recursos. O grande entusiasmo causado pelo *Big Data* decorre da percepção de que o armazenamento e cruzamento de dados informativos em larga escala oferece fácil acesso a uma quantidade massiva de dados (BOYD Danah e CRAWFORD, 2012. P. 673). Sites de mídias sociais, telefones inteligentes e outros dispositivos de consumo, como computadores, tem permitido que bilhões de indivíduos ao redor do mundo contribuam para a quantidade de dados disponíveis (MANYICA, James e

outros, 2011, p. 1).

Quando se fala em Big Data - apesar de, geralmente, conseguir-se identificar que se está falando de uma grande quantidade de dados -, dificilmente, apreende-se, em um primeiro momento, o que realmente pode significar o fenômeno. E, de fato, *a priori*, a ideia de um Big Data só permite que se afirme que as possibilidades de trato disponível à informação são infinitas, a depender das conexões a serem realizadas, bem como da finalidade que se pretende alcançar com o conteúdo informativo predisposto.

Para elucidar a questão, Viktor Mayer-Schönenberger e Kenneth Cukier iniciam o seu livro intitulado *Big Data*, explicando como o Google pôde antecipar a expansão da gripe H1N1, nos Estado Unidos da América, no ano de 2009, inclusive em regiões específicas. A conclusão é extraída de bilhões de pesquisas diárias, recebidas e salvas pela empresa. A partir dos dados dispostos, do poder de processamento e do conhecimento estatístico da empresa, restou realizada uma pesquisa baseada nos termos de busca mais comuns pesquisados pelos americanos e na comparação de tais informações com os registros dos CDCs (Centros de Controle e Prevenção de Doenças), a partir de correlações entre a frequência de pesquisas realizadas e da disseminação da gripe em épocas e localidades específicas (MAYER-SCHONBERGER, Viktor e CUKIER, Kenneth, 2013, p. 1-2). A partir do cruzamento de informações, foi descoberta uma combinação de 45 termos de busca que, quando usados conjuntamente em um modelo matemático, mantinham correlação entre a previsão de manifestação da doença e o número oficial de pessoas atingidas pela doença. Ao contrário dos dados oficiais,

contudo, a informação apurada permitia apontar a disseminação do vírus quase em tempo real, antecipando a situação de ocorrência entre uma ou duas semanas em relação à estatística oficial (MAYER-SCHONBERGER, Viktor e CUKIER, Kenneth, 2013, p. 2).

Tal exemplo, assim como tantos outros já registrados, demonstram o quão potente pode ser o uso dos dados informativos como uma ferramenta de auxílio a diversas questões sociais, incluindo as áreas de pesquisas relacionadas a doenças, à segurança – inclusive para combate ao terrorismo –, à adaptação climática (BOYD Danah e CRAWFORD, 2012. P. 663-664). É visto ainda como uma revolução do uso da tecnologia da informação em termos de gestão de negócios para a tomada de decisões – das mais diversas ordens –, possibilitando a medição de variáveis e condições diversas para a escolha da decisão acertada (MCAFEE, Andrew e BRYNJOLFSSON, Erik, 2012, p. 4). No varejo de venda de livros, por exemplo, a partir das compras online, o cruzamento de informações qualificadas permite a compreensão sobre o público a ser atingido, de forma a potencializar o gosto e as preferências do consumidor para que o fornecedor tenha a capacidade de antecipar o que poderia sensibilizar as preferências de determinado consumidor, cooptando-o para o ato de compra. Mais ainda, desenvolvem-se algoritmos para prever quais livros o consumidor gostaria de ler depois da aquisição que está sendo feita ou mesmo algoritmos que executam, de forma cada vez mais ágil, a própria preferência daquele consumidor com a política de fidelização, para apontar, inclusive, se o cliente responde ou ignora a recomendação (MCAFEE, Andrew e BRYNJOLFSSON, Erik, 2012, p. 4).

Um modelo de previsões com uma vasta quantidade de dados, inclusive de forma transnacional, pode ser feito substancialmente de maneira mais acurada pelo aumento dos dados a uma escala massiva. Daí porque uma maior quantidade de dados é potencialmente mais valiosa quando as informações são utilizadas para uma análise de previsões. As instituições capazes de armazenar e trabalhar com o cruzamento de um número significativo de dados -acrescidas da habilidade de tirar alguma vantagem informativa desses dados - potencialmente podem obter uma vantagem competitiva substancial sobre instituições sem acesso a mesmos bancos de dados com semelhante potencial ou sem a habilidade de lidar com eles (FORTUNY, Enric Junqué de, MARTENS, David e PROVOST, Foster, 2013, p. 223).

No âmbito público, principalmente pela possibilidade de compartilhamento aberto de dados, o *Big Data*, sem dúvida, pode se transformar em instrumento de potente partilha de conhecimento e transparência de informações, capaz de potencializar soluções para inúmeros problemas sociais. No entanto, trata-se de fenômeno que desafia essa mesma sociedade global com relação ao correto tratamento da informação e de como o aproveitamento da tecnologia pode alterar as relações entre as instituições e as pessoas (MAYER-SCHONBERGER, Viktor e CUKIER, Kenneth, 2013, p. 11). E isto assim se compreende justamente porque o fenômeno do *Big Data* permite o desenvolvimento de habilidades e de capacidades à obtenção permanente de informações e serviços de valor e utilidade significativos, a partir da correlação de dados visando a um fim específico. Tais correlações

permitem, a partir de probabilidades, talvez não ainda dizer *por que* algo acontece, mas alertam sobre o fato de que *algo* acontece, antevendo situações para futuro capazes de alterar relações de causalidade atuais em sociedade (MAYER-SCHONBERGER, Viktor e CUKIER, Kenneth, 2013, p. 8-10).

A grande questão relacionada com o *Big Data* é que as informações geradas com um objetivo são arquivadas, transformadas em dados e depois reutilizadas para outros objetivos. A partir dessa realidade, tem-se que o valor dos dados não diminui com o uso, na medida em que eles podem ser reprocessados e utilizados várias vezes com o mesmo objetivo, ou com objetivos diversos. O valor dos dados está mais relacionado com o seu uso do que com a sua detenção (MAYER-SCHONBERGER, Viktor e CUKIER, Kenneth, 2013, p. 71-85). Assim, as finalidades e utilidades dos dados não são possíveis de serem previstas pelo consumidor, ou usuário dos dados, quando de sua disponibilização, e muitas vezes nem mesmo pelo próprio coletor e depois detentor dos dados, em razão das infinitas possibilidades de usos secundários (MAYER-SCHONBERGER, Viktor e CUKIER, Kenneth, 2013, p. 107). Nessa medida, a autorização para a coleta da informação, baseada na informação acerca do uso imediato das informações, talvez já não se preste a uma proteção efetiva em termos de privacidade.

Tal é a amplitude de exposição pública a partir do desenvolvimento do fenômeno do *Big Data*, que, em termos jurídicos, o reflexo é justamente no âmbito de construção de ferramentas que possam garantir a preservação de uma esfera privada. A questão é que, dado o volume e a capacidade de cruzamento

de dados informativos, três das principais estratégias utilizadas para garantir privacidade - o consentimento individual, a opção de exclusão e a anonimização referentemente aos dados - cada vez mais perdem terreno jurídico e mesmo uma solução eficaz em termos de proteção. Veja-se, recentemente, a alteração de posicionamento jurídico do STJ em relação ao dever de notificação prévia do consumidor - a exemplo da construção dogmática até então prevalente em relação ao armazenamento de dados negativos e de aplicação da Lei nº 12.414/2011 para a justificação de armazenamento de dados em cadastros positivos - para a obtenção de consentimento ao armazenamento de informações utilizadas em bancos de análise de risco de crédito. Na argumentação proposta e acolhida no Recurso Especial nº 1.419.697/RS², esta notificação prévia não mais é necessária

.....
2 Como estabelecido no Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.419.697/RS, são definidas as seguintes teses para aplicação, por analogia, em demandas judiciais assemelhadas 1) O sistema "credit scoring" é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito); 2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (Lei do cadastro positivo); 3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011; 4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas; 5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema "credit scoring", configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de

e depende, unicamente, de uma atividade de busca pelo consumidor. É ele que passa a ter a responsabilidade de querer garantir a sua privacidade frente ao gestor de um banco cadastral de cruzamento de informações para análise e tratamento estatístico sobre suas qualidades como tomador de um crédito.

Há indicativos de que inclusive as campanhas eleitorais tem sido influenciadas de forma significativa pelo cruzamento de informações dispostas no *Big Data*, uma vez que as campanhas políticas contemporâneas acumulam significativas bases de dados informativos e contratam analistas de dados de campanhas para criar modelos prevendo os comportamentos dos indivíduos, disposições eleitorais – inclusive quanto à participação ativa e capacidade de influenciar terceiros - e respostas ao contato de promotores de uma campanha eleitoral. Esse novo modo de direcionamento dos dados nas campanhas oferece aos candidatos e aos seus assessores poderosas ferramentas para manejo da estratégia eleitoral (NICKERSON, David W., ROGERS, Todd., 2014, p. 3).

2. O direito a intimidade e a vida privada e o direito geral de liberdade

Em aparente sentido contrário ao movimento do *Big Data*, sem dúvida se reconhece um movimento de busca à proteção dos dados nominativos, justamente porque capazes de revelarem um passo à violação do que se tem como relacionado ao espaço

.....
informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados.

privado dos indivíduos. De forma ampla, o direito à intimidade e à vida privada está previsto no ordenamento jurídico brasileiro como direito fundamental (art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988), incluído, no reflexo possível nas relações entre privados, igualmente no art. 21 do Código Civil brasileiro, no que toca à identificação de efetivos direitos de personalidade.

Para possibilitar a efetiva proteção à vida privada, tem-se como possível o reconhecimento de espaços distintos de atuação do ser humano, relacionados com um âmbito de atuação privado ou público, e que, portanto, merecem uma tutela jurídica diversa. A esfera mais interior, ou mais íntima, seria o último e inviolável âmbito de liberdade humana, que deveria ser protegido de forma absoluta, responsável pela configuração da vida privada; a esfera privada ampliada, que inclui o âmbito privado que não pertence a essa esfera mais íntima; e a esfera social, que inclui tudo aquilo que não for atribuído às duas esferas anteriores. (ALEXY, Robert, 2006. P. 360-361). Como se pode ver, a garantia de liberdade geral de ação está relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade. E a distinção entre esferas de proteção com diferentes intensidades seria o resultado de ponderações do princípio da liberdade negativa conjuntamente com outros princípios, em face de princípios colidentes. Assim, tem-se que o que a diferenciação entre as esferas privada e social destaca é que a proteção dos direitos fundamentais deve ser tão maior, quanto maior for o peso dos princípios que protegem a privacidade e que estejam aliados ao princípio da liberdade geral de ação (ALEXY, Robert, 2006. P. 361-364).

A relação entre os princípios contrapostos

ocorre a partir da relação de ponderação entre eles, capaz de gerar a conexão entre as possibilidades fáticas e jurídicas de um caso concreto. Assim, quando uma norma de direito fundamenta com caráter de princípio – como o direito à intimidade e a vida privada – colide com um princípio contrário – como o interesse público em relação à segurança do Estado – a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio contrário. Para se chegar a uma decisão é preciso realizar uma ponderação (ALEXY, Robert, 2006. P. 116-117). Considerando que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é ordenável e, considerando que para essa aplicação, nos casos de colisão, se faz necessária uma ponderação, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de uma ponderação quando elas colidem com princípios contrários. O que significa que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito pode ser deduzida do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais (ALEXY, Robert, 2006. P. 117-118). O princípio da proporcionalidade exige a observação das três máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Sendo que as duas primeiras decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas, enquanto a última decorre do fato dos princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas (ALEXY, Robert, 2006, 117-118). Por isso, toda a solução jurídica que acabe restringindo o exercício de uma liberdade individual, tanto para privilegiar uma situação relacionada à privacidade, quanto para privilegiar uma liberdade de expressão do pensamento em nome do interesse público,

deve resultar de uma ponderação entre princípios, em que todas as circunstâncias fáticas e jurídicas estarão disponíveis à análise do intérprete. O que é garantido pela adoção de uma argumentação jurídica baseada no discurso (CACHAPUZ, Maria Cláudia, 2006, 146-147).

A importância de tal construção jurídica para a compreensão dos espaços destinados ao público e ao privado no ordenamento jurídico se torna essencial na medida em que se inaugura, pela Lei 10.406 de 2002, um capítulo exclusivo aos direitos de personalidade no Código Civil brasileiro. Traduzindo o artigo 21 do Código Civil um efetivo direito subjetivo à proteção da intimidade e da vida privada, permite reconhecer que o ordenamento jurídico brasileiro oferece hoje uma estrutura suficiente à configuração de uma proteção à esfera privada, não apenas por oferecer as ferramentas essenciais para a proteção desta esfera no âmbito específico das relações jurídico-privadas, mas por criar uma cláusula geral ao juiz, para ver aplicada a tutela específica ao caso concreto. O que inclui não apenas a solução indenizatória tradicional, como a possibilidade de exame de uma tutela preventiva.

E nisso assume papel essencial a leitura conjunta do artigo 21 ao artigo 187 do Código Civil brasileiro. Mesmo que uma primeira doutrina (THEODORO JR., 2003) tenha descrito, na apreciação do art. 187, a manifestação jurídica do instituto do abuso do direito, quer-se, aqui, defender premissa diversa, no sentido de que o direito subjetivo à intimidade e à vida privada é, em sua essência, ilimitado quanto à liberdade que tutela. O que não quer dizer que não possa sofrer restrições. Estas, porém, partem não de uma configuração abstrata (no conceito), mas das condições fáticas e jurídicas

que são impostas pelo caso concreto.

Nessa medida, a ideia de boa-fé, como um dos elementos da conduta lícita do indivíduo pelo art. 187, aproxima-se da concepção de confiança, visando assegurar a relação do particular com o universal, não dispensando relevância ao princípio da igualdade na esfera pública. Há a pretensão de afirmar um princípio de igualdade do ponto de vista formal em relação ao exame das liberdades em conflito, permitindo o conceito de boa-fé que a ideia de confiança seja avaliada a partir das particularidades do caso concreto proposto à discussão. A boa-fé estabelece uma ponte entre o discurso real e o ideal para que, em última análise, o imperativo categórico, reconhecido na característica universal da norma, sirva como *cânone* hermenêutico ao teste de uma máxima de ação particular.

A ligação estrita entre confiança e boa-fé para a caracterização de eventual ilicitude civil é revelada pela necessidade de que se identifique, frente à situação particular, a relação de confiança antes pressuposta no plano formal. Como proposto no art. 187, o conceito de boa-fé identifica a relação de confiança (interna ou externa) estabelecida em face do caso particular, conectando-a à universalidade de conduta exigida do ponto de vista formal e assim possibilitando que se identifique eventual situação de ilicitude em relação ao caso concreto. A conexão promovida pelo elemento da boa-fé, por consequência, é dirigida tanto à relação do particular com o universal, como, na mesma medida, à relação da exclusividade (esfera privada) com a igualdade (esfera pública), de forma a tornar possível uma avaliação do tipo de confiança depositado pelos

indivíduos nas suas relações de convívio. Pela ideia de boa-fé pode-se analisar a extensão da auto-exposição promovida pelo indivíduo e medir como quer a pessoa aparecer no espaço público, tornar-se vista. Tal condição é relevante para a própria compreensão da necessidade ou não de se restringir uma liberdade subjetiva, a fim de tutelar a intimidade ou a vida privada de alguém.

3. Autodeterminação informativa e o cenário atual

Na era da informática e da internet já era possível se reconhecer uma mudança na forma como o homem contemporâneo lida com a sua individualidade e com a sua exposição. A ideia de autodeterminação informativa a todo o indivíduo foi garantida, já em 1983, pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em decisão relacionada à Lei do Censo Alemã, no sentido de que toda e qualquer informação pessoal só se tornasse pública se tutelada por um determinado interesse público, porque conhecida pelo titular a sua existência, bem como com quem é compartilhada, a fim de não frear a liberdade do indivíduo de planejar ou decidir segundo sua própria determinação (CACHAPUZ, Maria Cláudia, 2006. P. 249). O que acaba por reafirmar a adoção da teoria das esferas, a partir do entendimento de que o direito de liberdade não é anulado por uma proteção à esfera de exclusividade do indivíduo, impondo a ponderação a partir de circunstâncias fáticas e jurídicas concretas para evidenciar o grau que pode ser restringida qualquer liberdade, em que também o âmbito absolutamente inviolável, concernente a posições protegidas concretamente de forma

definitiva, é o resultado de ponderações (CACHAPUZ, Maria Cláudia, 2006. P. 249).

Assim, para que o indivíduo possa ser livre, pressupõe-se que este possa determinar a sua ação numa esfera pública e isso apenas é possível na medida em que haja também uma autolimitação (CACHAPUZ, Maria Cláudia, 2006. P. 253). A ideia, portanto, para garantir uma efetiva proteção às informações pessoais dos indivíduos é que o titular das informações possa ter o controle sobre o armazenamento e a transmissão dos dados, reconhecendo a possibilidade de interferência do titular a qualquer momento. No Brasil, a preocupação com a proteção de dados pessoais se deu principalmente em relação às leis de consumo, a partir da Lei nº 8.078/90, que disciplina a atuação dos bancos cadastrais relacionado ao consumo. Busca-se garantir ao indivíduo a existência do registro, a fim de que seja lhe possibilitado verificar desde a extensão, até a veracidade das informações armazenadas, a fim de eventualmente, ser possível promover a sua correção.

A ideia de autodeterminação informativa está marcada, nessa medida, por um princípio da transparência ou publicidade em relação ao armazenamento de dados, uma vez que não é efetiva a existência de um registro de informações pessoais se não existir, de forma efetiva, a possibilidade de fiscalização do conteúdo existente no registro. E isso se mostra relevante não apenas no que diz com a restrição do conteúdo informativo, como também a hipótese de verificação da pertinência do registro sobre determinado interesse público, a partir da qualidade da informação – que aparece como uma das condições de proteção de uma esfera de privacidade, na medida em

que está vinculada a uma correção e atualidade da informação, além de uma vinculação às finalidades de sua coleta e armazenamento (CACHAPUZ, Maria Cláudia, 2006. P. 259-262).

Ainda, a Lei nº 12.965/2014 introduziu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, prevendo entre os seus princípios a proteção dos dados pessoais, na forma da lei (art. 3º, III), bem como a responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei (art. 3º, VI), além da liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei (art. 3º, VII). Verifica-se nesse último inciso uma abertura, no que diz com o conhecimento acerca do uso que é feito dos dados, nessa nova realidade *Big Data*, bem como a incoerência de proibição *a priori*, mas de uma possibilidade de restrição, quando verificada uma afronta aos princípios contrários, como o da proteção dos dados, o que deixa aberto o espaço a uma ponderação a ser realizada, a partir das peculiaridades do caso concreto, a ser realizada pelo aplicador do direito, quando verificada uma situação de conflitos de liberdades.

A própria lei, apesar de não falar especificamente em *Big Data*, reconhece uma nova realidade, a ser considerada, uma vez que no seu art. 6º estabelece que “na interpretação desta Lei serão levados em conta, além dos fundamentos, princípios e objetivos previstos, a natureza da internet, seus usos e costumes particulares e sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural.” No entanto, no artigo seguinte (7º), garante expressamente aos usuários a “inviolabilidade da intimidade e da vida privada,

sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (inciso I); a “inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial” (inciso III); “não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicação de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei” (inciso VII); “informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que justifiquem sua coleta, não sejam vedadas pela legislação e estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet” (inciso VIII, “a”, “b” e “c”); “consentimento expresso sobre coleta, uso armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais” (inciso IX); “exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei” (inciso X).

A lei, inclusive, garante o direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações como condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet (art. 8º), considerando nulas de pelo direito as cláusulas contratuais que violem isso, tais como aquelas que impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet ou, em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil

(parágrafo único, incisos I e II do art. 8º). A Lei n. 12.965/2014, nos artigos 10 a 12 especifica de que forma ocorrerá à proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas e, nos artigos 18 a 21, estabelece a responsabilidade por danos decorrentes do conteúdo gerado por terceiros.

Não há, portanto, como se desconhecer a preocupação, no ordenamento jurídico brasileiro, com a situação de proteção à esfera privada, especialmente em face da potencialidade identificada frente a fenômenos como o do *Big Data*, pela possibilidade de tratamento massivo da informação por meio de ferramentas complexas de cruzamento de dados. Caberá ao intérprete jurídico combinar os instrumentos de freio à automação para realizar a ponderação necessária em face das situações que se imponham em concreto.

Considerações finais

É preciso ter em mente que na era do *Big Data* as pessoas estão dispostas a compartilhar informações *online*, uma vez que esse é um requisito necessário para utilização dos serviços virtuais, por isso, em certa medida estão cientes de uma maior vulnerabilidade em relação aos dados, inerente ao momento em que vivemos. No entanto, isso implica em uma mudança na forma como as leis devem proteger as informações.

Na medida em que a precaução se torna cada vez mais difícil, a responsabilização acaba sendo enfatizada. Apesar de talvez não se poder mais ter esse controle prévio sobre quais informações circulam e para que finalidades específica estão sendo utilizadas, nessa nova realidade *Big Data*, sempre é

possível uma responsabilização pelo uso indevido da informação, tanto a partir de procedimentos administrativos específicos, que visem supervisionar e controlar *a priori* uma eventual gestão abusiva de dados, como uma responsabilidade, posterior, decorrente de um uso indevido de dados particulares, desconectados com a finalidade de seu armazenamento e, mais ainda, que afrontem uma esfera de privacidade, que deveria ser exclusiva ao indivíduo. E, isso, parece estar garantido pela Legislação brasileira vigente.

Ademais, quando julgada a questão sempre é possível, a partir do caso concreto envolvendo direitos fundamentais, em que evidenciadas liberdades conflitantes, o exercício da ponderação, a fim de se encontrar, na situação específica, a afronta ou não do direito de personalidade do titular dos dados.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, 2ª edição. Madrid: CEPC, 2001.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2006.
- ARENDDT, Hannah. **A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993.
- BOYD, Danah e CRAWFORD, Kate. **Critical questions for Big Data**. In **Information, Communication & Society**. 2012. Disponível em: https://people.cs.kuleuven.be/~bettina.berendt/teaching/ViennaDH15/boyd_crawford_2012.pdf. Acesso em: 30/05/2017.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Informática e proteção de dados. Os freios necessários à automação**. *Ajuris*, ano XXIV, vol. 70, julho 1997.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A liberdade como autonomia de acesso à informação. In: GADAMER, Hans-Georg. **Histórica y lenguaje: Uma respuesta**. In: KOSELLECK, Reinhart; GADAMER, Hans-Georg. *Historia y hermenêutica*. Barcelona: Ediciones Piados, 1997.
- FORTUNY, Enric Junqué de, MARTENS, David e PROVOST, Foster. **Predictive modeling with Big Data: Is bigger really better?** 2013. Disponível em: <http://online.liebertpub.com/doi/pdf/10.1089/big.2013.0037>. Acesso em: 30/05/2017.
- MANYICA, James e outros. **Big data: The next frontier for innovation, competition and productivity**. 2011. Disponível em: https://bigdatawg.nist.gov/pdf/MGI_big_data_full_report.pdf. Acesso em 30/05/2017.
- MAYER-SCHONBERGER, Viktor e CUKIER, Kenneth. **Big Data: como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informação cotidiana**. Trad. Paulo Polzonoff Junior. 1ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- MCAFEE, Andrew e BRYNJOLFSSON, Erik. **Big Data: The Management Revolution**. 2012. Disponível em: <http://www.tias.edu/docs/default-source/Kennisartikelen/mcafeebrynjolfson>

[bigdatamanagementrevolution_hbr2012.pdf](#) .

Acesso em: 30/05/2017.

NICKERSON, David W., ROGERS, Todd. **Political Campaigns and Big Data**. HKS Faculty Research Working Paper Series RWP13-045, Revised February 2014.

THEODORO JR., Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**, vol. III, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VIRILIO, Paul. **A bomba informática**. São Paulo: Estação Liberdade, 1999.

Publicado originalmente na Revista Juris Plenum, São Paulo, v.14, n.80, p.147-158, mar. 2018

ARTIGOS ESPECIAIS

AUDIÊNCIAS POR VIDEOCONFERÊNCIA E TELEPRESENCIAL: DISTINÇÕES NECESSÁRIAS, À LUZ DA RESOLUÇÃO N. 354 DO CNJ*

José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva

Sumário: 1. Introdução. 2. Audiência por videoconferência. 3. Audiência telepresencial, em regime extraordinário. 4. Obrigatoriedade de participação das partes e advogados. 4.1. *Problemas técnicos para a participação.* 4.2. *Problemas pessoais para a participação.* 5. A necessidade de fundamentação para a não realização da audiência, a partir da Res. n. 354/2020. 6. Conclusão.

Resumo

O presente estudo apresenta a distinção necessária entre as audiências por videoconferência e telepresencial, que resultou bastante clara na dicção da Resolução n. 354 do CNJ. A audiência por videoconferência é a prevista no CPC/2015, para a oitiva de parte

e/ou testemunha que reside fora da jurisdição por onde tramita o processo, devendo ser realizada em salas específicas, numa unidade judiciária, com o acompanhamento de um servidor (Resolução n. 341 do CNJ). A audiência telepresencial é a realizada inteiramente de modo virtual, diante da impossibilidade de comparecimento dos atores processuais ao fórum, por conta do necessário distanciamento social, nessa triste época de pandemia de COVID-19 (art. 2º da Resolução n. 354). Com a Resolução n. 354, doravante, será obrigatória a participação na audiência telepresencial. Assim, tanto nos casos de impossibilidade prática quanto nos de impossibilidade técnica, o juiz poderá indeferir o requerimento de adiamento da audiência, se não houver uma prova convincente que demonstre qualquer

* Grande parte do texto deste breve artigo é extraída do meu Manual das Audiências Trabalhistas: Presencial, por Videoconferência e Telepresencial, publicado pela Editora JusPodivm. Na obra o(a) nobre leitor(a) poderá encontrar a análise completa da temática, em 80 páginas dedicadas a essas audiências, no Capítulo 13.

José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva

Juiz Titular da 6ª Vara do Trabalho de Ribeirão Preto (SP); Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), na Espanha – Título revalidado pela Universidade de São Paulo (USP); Mestre em Direito Obrigacional Público e Privado pela UNESP; Professor Contratado do Departamento de Direito Privado da USP de Ribeirão Preto (2017 a 2019) e da Escola Judicial do TRT-15.

dessas impossibilidades.

Palavras-chave:

AUDIÊNCIA POR VIDEOCONFERÊNCIA.
AUDIÊNCIA TELEPRESENCIAL. RESOLUÇÃO N.
354 DO CNJ.

Ribeirão Preto (SP), 13 de janeiro de 2021.

1. Introdução

A humanidade está passando por um período sem precedentes. Ainda que já tenha havido várias pandemias no curso da história – tendo sido bastante recordada a provocada pela chamada *gripe espanhola*, de 1918 –, por certo que a *pandemia de COVID-19* tem gerado uma situação caótica, em nível universal. Até mesmo por conta do alto progresso tecnológico alcançado, sobretudo no campo da geração e transmissão das informações, praticamente em tempo real, de canto a canto do planeta a humanidade sente os efeitos nefastos da referida pandemia, que começou no final de 2019 e avança por 2021.

No campo do Direito, *em especial do Direito Processual do trabalho*, os reflexos imediatos do isolamento social e por vezes do *lockdown* são absurdamente intensos, proporcionando dificuldades extremadas para a realização das audiências, que são absolutamente essenciais na imensa maioria dos processos que tramitam na Justiça do Trabalho. Como tenho dito, o processo do trabalho é um *processo de audiência*.

Daí que os atores jurídicos, desde o CNJ até a mais longínqua Vara do Trabalho, com a pronta intervenção dos pensadores do processo do trabalho, têm feito várias propostas para que

os processos trabalhistas tenham, em alguma medida, sua continuidade. Destacam-se, nessa senda, as propostas de realização de *audiências por videoconferência e telepresenciais*.

Ocorre que esses atores jurídicos têm feito uma ligeira confusão, tratando as audiências por videoconferência e as audiências telepresenciais como se fossem a mesma coisa. Contudo, são *institutos distintos*, como eu já apontava com vários argumentos em meu *Manual das Audiências Trabalhistas: Presencial, por Videoconferência e Telepresencial* – publicado pela Editora JusPodivm –, o que restou bem claro na *Resolução n. 354 do CNJ*. Por esse motivo, temos de envidar esforços para bem compreender as distinções necessárias entre os dois modelos, inclusive para que seja otimizada a busca de se estabelecer regras procedimentais que proporcionem segurança jurídica na prática dessas audiências.

Tem, portanto, este breve artigo o objetivo de investigar as *distinções necessárias* entre esses dois modelos de audiência, sobretudo à luz da Resolução n. 354 do CNJ.

2. Audiência por videoconferência

De saída, é bom registrar que a *audiência por videoconferência* foi imaginada, no sistema processual brasileiro, para se evitar o deslocamento das partes e de testemunhas que residem fora da área de jurisdição do foro competente, tornando desnecessária sua ida ao fórum onde se processa a causa.

De outra mirada, a *audiência telepresencial* está sendo incentivada nesse tempo de *pandemia de COVID-19* por outro motivo, qual seja, a impossibilidade de comparecimento de todos os atores processuais ao fórum, devido

ao necessário isolamento ou distanciamento social. É dizer, ao contrário do que ocorre na modalidade de videoconferência prevista no ordenamento pátrio, em que o juiz, servidores e advogados se encontram *presentes* na sede do juízo, procedendo-se à oitiva apenas da parte e/ou testemunhas por videoconferência, na chamada *teleaudiência* ninguém comparece ao fórum. Juiz, servidores, advogados, partes e testemunhas, em resumo, *todos os participantes* da audiência, permanecem em suas casas e/ou escritórios e, de lá, por meios telemáticos, participam da audiência.

A *Resolução n. 354 do CNJ* deixou clara como a luz do dia essa distinção. A propósito, veja-se o teor do art. 2º e parágrafo único dessa Resolução:

Art. 2º Para fins desta Resolução, entende-se por:

I – videoconferência: comunicação a distância realizada em ambientes de unidades judiciárias; e

II – telepresenciais: as audiências e sessões realizadas a partir de ambiente físico externo às unidades judiciárias.

Parágrafo único. A participação por videoconferência, via rede mundial de computadores, ocorrerá:

I – em unidade judiciária diversa da sede do juízo que preside a audiência ou sessão, na forma da Resolução CNJ nº 341/2020; e

II – em estabelecimento prisional.

Não pode haver mais dúvida. A *audiência por videoconferência* somente pode ser a realizada numa *unidade judiciária*, “diversa da sede do juízo que preside a audiência ou sessão”, por óbvio. Trata-se, em verdade, de uma audiência mista ou híbrida, porque será presencial para os atores que se encontrarem

no fórum onde a causa está sendo processada, e por videoconferência somente em relação aos depoentes que estarão à distância, mas *necessariamente* na sede do fórum da comarca ou subseção judiciária onde residam.

Paratanto, o Judiciário terá de providenciar *salas específicas* para esses depoimentos, como dispõe a Resolução n. 341 do CNJ, que trata exatamente dessa questão, determinando “aos tribunais brasileiros a disponibilização de salas para depoimentos em audiências por sistema de videoconferência, a fim de evitar o contágio pela Covid-19”.

Com efeito, a normativa desta *Resolução (n. 341)* é bem clara neste sentido. A ver:

Art. 1º Os tribunais deverão disponibilizar salas para a realização de atos processuais, especialmente depoimentos de partes, testemunhas e outros colaboradores da justiça por sistema de videoconferência em todos os fóruns, garantindo a adequação dos meios tecnológicos aptos a dar efetividade ao disposto no art. 7º do Código de Processo Civil.

§ 1º Enquanto se fizerem necessárias medidas sanitárias para evitar o contágio pela Covid-19, a unidade judiciária deverá zelar pela observância das orientações dos órgãos de saúde, especialmente o distanciamento mínimo de 1,5m (um metro e cinquenta centímetros) entre os presentes e a desinfecção de equipamentos após a utilização.

§ 2º Deverão ser designados servidores para acompanhar a videoconferência na sede da unidade judiciária, que serão responsáveis pela verificação da regularidade do ato, pela identificação e garantia da incomunicabilidade entre as testemunhas, quando for o caso, dentre outras medidas necessárias

para realização válida do ato.

§ 3º As salas para colheita da prova oral por meio de videoconferência deverão, preferencialmente, estar localizadas nos andares térreos, de modo a facilitar a acessibilidade e a evitar o fluxo de pessoas nos elevadores e demais andares dos fóruns.

Art. 2º A secretaria do juízo ou do tribunal deverá especificar nas intimações o endereço físico e a localização da sala prevista no art. 1º para aqueles que forem prestar depoimentos.

Parágrafo único. Os magistrados, advogados, representantes do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como as partes e demais participantes da audiência que não forem prestar depoimentos, poderão participar da audiência por meio do link disponibilizado para o ato por meio de videoconferência.

Na verdade, a audiência por videoconferência não é uma novidade dos tempos de pandemia. Como tem apontado a doutrina, esse tipo de audiência já é realizado no processo penal brasileiro há mais de uma década. A propósito, Kleber Waki registra experiência dessa natureza já no ano de 2000. Veja-se:

A Folha de São Paulo, em sua edição de 5 de julho de 2000, em editorial nominado “teleinterrogatório”, registrou a primeira experiência de uma audiência, por meio de videoconferência, de interrogatório de presos em uma cadeia em São Paulo por um juiz criminal no Complexo Judiciário Ministro Mário Guimarães (WAKI, 2014, *online*).

Antonio Umberto de Souza Júnior, em artigo muito interessante a respeito de audiência telepresencial em tempos de pandemia, destaca que a experiência dessas audiências, em nosso país, foi aprofundada “com o advento das Leis nºs 11.690/2008 e 11.900/2009 que emprestaram nova redação aos arts. 185, §§ 2º a 9º, 217 e 222, § 3º, do Código de Processo Penal (CPP)”. O autor prossegue afirmando que, no entanto, no processo penal será “excepcional a realização de audiências por videoconferência ao enumerar, taxativamente, as hipóteses em que elas poderão ser realizadas”. Na sequência ele apresenta as *cinco hipóteses* em que, no processo penal, permite-se a *audiência por videoconferência*:

- (i) quando haja risco de fuga do preso durante seu deslocamento escoltado entre o estabelecimento penitenciário e o fórum onde será interrogado;
- (ii) quando o réu esteja doente ou haja outra circunstância pessoal que dificulte sua presença no fórum para ser interrogado;
- (iii) quando seja necessário manter o réu distante da testemunha ou da vítima para afastar a possibilidade de que ele humilhe, constranja ou intimide tais pessoas, desde que estas não possam ser ouvidas por videoconferência;
- (iv) quando se queiram ouvir testemunhas fora da sede do juízo criminal em que a ação esteja correndo;
- (v) quando alguma gravíssima questão de ordem pública interdite a oitiva do réu em audiência presencial, no fórum (SOUZA JÚNIOR, 2020, *e-book*).

Na sequência, veio a Resolução n. 105/2010, do CNJ, para regulamentar a realização de interrogatório e a inquirição de

testemunha por videoconferência, no processo penal (GASPAR, 2020, *online*).

No âmbito do *processo civil*, ainda que se possa mencionar a Lei do Processo Eletrônico (Lei n. 11.419/2006), foi o *CPC de 2015* quem estabeleceu uma disciplina legal *específica* para esse tipo de audiência. Tanto é assim que o art. 385, § 3º, deste CPC faculta que o juiz tome o *depoimento pessoal* da parte que resida em comarca ou subseção judiciária distinta daquela por onde tramita o processo, “por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento”. Além disso, o art. 453, § 1º, do CPC permite que o *depoimento de testemunhas*, que também residam em comarca ou subseção judiciária diversa, possa ser colhido “por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico”.

Na verdade, são *três hipóteses* em que pode haver a tomada de depoimentos pelo sistema de videoconferência, no processo civil, como aponta Antonio Umberto, e com as seguintes finalidades:

- (i) interrogatório ou depoimento pessoal das partes (CPC, art. 385, § 3º);
- (ii) inquirição de testemunhas (CPC, art. 453, § 1º);
- (iii) acareação das testemunhas ou entre estas e qualquer das partes (CPC, art. 461, § 2º) (SOUZA JÚNIOR, 2020, *e-book*)

Assim, conquanto ainda não tenha se tornado uma prática comum a da realização de audiências por videoconferência, nessas situações específicas, a tendência é que,

doravante – até pela experiência das *teleaudiências* a partir da instalação do regime extraordinário implantado desde março de 2020, em razão da pandemia de COVID-19 –, cada vez mais, juízes e advogados queiram realizar audiências nessa modalidade.

Não é razoável que a parte que resida em local distante daquele em que tramita o feito tenha que se deslocar até a sede do juízo para expor seus argumentos, empreender uma tentativa conciliatória, prestar depoimento pessoal e, enfim, defender seus interesses. *Menos lógico ainda* que se continue a determinar a expedição de carta precatória para a oitiva de testemunhas que residam em comarca ou subseção judiciária distinta. Em todos esses casos, a *audiência por videoconferência* atende a todos os *princípios basilares* do processo, como do acesso à justiça, do contraditório e da ampla defesa, da economia processual, da celeridade, da incomunicabilidade das testemunhas e tantos outros.

No processo do trabalho, que prima pela celeridade mais que tudo, a audiência trabalhista será cada vez mais realizada por esse meio, dada a *criatividade* dos juízes do trabalho, que sempre estão em busca de técnicas que possibilitem a celeridade e a efetividade.

Até porque, como já visto, a Resolução n. 354 do CNJ determina que *todos os tribunais*, inclusive os do trabalho, por óbvio, ofereçam as condições materiais e humanas para a realização de audiências por videoconferência.

Destacam-se, nessa Resolução, as *seguintes diretrizes*:

- 1ª) todos os tribunais têm o *dever de disponibilizar salas* para a tomada dos depoimentos

de partes, testemunhas e outros colaboradores da justiça pelo sistema de videoconferência, e em todos os seus fóruns;

2ª) em cada fórum, *um servidor terá de acompanhar* e fiscalizar a realização do ato, inclusive para garantir a incomunicabilidade entre as testemunhas;

3ª) essas salas de coleta da prova oral precisam estar localizadas *nos andares térreos* do prédio, para favorecer o amplo acesso (acessibilidade), a menos que isso seja absolutamente impossível;

4ª) as notificações enviadas às partes e testemunhas deverão conter, obrigatoriamente, o *endereço físico* do prédio e a *localização da sala* de depoimentos, evidenciando-se que a audiência por videoconferência não se faz de modo virtual e de qualquer lugar;

5ª) é facultada aos participantes da audiência que não forem prestar depoimento – bem como aos juízes e advogados –, a participação por meio do *link* disponibilizado para o ato, numa clara diretriz no sentido de que deve haver também uma *sala virtual* para a transmissão, em tempo real, de imagens e sons da sala física de depoimento (à distância) para a sala física onde se desenrola a audiência (principal).

Aliás, se os atores técnicos da audiência – magistrados, advogados, procuradores do

trabalho – não comparecerem ao fórum, o que teremos, em verdade, é uma *audiência semipresencial*, conjugada com a audiência por videoconferência. Isso porque, nesse caso, (i) partes e testemunhas que forem prestar depoimento na sede do juízo terão de comparecer ao fórum, acompanhados por um servidor da Justiça, (ii) partes e/ou testemunhas que residem fora terão de comparecer ao fórum de sua cidade, na companhia de um servidor – audiência por videoconferência – e (iii) os demais atores ficarão à distância, de modo telepresencial, não estando presentes fisicamente em nenhum dos fóruns.

3. Audiência telepresencial, em regime extraordinário

Como já afirmado, a *audiência telepresencial* não se trata da simples audiência por videoconferência preconizada no sistema processual para a oitiva de partes, testemunhas e até acareação de testemunhas, *em situações especiais*, quando o ator processual específico reside (ou se encontra) em outra comarca ou subseção judiciária, em regra.

A audiência telepresencial, *por inteiro*, nessa triste época de *pandemia de COVID-19*, está sendo realizada por esse meio (virtual) diante da *impossibilidade* de comparecimento de todos os atores processuais ao fórum, por conta do necessário distanciamento – ou até isolamento, na situação de *lockdown* – social. Para a realização da *teleaudiência* ninguém tem comparecido ao fórum, pois todos os participantes da audiência, em qualquer das modalidades desta – inicial, de tentativa conciliatória ou de instrução –, permanecem em suas casas e/ou escritórios, local de onde

acessam a plataforma utilizada pelo tribunal e, conectados, habilitam-se a participar da audiência.

Daí que, conquanto a audiência por videoconferência seja também uma audiência telepresencial (virtual), *em certa medida*, preferimos aqui utilizar a segunda expressão – ou teleaudiência – para designar essa audiência “nova” que todos estamos aprendendo a fazer. Eu, que já realizei mais de 50.000 audiências presenciais, estou navegando em novos mares a partir de maio de 2020, na realização das audiências telepresenciais.

Como é sabido, a partir de 19-3-2020 foi instalado no Judiciário um *regime extraordinário* de trabalho, com a suspensão dos prazos e de todo o atendimento presencial, possibilitando-se o atendimento remoto das partes, advogados e interessados “pelos meios tecnológicos disponíveis” e a realização de *sessões virtuais*. Esse regime foi inaugurado com a edição da *Resolução n. 313/2020* pelo CNJ, normativa que visou a estabelecer, no âmbito do Judiciário brasileiro – com exceção do Supremo Tribunal Federal e da Justiça Eleitoral –, um “regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo (novo) Coronavírus – COVID-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial”. De se conferir:

Art. 2º O Plantão Extraordinário, que funcionará em idêntico horário ao do expediente forense regular, estabelecido pelo respectivo Tribunal, importa em suspensão do trabalho presencial de magistrados, servidores, estagiários e colaboradores nas unidades judiciárias, assegurada a

manutenção dos serviços essenciais em cada Tribunal.

(...)

Art. 3º Fica suspenso o atendimento presencial de partes, advogados e interessados, que deverá ser realizado remotamente pelos meios tecnológicos disponíveis.

(...)

Art. 6º Os tribunais poderão disciplinar o trabalho remoto de magistrados, servidores e colaboradores para realização de expedientes internos, como elaboração de decisões e sentenças, minutas, sessões virtuais e atividades administrativas.

Na sequência, o CNJ editou a *Resolução n. 314*, de 20-4-2020, para a retomada *gradativa* dos prazos processuais – a partir de 4 de maio – e incentivo às *audiências telepresenciais*. No art. 6º e §§ desta Resolução, disponibilizou a ferramenta “Cisco Webex” para a realização de atos virtuais por meio de videoconferência, mas determinando que, para a realização das audiências, deveriam ser consideradas “as dificuldades de intimação de partes e testemunhas”, a possibilidade de *efetiva participação* de todos, e vedando “a atribuição de responsabilidade aos advogados e procuradores em providenciarem o comparecimento de partes e testemunhas a qualquer localidade fora de prédios oficiais do Poder Judiciário”. Vejam-se os §§ 2º e 3º:

§ 2º Para realização de atos virtuais por meio de videoconferência está assegurada a utilização por todos juízos e tribunais da ferramenta Cisco Webex, disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça por meio de seu sítio eletrônico na internet (www.cnj.jus.br/plataforma-videoconferencia-

nacional/), nos termos do Termo de Cooperação Técnica nº 007/2020, ou outra ferramenta equivalente, e cujos arquivos deverão ser imediatamente disponibilizados no andamento processual, com acesso às partes e procuradores habilitados.

§ 3º As audiências em primeiro grau de jurisdição por meio de videoconferência devem considerar as dificuldades de intimação de partes e testemunhas, realizando-se esses atos somente quando for possível a participação, vedada a atribuição de responsabilidade aos advogados e procuradores em providenciarem o comparecimento de partes e testemunhas a qualquer localidade fora de prédios oficiais do Poder Judiciário para participação em atos virtuais.

Nessa regra do § 3º nota-se que, àquela altura, até mesmo o CNJ fazia confusão entre os dois modelos de audiência. Contudo, por ocasião da Resolução n. 354, a distinção restou muito evidente, como já ressaltado. Insisto: de acordo com o art. 2º, inciso II, desta Resolução, as *audiências telepresenciais* são aquelas “audiências e sessões realizadas a partir de ambiente físico externo às unidades judiciárias”. De modo que, nesse tipo de audiência, *ninguém* comparece a nenhum fórum, a *nenhuma* unidade judiciária, como diz a norma.

Na *Justiça do Trabalho*, desde maio de 2020 os juízes têm realizado audiência telepresencial. Quanto à *plataforma ideal* para a realização dessa modalidade de audiência, para a tentativa conciliatória ou para a tomada de depoimento das partes e testemunhas, de se levar em conta essa breve experiência dos juízes do trabalho, a partir do regime extraordinário referido, porque *em cada local* se tem adotado

uma prática um tanto distinta.

Como visto, o CNJ tem recomendado a utilização da ferramenta *Cisco Webex Meeting*. Entretanto, a grande maioria dos Tribunais Regionais do Trabalho tem utilizado a plataforma *Google Meetings*, por exemplo, o TRT da 15ª Região (Campinas/SP). Ademais, poderá ser aprimorada, inclusive, a prática de alguns juízes precusores, que já vinham realizado a oitiva de partes e/ou testemunhas por *WhatsApp, Telegram, Hangouts* e outros tantos recursos tecnológicos, antes mesmo desse regime extraordinário de trabalho.

Destarte, a *teleaudiência* será um instrumento da maior utilidade para que os processos trabalhistas, na medida do possível, não tenham o seu trâmite totalmente paralisado, inclusive por conta da natureza alimentar do crédito dos trabalhadores. No entanto, posteriormente, quando da volta à normalidade, quando enfim vencermos a epidemia de COVID-19 e o necessário distanciamento social, a teleaudiência *tende* a se tornar uma *realidade* apenas para *determinados tipos de audiência*, dependendo da (menor) complexidade da causa.

Não custa lembrar, o processo do trabalho é um processo de audiência e, por conta disso, há de se aplicar o *novo instrumental*, o único que tem permitido a realização da audiência trabalhista nesse tempo de pandemia. Contudo, *não se pode*, com isso, *olvidar-se* dos princípios tão caros à efetividade da Justiça do Trabalho¹.

1 Sobre esse difícil equacionamento, ainda objeto de intenso debate na doutrina, com repercussões na prática trabalhista e ainda sem respaldo jurisprudencial, de se consultar as 80 páginas do *Manual das Audiências Trabalhistas: Presencial, por Videoconferência e Telepresencial*, deste autor, referido no início deste artigo.

4. Obrigatoriedade de participação das partes e advogados

Há inúmeras questões que precisam ser investigadas no que concerne à audiência telepresencial. Porém, sem dúvida, uma das mais problemáticas é a que se refere à *obrigatoriedade* de as partes e seus advogados participarem dessa audiência, principalmente quando se tratar de *audiência de instrução*.

Inúmeros são os problemas que os advogados e as partes poderão alegar, (i) *técnicos* ou (ii) de *ordem pessoal*, para não participarem da audiência trabalhista virtual. Quanto aos aspectos *técnicos*, dentre outros: (i) dificuldade de acesso digital – por falta de equipamento ou aparelho adequado, ou por não dispor de um plano de *internet* ideal; (ii) falta de local apropriado; (iii) necessidade de isolamento social; (iv) dificuldade de acesso à documentação, sobretudo para a elaboração da defesa, e tantas outras situações. No que diz respeito aos aspectos de *ordem pessoal*, (i) o temor ao juiz por falta e/ou queda de conexão ou outros problemas técnicos; (ii) a privacidade do lar; (iii) a intimidade de pessoas que residem na casa etc.

4.1. Problemas técnicos para a participação

A) Dificuldade de acesso digital

Nessa quadra da história, se de um lado a audiência telepresencial facilita o acesso à justiça porque a parte que precisa de uma rápida prestação jurisdicional não pode esperar que as atividades presenciais retornem à normalidade, de outro lado, qualquer das partes pode ter comprometido o seu acesso à

justiça por *não dispor de recursos tecnológicos* que lhe permitam participar (bem) da audiência trabalhista. Por isso, Danilo Gaspar, estudando os princípios dos processos virtuais, elencou, como um destes, o *da aptidão digital*, decorrente do amplo acesso à justiça (GASPAR, 2020, *online*).

Ora, o juiz do trabalho não pode ignorar que a grande maioria dos trabalhadores é ainda formada de pessoas simples, semianalfabetas e que, embora disponham de aparelho de telefonia celular e acesso ao *WhatsApp*, em regra, não dispõem de *internet* de banda larga – mas apenas de planos pré-pagos, que não suportam acesso a plataformas como a do *Google Meet* por muito tempo – e, portanto, terão muita dificuldade em participar de uma audiência trabalhista, com a solenidade que esta (ainda) exige.

Problemas vários de conexão, queda de conexão, dificuldade de ingresso na sala de audiência virtual, melhor posicionamento da câmera, falta de familiaridade com os aplicativos, inclusive no que toca à necessária habilitação de áudio e vídeo, dentre tantos outros, poderiam ser lembrados nesse momento.

B) Falta de local apropriado

Como se não bastasse, é muito cômodo ao juiz e aos servidores da Justiça do Trabalho, que normalmente recebem um subsídio muito acima do padrão salarial médio dos brasileiros e, portanto, vivem em residências confortáveis, realizar audiências virtuais a partir de suas casas e apartamentos. Aos grandes escritórios de advocacia também não faltam condições materiais adequadas, no que diz respeito ao local onde o advogado e as partes

(e testemunhas) possam permanecer para a realização da audiência telepresencial.

Contudo, boa parte dos advogados, principalmente em início de carreira, não dispõe de escritórios amplos e, por vezes, sequer tem mais de uma sala para permitir o isolamento de partes e testemunhas durante os depoimentos. Isso sem falar dos locais em que há séria necessidade de se manter o isolamento ou o distanciamento social.

C) Necessidade de isolamento social

Ainda temos necessidade de isolamento social severo, pelo menos nas cidades que ainda apresentam altíssimo índice de contágio e até de mortes por COVID-19. Se o juiz, o secretário de audiência e demais servidores ficam (cada um) em suas residências, totalmente isolados, seria justo impor ao advogado o dever de conduzir ao seu escritório as partes (e as testemunhas) para a realização da audiência trabalhista? Seria adequado *responsabilizar o advogado* por oferecer a estrutura e a tecnologia necessárias à participação da parte (e das testemunhas) na audiência?

O art. 6º, § 2º, da Resolução n. 314 do CNJ veda expressamente “a atribuição de responsabilidade aos advogados e procuradores” no sentido de “providenciarem o comparecimento de partes e testemunhas a qualquer localidade fora de prédios oficiais do Poder Judiciário para participação em atos virtuais”. Assim, o advogado não teria dever algum de permitir que a parte (e as testemunhas) se dirijam ao seu escritório para possibilitar a audiência telepresencial. Por analogia, ele jamais poderia ser responsabilizado por oferecer ao seu cliente a estrutura e a tecnologia

necessárias à participação na audiência. Tampouco às testemunhas.

Contudo, como a pandemia de COVID-19 persiste e o Judiciário necessita encontrar caminhos para a retomada das audiências de instrução, na Resolução n. 354 o CNJ adotou postura distinta, exigindo das partes e advogados uma boa *justificativa para a não realização* da audiência telepresencial, como veremos mais adiante.

D) Dificuldade de acesso à documentação

Há, ainda, um problema seríssimo para a realização da audiência telepresencial, que diz respeito à *dificuldade de acesso* do advogado e/ou da parte à *documentação* necessária, principalmente para a elaboração da defesa, mas também para contraprova por parte do reclamante, se for o caso.

Aqui está em jogo outra garantia fundamental cuja inobservância normalmente conduz à nulidade do processo. A todos os litigantes deve ser assegurada a *ampla defesa* de seus interesses em juízo. Ora, não se pode olvidar de que muitas pequenas e médias empresas (ainda) se encontram fechadas. Não somente porque não exercem atividades essenciais, mas também e principalmente porque o caos econômico que está apenas dando os seus primeiros sinais de vida implicou na *derrocada* de boa parte da atividade empresarial.

Em todas essas situações e outras que poderiam ser lembradas, se o juiz ignorar a dificuldade de defesa da parte, sobretudo do reclamado, poderá ferir de morte o *ideal da justiça*, que não se compraz com acelerações do procedimento que inviabilizem a legítima e

sagrada defesa.

4.2 Problemas pessoais para a participação

A) Temor ao juiz, principalmente se houver problemas técnicos

Os advogados bem sabem que as partes e testemunhas normalmente sentem um certo receio de se encontrarem diante do juiz, numa sala de audiências, por não estarem afeitas à solenidade do ato, principalmente por causa de um ritual que elas desconhecem. A maioria dos trabalhadores, prepostos e testemunhas que comparecem à Justiça pela primeira vez apresenta um certo *temor* em relação ao juiz, principalmente se tiverem de *prestar depoimento* pessoal ou testemunhal.

Com a teleaudiência, teremos “a vantagem de eliminar em alguma medida o temor reverencial que costuma tomar algumas pessoas nessas oportunidades, o que pode fazer com que falem com mais desenvoltura”. De outra mirada, sabendo as partes e testemunhas que haverá registro do áudio e das imagens dos atos praticados na audiência, isso poderá “funcionar como um novo elemento inibitório, já que todos saberão que o que ficar dito será registrado em sua inteireza” (ADAMOVICH, 2020, *e-book*).

Além disso, pessoas muito simples sentirão certo pavor por *não dominarem* o uso das tecnologias e sentirão medo de o juiz *asprender* caso ocorram problemas técnicos de conexão/desconexão, falhas de áudio etc.

B) Privacidade do lar

De certa forma correlacionado ao problema do local para a realização da audiência telepresencial, é o problema pertinente à

privacidade do lar, se a parte e as testemunhas forem obrigadas a realizar a audiência e o advogado não tiver condições de acolher essas pessoas em seu escritório. Além disso, se decretado o *lockdown* em alguma cidade, ainda que o advogado disponha de local apropriado, a parte e as testemunhas não poderão se deslocar até lá.

O problema da “invasão” do domicílio é muito sério. Se há residências nas quais se pode destacar um cômodo da casa para a realização da audiência, com amplo acesso à *internet*, nesse caso não haverá maiores problemas. Mas se a pessoa reside numa casa pequena, desconfortável, por vezes convivendo com várias pessoas, *não haverá um espaço próprio*, com isolamento acústico, para que não haja interferências externas – há casas em que a sala fica bem ao lado do único banheiro da residência –, e isso pode ser muito *intimidador*.

Tudo isso se agrava se houver *crianças e/ou idosos* na residência, que não podem ou não sabem esperar o momento de necessitar da ajuda de quem está prestando depoimento. Por óbvio que juiz, advogados e partes têm de relevar se alguma interferência externa, que não comprometa o depoimento, eventualmente ocorra. Será necessário ter *muita empatia*.

De qualquer maneira, todas as pessoas têm *direito fundamental à privacidade*, pois a vida privada que “acontece” no lar de cada uma das famílias brasileiras é algo que deve ser visto com certa sacralidade. Destarte, se a parte e a testemunha abrem o seu lar para colaborar com o Poder Judiciário, elas merecem o maior respeito do mundo. Mas elas *não podem ser obrigadas* a ceder um espaço de seu lar para propiciar a realização da justiça.

Ademais, a casa é um *asilo inviolável*

de todas as pessoas e nela somente se pode penetrar munido de mandado judicial e para perseguições de natureza penal. Não havendo suspeita alguma de prática criminosa pela pessoa que é parte ou testemunha, *nenhum juiz estará autorizado* a determinar que ela abra o seu asilo inviolável para atender o comando de participação numa audiência virtual. De modo que a participação nessa audiência, a partir de sua residência, pela parte e/ou testemunha, deveria ser *voluntária*.

C) Intimidade de pessoas que residem na casa

Intrinsicamente conectado ao problema do item anterior, é o problema de a audiência telepresencial *ferir a intimidade* não só da parte e testemunha que participa da audiência trabalhista, mas também de *outras pessoas* que vivem na mesma casa e não têm absolutamente nada a ver com o processo.

Seria justo privar as demais pessoas que ali residem do seu sagrado direito de ir e vir por toda a casa? E de fazê-lo com a roupa que considerarem adequada ou até sem roupa? Essa situação se agrava nas *audiências de instrução* porque, quanto a estas, deverá haver *gravação de áudio e da imagem* em todos os passos da audiência, para conservação da higidez do grande ato. Imagine-se a gravação de áudios ou de imagens comprometedoras da parte ou da testemunha, principalmente quando relacionados a pessoas da família que *não têm nada a ver com o processo*.

Esses são apenas alguns dos tantos problemas que envolvem a audiência telepresencial. Assim, se a referida audiência atende, em boa medida, aos princípios da celeridade, efetividade, economia processual e

até do acesso à justiça – dependendo da ótica de análise deste princípio –, de outro lado, *pode comprometer seriamente* as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, além de propiciar a violação de direitos de personalidade.

A equalização desses *prós e contras* é tarefa hercúlea, ainda na espera de uma melhor compreensão dos juristas e magistrados, na formação de uma nova jurisprudência que leve em conta as especificidades desse (novo) tempo.

5. A necessidade de fundamentação para a não realização da audiência, a partir da Res. n. 354

O CNJ tinha firme posicionamento no sentido de que a parte e/ou seu advogado tem direito à não realização da audiência telepresencial, dispensando até mesmo a justificativa em algumas situações.

Com efeito, o CNJ, no art. 3º e §§ da *Resolução n. 314/2020*, havia disciplinado sobre a necessidade de *adiamento* de todos os atos processuais, quando se constatasse a “absoluta impossibilidade técnica ou prática” para sua realização.

Quanto à *impossibilidade técnica*, penso que diz mais respeito às condições materiais de acesso tecnológico e, se algum dos advogados, a própria parte ou alguma testemunha não dispõem do *aparato tecnológico mínimo* para sua efetiva participação na audiência, de se constatar que se encontra, aí, uma impossibilidade técnica para a realização do grande ato.

Em relação à *impossibilidade prática*, de se ponderar que a audiência trabalhista envolve *diversos atos* processuais e inclusive

incidentes vários que podem surgir no curso da audiência. Basta recordar que o reclamado, citado para uma audiência trabalhista, tem direito a contratar advogado para elaborar sua defesa técnica, o advogado necessitará manter conversas com seu cliente e até com pessoas que trabalham na empresa, além de necessariamente ter acesso à documentação de todo o contrato de trabalho mantido com o reclamante. Ademais disso, *ambas as partes* terão o direito de ouvir a outra em depoimento pessoal e, muito provavelmente, *necessitarão* ouvir suas testemunhas para a comprovação dos fatos alegados, em conformidade com o ônus da prova subjetivo que lhes compete. Destarte, havendo decretação de *lockdown* ou mesmo de distanciamento social, poderá haver uma *impossibilidade prática* para a realização plena de todos os atos da audiência trabalhista.

A questão é: as partes e/ou seus advogados *precisam justificar* a impossibilidade para a realização da audiência trabalhista? Há uma certa ambiguidade na redação do art. 3º e §§ da Resolução n. 314/2020.

Pois bem, o § 2º do art. 3º desta Resolução faz menção expressa a que essa impossibilidade seja “devidamente justificada nos autos”. Contudo, na sequência, o § 3º deste mesmo dispositivo dá a entender que *basta a petição do advogado* com a alegação de impossibilidade da prática dos atos ali descritos: (i) contestação, (ii) impugnação ao cumprimento de sentença, (iii) embargos à execução, (iv) defesas preliminares de natureza civil, trabalhista e criminal, e (v) outros que exijam a “coleta prévia de elementos de prova”. Até porque “o prazo será considerado suspenso na data do protocolo da petição com essa informação” e, além disso, este § 3º não faz referência a “decisão fundamentada do

magistrado”, locução utilizada no § 2º.

Daí porque a realização da audiência trabalhista que envolva qualquer um dos atos processuais descritos neste § 3º – inclusive coleta de “elementos de prova” – dependeria, na visão do CNJ – anteriormente à Resolução n. 354 –, da *anuência de ambas* as partes e/ou seus advogados. Se qualquer das partes alegasse *impossibilidade prática*, a audiência *teria de ser adiada*.

É dizer, se o reclamado e/ou seu advogado peticionassem, *antes da audiência*, alegando impossibilidade de praticar o ato da contestação, principalmente por dificuldade de acesso à prova documental, a *simples petição* do advogado *seria suficiente* para a suspensão do prazo mínimo de elaboração da defesa – 5 dias úteis – e, por via de consequência, isso implicaria na necessidade de *adiamento da audiência*, independentemente de decisão do magistrado.

Em relação à *impossibilidade técnica*, que diz respeito propriamente ao acesso digital, caberia ao advogado *justificar o requerimento*, para que o juiz deferisse o requerimento de adiamento da audiência. Quanto a isso, nada mudou, portanto, com a Resolução n. 354.

Nesse caso, no entanto, mesmo agora, depois da Resolução n. 354, é pertinente que o juiz observe o contraditório antes do despacho. Assim, se a outra parte demonstrar, *de modo inequívoco*, que o requerente tem pleno acesso e aptidão digital, o juiz poderá indeferir o requerimento. Em alguns casos o juiz até poderá *presumir* essa circunstância, por exemplo, quando se trata de grande empresa, patrocinada por grande escritório de advocacia, pois a *presunção* de que estes têm plenas condições tecnológicas e preparo adequado

para participar de uma audiência virtual é *praticamente absoluta*.

Ademais, como já observado, a pandemia de COVID-19 persiste e o Judiciário precisa continuar prestando a sagrada jurisdição. Há de se buscar, portanto, *novos caminhos* para a retomada das audiências, inclusive as de instrução. Por essa razão, o CNJ adotou postura bem distinta quando da edição da *Resolução n. 354*, em 19-11-2020, para exigir das partes e advogados uma *justificativa plausível* com vistas à não realização da audiência telepresencial.

Tanto é assim que o art. 3º desta Resolução permite ao juiz determinar a realização de audiência telepresencial, *de ofício*, nos seguintes casos: 1º) de urgência; 2º) de substituição ou designação de magistrado com sede funcional diversa; 3º) de realização de mutirão ou projeto específico; 4º) de designação de audiência de conciliação ou mediação; 5º) de indisponibilidade temporária do foro, calamidade pública ou força maior.

Destarte, nos casos em que houver *urgência* na prestação jurisdicional – não apenas nos processos nos quais haja pedido de tutela antecipada de urgência –, por exemplo, nos casos em que o trabalhador sequer recebeu as sagradas verbas rescisórias, independentemente da concordância das – ou de uma – partes, o juiz poderá determinar a realização da audiência telepresencial, *inclusive de instrução*, que somente será adiada se houver um motivo ponderoso para tanto.

Igualmente, para a realização de *audiência de conciliação* (ou mediação), principalmente no processo do trabalho, por força do art. 764 e §§ da CLT, não há que se esperar consentimento algum de qualquer das partes, ainda que uma delas não esteja disposta à tentativa

conciliatória. Afinal, a busca da conciliação sempre foi a *finalidade precípua* da Justiça do Trabalho.

Mais que isso, na dicção do parágrafo único do art. 3º da Resolução n. 354 não parece haver outra interpretação possível que não seja a de *se exigir*, em qualquer situação, a *justificativa* da parte e/ou seu advogado, para a não realização da audiência telepresencial. A conferir: “A oposição à realização de audiência telepresencial deve ser fundamentada, submetendo-se ao controle judicial”.

De modo que, doravante, não deve mais prevalecer o posicionamento do CNJ no sentido de dispensar qualquer justificativa nos casos de impossibilidade prática para o grande ato. Enfim, *tanto nos casos de impossibilidade prática quanto nos de impossibilidade técnica*, não havendo um motivo bem forte, o juiz poderá indeferir o requerimento de adiamento da audiência telepresencial, insistindo em sua realização, sendo a audiência inicial, una ou de instrução, no processo do trabalho.

6. Conclusão

Em síntese, pode-se apontar que, nesse período caótico pelo qual está passando a humanidade, em razão da *pandemia de COVID-19*, as audiências por videoconferência e telepresenciais são boas práticas que permitem a realização dos direitos materiais trabalhistas, quando violados, ou a mais pronta absolvição das empresas, quando demandadas indevidamente.

Contudo, trata-se de modelos distintos de audiência. A *audiência por videoconferência* – para a tomada de depoimento da parte e/ou da testemunha que reside fora da jurisdição por

onde tramita o processo – é aquela que somente pode ser realizada numa *unidade judiciária*, em *salas específicas* para esse depoimento, no *andar térreo* do prédio, tendo de haver a designação de *um servidor para acompanhar* e fiscalizar a realização do ato, desse modo assegurando-se a incomunicabilidade entre parte e/ou testemunhas (Resolução n. 341 do CNJ).

De outra mirada, a audiência telepresencial é a realizada, *por inteiro*, por esse meio (virtual), diante da *impossibilidade* de comparecimento de todos os atores processuais ao fórum, por conta do necessário distanciamento social, nessa triste época de *pandemia de COVID-19*. Nesse tipo de audiência, *ninguém* comparece a nenhum fórum, a *nenhuma* unidade judiciária, como disciplina o art. 2º, inciso II, da Resolução n. 354.

Quanto à obrigatoriedade de participação na audiência telepresencial, a despeito das reiteradas decisões do CNJ, com base na Resolução n. 314, penso que, na dicção da normativa da Resolução n. 354, partes e advogados têm o *dever processual* de envidar todos os esforços para sua realização, ainda que se trate de *audiência de instrução*.

Doravante, não deve mais prevalecer o posicionamento do CNJ quanto à diferenciação entre impossibilidade prática e impossibilidade técnica para comparecimento e participação na audiência telepresencial. É dizer, tanto nos casos de impossibilidade prática quanto nos de impossibilidade técnica, o juiz poderá indeferir o requerimento de adiamento da audiência telepresencial ou de sua não realização, *se não houver uma prova convincente que demonstre qualquer dessas impossibilidades*. Sem a realização de audiências de instrução (ou

una) por esse meio, os trabalhadores ficarão tempo demasiado à espera da solução de sua demanda.

Pode não ser a melhor solução para o problema, mas a mudança de diretriz do CNJ bem demonstra o *quão difícil é a equalização* dos princípios e garantias fundamentais de ordem processual. Assegurar celeridade e efetividade sem comprometer o contraditório e a ampla defesa, por exemplo, não é mesmo tarefa fácil. Contudo, a omissão dos atores jurídicos em razão dessa dificuldade não se justifica. A *busca de um caminho comprometido com a justiça* é sempre medida que se impõe, a todos e todas. Esse ideário deve nos iluminar como um *farol*, nesse tempo de tanta escuridão.

Referências

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. Reflexões sobre a produção da prova oral em meio telemático no processo do trabalho. In: MOLINA, André A.; COLNAGO, Lorena de M. R.; MARANHÃO, Ney. (coord.). *Anais do 1º Ciclo de Palestras do grupo eletrônico “Ágora Trabalhista”*: Direito e Processo do trabalho no ano de 2020. E-book. Edição do Kindle.

GASPAR, Danilo Gonçalves. *O princípio da igualdade digital e a realização de audiências telepresenciais*. Trabalho em Debate. Disponível em: <http://trabalhoemdebate.com.br/colunista/detalhe/danilo-goncalves-gaspar>. Acesso em: 4 ago. 2020.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *Manual das Audiências Trabalhistas: Presencial, por Videoconferência e Telepresencial*. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. O Big Brother chegou ao Judiciário? Audiências telepresenciais em tempos de pandemia. In: MOLINA, André A.; COLNAGO, Lorena de M. R.; MARANHÃO, Ney. (coord.). *Anais do 1º Ciclo de Palestras do grupo eletrônico “Ágora Trabalhista”*: Direito e Processo do trabalho no ano de 2020. E-book. Edição do Kindle.

WAKI, Kleber de Souza; BALSANELLI, João Marcelo. *O regime extraordinário do poder judiciário, a retomada gradual de suas atividades e as teleaudiências*. Direito e outros temas. Disponível em: <https://direitoeoutrostemas.wordpress.com/2020/06/08/o-regime-extraordinario-do-poder-judiciario-a-retomada-gradual-de-suas-atividades-e-as-teleaudiencias/#more-291> Acesso em: 4 ago. 2020.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO
AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 1000978-29.2020.5.02.0017

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO ajuizou, em 15/09/2020, ação civil pública em face a POWER - SEGURANÇA E VIGILÂNCIA LTDA., afirmando descumprimento da cota legal de contratação de pessoas com deficiência ou de reabilitados da Previdência Social e pedindo o que consta na petição inicial (ID. ad56b87), especialmente a condenação da ré em obrigação de fazer, para contratar e manter contratadas pessoas com deficiência ou reabilitados conforme percentual legal, além de indenização por dano moral coletivo. Atribuiu à causa o importe de R\$ 1.337.358,60 e juntou documentos.

Citada, conciliação recusada, a ré, em resposta (ID. 5e5cf33 e 61e8204), suscitou, como questão processual, necessidade de suspensão do processo até o julgamento do tema de repercussão geral 1046; prescrição quinquenal, como prejudicial de mérito; e, no mérito, negou as violações contratuais afirmadas, de modo que improcedem os pedidos, e juntou documentos.

Impugnação escrita (ID. b040c98) dos documentos anexados e das alegações de defesa.

Em prosseguimento (ID. b7ad08b), encerrou-se a instrução processual face a ausência de matéria fática para a prova oral (dificuldade na contratação não era um ponto controverso) com razões finais remissivas pelo Ministério Público do Trabalho e escritas pela empresa ré (ID. cbfa3c0).

Todas as tentativas de conciliação restaram infrutíferas (art. 764 da CLT).

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. Questão processual

1.1 Suspensão do processo - Tema nº 1046 de repercussão geral do STF

A empresa ré suscita a necessidade de suspensão do feito, em cumprimento à decisão proferida pelo STF no ARE 1121633, até o julgamento do tema de repercussão geral 1046. Aduz que, nos presentes autos, discute-se a validade de termo pactuado com o ente sindical para preenchimento gradual da

reserva legal de portadores de deficiência e de reabilitados no INSS no ramo de segurança privada.

O tema cuja repercussão geral foi reconhecida no ARE 1121633/GO foi pautado no STF como “TEMA 1046, de Repercussão Geral: Validade de norma coletiva de trabalho que limita ou restringe direito trabalhista não assegurado constitucionalmente”. Assim, a suspensão nacional determinada pelo Relator restringe-se às ações relacionadas à autonomia privada negocial coletiva para pactuar sobre direito trabalhista infraconstitucional.

No caso dos autos, **não há causa de pedir ou pedido fundamentado em cláusula de acordo ou convenção coletiva** nem em termo de compromisso firmado com Sindicato, não havendo sequer pedido incidental de reconhecimento de sua invalidade.

O órgão autor apenas narra que o Chefe da Seção de Fiscalização do Trabalho no Estado de São Paulo não reconheceu a existência de documento válido para afastar o cumprimento de dever legal.

A presente ação civil pública tem como objeto o cumprimento de cotas legais para a contratação de pessoas com deficiência ou reabilitados da Previdência Social, relacionando-se a direitos transindividuais indisponíveis, de ordem constitucional, já que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da ONU, assinada em Nova York em 2007, foi o primeiro tratado internacional que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de emenda constitucional, aprovada na forma do art. 5º, §3º da CF.

O art. 27, I, “h” da mencionada convenção, promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009, trata expressamente dessas ações afirmativas para promover o emprego de pessoas com deficiência no setor privado. **Ausente pertinência com o Tema 1046 de repercussão geral do STF, indefere-se o pedido de suspensão do feito.**

2. Prejudicial de mérito

2.1 Direito intertemporal – Lei n.º 13.467/2017

Aplicam-se as normas de direito material e processual posteriores à reforma produzida pela Lei n.º 13.467, com vigência em 11/11/2017, data anterior aos fatos narrados e, conseqüentemente, do ajuizamento da ação (art. 6º do Decreto-Lei n.º 4.657/1942).

2.2 Prescrição quinquenal

A perda da pretensão pela inércia do titular no prazo que a lei considera ideal para o exercício do

direito de ação, no Direito do Trabalho, é de dois anos após o fim do contrato, retroagindo cinco anos do ajuizamento da ação (art. 7º, XXIX, CRFB e Súm. 308, I, TST), salvo quanto aos pedidos declaratórios, imprescritíveis nos termos do art. 11, §1º da CLT, observada a contagem especial das férias (art. 149 da CLT). A regra expressa é inerente às pretensões individuais.

A presente ação foi ajuizada em 15/09/2020, sendo suscitada a prescrição quinquenal pela ré. Contudo, trata-se de ação civil pública, que busca a defesa de direitos difusos não sujeitos à prescrição¹.

Além disso, ainda que se aceite a aplicação por interpretação extensiva do prazo quinquenal da Ação Popular, Lei n.º 7.717/65 (RESP n.º 1.070.896/SC do STJ sob a Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão), o pedido de retroação do prazo ao mês de setembro de 2019, data em que foi instaurado inquérito civil, não se atingiria o prazo do art. 7º, XXIX da CRFB e menos ainda o prazo quinquenal da Lei n.º 7.717/65.

Deixa-se de pronunciar a prescrição das pretensões.

3. Mérito

3.1 Cota do art. 93 da Lei n.º 8213/1991 - contratação de pessoas com deficiência ou reabilitadas

Em síntese, o Ministério Público do Trabalho afirma que apurou no inquérito civil nº 006206.2019.02.000/7, instaurado em 16/09/2019, o descumprimento pela empresa ré das cotas para admissão de pessoas com deficiência e reabilitados do INSS.

Afirma que a ré lhe apresentou termo de adesão a um acordo de cooperação técnica sobre o tema, celebrado entre os sindicatos patronais e os profissionais das empresas de segurança do Estado de São Paulo, fixando escalonamento das cotas, mas que o documento não foi assinado pela Superintendência Regional do Trabalho e Emprego nem reconhecido pelo Chefe da Seção de Fiscalização do Trabalho no Estado de São Paulo como documento válido a afastar o cumprimento de dever legal.

Sustenta a inércia da ré em promover a adequação de sua conduta, pleiteia a condenação dela em obrigação de fazer, para contratar e manter contratadas pessoas com deficiência e reabilitados, em número compatível com os percentuais previstos na legislação, sob pena de multa mensal de R\$ 7.000,00, por empregado que faltar para o cumprimento integral da cota.

1 SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho. 10 ed. De acordo com o Novo CPC. São Paulo: LTR, 2016, p. 1.411. SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas*. 5 ed. São Paulo: Ltr, 2019, p. 303. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 391.

A empresa ré alega injustiça na aplicação do art. 93, da Lei 8.213/1991, pois o correto deveria ser que as posições de emprego vagas, em função compatível com as pessoas com deficiência e reabilitados, fossem providas, não se podendo obrigar a abertura de vagas. **A legislação não obriga ao acréscimo de vagas. Se a empresa optou por não cumprir a proporcionalidade legal, assume o ônus e o risco de seus atos, não podendo alegar a seu ato infrator em seu benefício – *venire contra factum proprium* -, pressupondo comportamento incompatível com o anteriormente realizado pelo mesmo agente (art. 422 do CC c.c art. 8 da CLT).**

Aduz ser empresa de vigilância e que a Lei 7.102/1983 estabelece requisitos para o exercício da função de vigilante, dentre os quais a aprovação em curso de formação específica e em exame de saúde física, mental e psicotécnico, o que limita o preenchimento de vagas pelos beneficiários das cotas.

Ocorre que a legislação é de 1983, anterior à positivação constitucionalizada da política pública de inserção da pessoa com deficiência ao mercado de trabalho. A lei anterior não excetuada, não constitui obstáculo à aplicação das normas posteriores.

Não há na Lei n.º 8.213/91, art. 93, §1º fixação de profissões, cargos ou funções, ou exclusão legal do cumprimento da cota para qualquer atividade empresarial. O que a lei não excetua não pode o Poder Judiciário excetuar, porque ao Poder Judiciário cumpre a aplicação da norma jurídica.

A lei previdenciária que prevê heterotopicamente a norma trabalhista de igualização de pessoas nas contratações é posterior à Constituição de 1988, e, juntamente com a Convenção n.º 159 da OIT, Decreto n.º 129/1991, conta com **30 anos de existência**.

A obrigação legal recebeu reforço legislativo, internacional e constitucional, com a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU em 2009 (art. 27, I, “h”), aprovada com o quórum de emenda constitucional, e portanto, direito fundamental, **em vigor há 12 anos**. Em 2015 houve novo reforço legislativo com a publicação da Lei n.º 13.146/2015, arts. 8º e 35.

Normas posteriores prevalecem sobre as anteriores, mormente quando constitucionais e integrantes do núcleo duro da Constituição, art. 60, §4º, inciso IV. Portanto, a Lei n.º 7.102/1983 deve ser interpretada à luz das normas constitucionais que protegem o deficiente, inserindo-o no mercado de trabalho, com vedação a quaisquer discriminações.

Outro argumento da defesa é a ausência de conduta ilícita no cumprimento da cota, pois realiza esforços nesse sentido, como a publicação de anúncio de vagas para pessoa com deficiência (ID. 6b48873 e ss) e de anúncio de evento de empregabilidade para PCD (ID. 696c06c). **Ambos não**

atenuam o descumprimento da lei.

A defesa alega ter aderido expressamente ao Termo de Cooperação Técnica firmado pelos Sindicatos da categoria econômica e profissional, com previsão de escalonamento no preenchimento das cotas em 36 meses e de fiscalização do Ministério do Trabalho, e que observa os percentuais previstos nele.

Sustenta que seu número total de empregados é de 2.104, não de 2.700, como afirmado pelo MPT, e que em 08/2020 já contava com 23 empregados provenientes de cotas, embora o termo previsse percentual equivalente a 13 empregados. Impugna a multa por empregado e o valor das astreintes. Por eventualidade, pleiteia a redução para R\$ 1.198,35 (piso salarial da categoria) por empregado não contratado a cada comprovação de descumprimento, e não de forma mensal.

A instituição de cotas para a contratação de pessoa com deficiência ou de trabalhadores reabilitados pela Previdência Social é uma ação afirmativa prevista no art. 93 da Lei 8.213/1991, destinada a dar efetividade ao princípio da isonomia, em seu sentido material (art. 5º, caput da CF).

Da análise do rol do art. 611-A e B da CLT extrai-se a norma cogente que determina o preenchimento das cotas sociais para inclusão de pessoas com deficiência infensas à negociação coletiva. O art. 611-B, inciso XXII, da CLT é expresso:

“Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: (...) XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;”

As medidas de urgência aprovadas durante a pandemia do covid-19 não incluíram a flexibilização das vagas das pessoas com deficiência, (Lei n.º 14.020, de 6 de julho de 2020, art. 17, inciso V):

Art. 17. Durante o estado de calamidade pública de que trata o art. 1º desta Lei: V - a dispensa sem justa causa do empregado pessoa com deficiência será vedada.

O Estado Brasileiro, nem mesmo durante o governo economicamente liberal atual, dilatou ou reduziu a proteção à pessoa com deficiência. E dessa forma, é defeso às partes alterar a lei por vontade privada, ainda que coletiva.

Toda norma coletiva celebrada em desacordo com a legislação, ainda que depositada na Secretaria do Trabalho, é e será inválida, se pretender reduzir ou suprimir a obrigação de contratação das pessoas reabilitadas ou com deficiência.

O acordo de cooperação técnica celebrado entre as entidades sindicais patronais e profissionais com Superintendência Regional do Trabalho de São Paulo (ID. dae50eb) com adesão da ré (id 438f4d5) conferiu prazo escalonado para a contratação da cota do art. 93 da Lei n.º 8.213/91 pela Reclamada e não a redução da cota. Esse acordo também previu a obrigação de capacitação de pessoas pelas entidades sindicais na sua cláusula 3ª (id. b88f95a). **A exceção convencional (redução da cota) invocada pela empresa ré não existe.**

Há certidão emitida pelo Ministério da Economia – Subsecretaria de Inspeção do Trabalho (ID. 121cbb6), de 04/03/2020, reconhecendo a existência de empregados em número abaixo do percentual legal - art. 93 da Lei nº 8.213/1991 -, empregados pela Ré. A ré tem o poder diretivo de sua atividade econômica (art. 2º da CLT), mas optou por contratar pessoas sem deficiência no lugar da obrigação legal de promoção da política pública estatal.

O documento expedido pela Secretaria de Inspeção do Trabalho (ID. 52d7160) demonstra a evolução do número e do perfil dos empregados da ré no período de 06/2019 a 05/2020. Em 12/05/2020 a empresa tinha 2.267 empregados, sendo 2 aprendizes. Deveria empregar 114 pessoas com deficiência ou reabilitados, havendo apenas **21 pessoas empregadas nessa condição.**

Os documentos apresentados pela defesa **confirmam a existência da majoração desse número, mas com apenas duas novas vagas, integralizando o número de 23 pessoas contratadas por meio da cota de deficiência/reabilitação** - listagens de empregados com deficiência e/ou reabilitados (ID. 691a29e, d481d98 e 55d496c), fichas de registro (ID. 8313795) e exames médicos (ID. 11eefb9 e ss.), planilhas contendo resumos de folha de pagamentos (ID. dc8e8ae, 57b2747, 027baf2 e 5eb65df) e extrato do CAGED (ID. 0fd139c).

A preposta informou (id. b7ad08b) que há empresas tomadoras, **sem registrar o nome delas**, com resistência quanto à contratação de pessoas reabilitadas ou deficientes. Confessou o número de 23 empregados contratados, acrescido de mais dois outros nos últimos meses sem a respectiva comprovação nos autos (art. 818, I da CLT), razão pela qual o número a ser considerado, atualmente e para essa decisão é o de 23 empregados.

Não há nulidade ou cerceamento de defesa ao dispensar-se as testemunhas que comprovariam a dificuldade da contratação. **O tema não é controvertido.** Os documentos de id. 6b48873, 867df21, 68a8fbc, d108f96, 069c354, 43bad16, 20cdee6, 698407b, cd9e2f6, 1063aed, d5f2b89, 89bd3d1, cc956c1, não foram impugnados na réplica do Ministério Público do Trabalho (id. b040c98).

A dificuldade na contratação não afasta a aplicação da lei. O fato não é negado, mas afastado por ser irrelevante no cumprimento da legislação pátria.

Há inúmeras deficiências compatíveis com as funções da Reclamada, o que resta provado com a contratação de 23 pessoas nessa condição. **Chancelar o ato infracional confesso da ré viola a livre concorrência entre as empregadoras que cumprem as normas brasileiras.**

Destaca-se que a empresa ré não pretende negociar. Nem no Ministério Público, conforme se extrai da apresentação do TAC – Termo de Ajustamento de Conduta (ID. 64d3720) recusado. Nem no Poder Judiciário.

As ofertas do **Ministério Público para contratação escalonada**, com abertura para a fixação dos termos da proposta pela Ré (ID. 2a2ce3a e b7ad08b) **foram recusadas**, a despeito de todo empenho do juízo (art. 764 da CLT) nas duas audiências designadas.

Isto posto, **condena-se a Reclamada a cumprir o restante da cota de contratação de empregados com deficiência e reabilitados pela Previdência Social (91 empregados) no prazo de 90 dias.**

O prazo de 90 dias **será contado da publicação dessa sentença** (art. 832, §1º da CLT c.c. art. 311, I, do CPC por força do art. 769 da CLT).

Caso haja descumprimento, considerando que a infração e a tentativa de solução distam mais de um ano desde a denúncia recebida pelo Ministério Público do Trabalho, bem como a recusa categórica da empresa em negociar qualquer cumprimento da cota, **aplicar-se-á a multa requerida pelo Parquet, e deferida**, de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), **fixada por dia de atraso na contratação e por trabalhador faltante** nos termos do art. 765 da CLT.

Atente-se a reclamada que o valor poderá ser majorado, considerando sua inércia no cumprimento fixado para a obrigação de fazer (STJ, Recurso especial nº 1.691.748 – PR), mas também a natureza jurídica da *astreinte* - coerção indireta para o cumprimento dessa sentença, e da norma jurídica, ou substituído por outros meios legais coercitivos para o cumprimento da decisão (art. 765 da CLT).

No caso da necessidade de cobrança da *astreinte*, o valor deverá ser depositado em conta judicial à disposição do juízo e vinculada a esse processo para que seja revertida em capacitação de pessoas com deficiência para atuar nas funções existentes na reclamada e em empresas equivalentes, observando o **princípio da reparação integral do dano, sem descuidar a conversão da obrigação no resultado prático equivalente a ser fixado em eventual execução** (art. 84 do CDC, art. 21 da LACP, art. 765 e 769 da CLT).

O valor indenizatório deverá ser depositado em conta vinculada ao processo, revertido para a comunidade atingida, permitindo a reinserção das pessoas com deficiência ou reabilitadas no

mercado de trabalho em que atua a Reclamada, empresa do ramo da vigilância armada e sem armamento.

Deverá ser publicado edital para que as entidades interessadas possam cadastrar-se e participar da capacitação, considerando a ausência de finalidade específica do Fundo de Amparo do Trabalhador e o princípio da reparação integral do dano. A fiscalização do cumprimento da capacitação será compartilhada com o Ministério Público do Trabalho (art. 5, §1º e art. 20 da Lei n.º 7.347/85).

3.2 Lesão moral coletiva

O Ministério Público do Trabalho afirma que a inobservância das cotas desrespeita interesses difusos da coletividade dos empregados, atingindo inclusive trabalhadores em potencial, que procuram o sustento próprio e de sua família por meio do trabalho, pedindo a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, no valor 1.337.358,60, a ser revertida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.

O valor foi composto pelo número de salários que os trabalhadores com deficiência ou reabilitados receberiam faltantes para o cumprimento da cota do art. 93 da Lei n.º 8.213/91, desde a instauração do inquérito civil, e sem contar os demais encargos trabalhistas.

A ré nega a existência de dano à coletividade, alegando não haver culpa ou dolo a ensejar a indenização.

Há reiterada omissão da Reclamada ao não optar por capacitar pessoas para suas atividades, se não consegue contratar por meio de anúncios. **A capacitação profissional é degrau obrigatório do processo de inserção do deficiente no mercado de trabalho** e faz parte da função social da empresa (art. 5º, XXIII e art.170, III, VII, VIII da CF, art. 1.1128 do CC). A capacitação foi prevista, ainda que pelas entidades sindicais, no acordo invocado pela ré (id. b88f95a).

A Reclamada argumenta que não contrata porque não encontra trabalhadores. Em 21/02/2021 foi publicada uma reportagem de que a cada 40 minutos um trabalhador se acidenta na região do ABC, conforme os dados do Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho, do Ministério da Economia, sem a consolidação do ano de 2020². Talvez seja o caso da empresa procurar capacitar pessoas em áreas com incidência acidentária maior, observando as estatísticas oficiais. As cooperações são uma realidade entre o poder público e a iniciativa privada. A região do ABC faz parte da grande São Paulo (região metropolitana), a título exemplificativo.

2 Disponível em: < <https://www.dgabc.com.br/Mobile/Noticia/3681607/a-cada-40-minutos-um-trabalhador-se-acidenta-na-regiao>>. Acesso em: 24 fev. 2021.

A negativa em contratar a cota legal associada à ausência de promoção da capacitação, apenas reforçam a existência de lesão extrapatrimonial aos trabalhadores com deficiência e aos reabilitados pela Previdência Social. A contratação da empresa Catho para recrutar por meio de anúncios não se mostrou eficaz ou suficiente, sendo razoável buscar as pessoas de outro modo. Nesse sentido, há decisões na Justiça do Trabalho,

Duzentos e quarenta trabalhadores vão participar do Programa de Inclusão de Pessoas com Deficiência que será realizado pela Resolve Prestadora de Serviços Ltda. A decisão é fruto de um acordo a título de obrigação compensatória coletiva, firmado entre a empresa e o Ministério Público do Trabalho da 15ª Região, e homologado nesta quarta-feira, 27/1, pela juíza Camila Ceroni Scarabelli, titular da 2ª Vara do Trabalho de Ribeirão Preto, na Ação Civil Pública Cível de número 0011085-82.2018.5.15.0042.

Pelo acordo, a empresa se comprometeu a implementar o Programa de Inclusão, com duração de oito anos, em todos os seus estabelecimentos (matriz e filiais), com objetivo de capacitar e aproveitar em seus quadros 240 trabalhadores com deficiência, com a finalidade de cumprimento da reserva legal estabelecida no art. 93 da Lei 8.213/91 e no art. 36 do Decreto 3.298/99.

Por ano, serão ministradas 12 turmas de 20 alunos cada, em cursos com duração de três semanas, realizados duas vezes por semana, em encontros de quatro horas cada. A empresa também se comprometeu a aproveitar os trabalhadores capacitados nesses cursos em diferentes funções e setores da empresa, a fim de evitar a segregação desses trabalhadores.³

Há decisões prevendo a necessidade de realização de curso com conhecimentos mínimos exigidos para o exercício da função⁴, como resultado prático equivalente para se atingir a finalidade da norma jurídica.

Observe-se: nenhuma dessas possibilidades foi acionada pela empresa ré. A ré não quer contratar dentro da cota legal, pretendendo a todo momento cancelar a redução ilegal do percentual da cota. A ré não quer contratar de modo escalonado. A ré sequer cogita capacitar pessoas diretamente para contratá-las ao final. A ré pretende não contratar ninguém sob o fundamento de que vigilância não entra na cota.

A legislação pátria tem 30 anos de existência.

3 Disponível em: < 2ª VT de Ribeirão Preto homologa Programa de Inclusão de PCD que beneficia 240 trabalhadores>. Acesso em: 24 fev. 2021.

4 Vide ACP TRT15, PJE 0011085-82.2018.5.15.0042, ACP TRT23 0000119-51.2017.5.23.0146, entre tantas outras.

Lamentavelmente a ré ainda não reconhece a legislação como válida. E esse é um fato muito lesivo não só para a integração da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, mas para a livre concorrência entre as empresas e também para o Sistema de Justiça.

A recalcitrância na conduta da reclamada, que inclusive trocou o escritório de advocacia que a representa no meio do processo de conhecimento, e entre as audiências realizadas, acreditando na possibilidade de um meio jurídico para descumprir novamente a legislação, demonstra também a reiteração do ato lesivo social. Há um abuso quanto ao direito de defesa, que extrapola a finalidade do contraditório (art. 129 do CC, art. 311, I do CPC c.c. art. 765 e 769 da CLT).

O dano moral coletivo é a lesão transindividual a direito da personalidade, que atinge a essência da coletividade, a dignidade humana e o valor social do trabalho, cuja reparação tem previsão nos arts. 1º; 5º, X; e 170, da CF; além do art. 6º, VI, CDC; art. 927 do CC e art. 1º, V da lei 7.347/1985. Não cumprir uma norma que serve à organização do Estado Democrático de Direito também representa o desequilíbrio, por meio de atos reiterados, ao pacto social (Leviatã).

Por todos esses argumentos expostos, reconhece-se a lesão moral coletiva reiterada (art. 93 da Lei n.º 8213/91, Lei n.º 13.146/2015; arts. 8º e 35; art. 27, 1, “h” da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; e, Convenção n.º 159 da OIT)

Cumpra ao Sistema de Justiça reestabelecer o equilíbrio aplicando a norma posta. O caráter reeducador do direito prevalece sobre a recomposição do dano, que na realidade não pode ser recomposto. Por essa razão, a indenização deve ser fixada com base no que a empresa lesionou (ausência de 91 postos de trabalho desde 2019, antes mesmo da pandemia do covid-19), no impacto que essa decisão transgressora trouxe ao ordenamento pátrio, observando a sua capacidade econômica.

A cláusula 4ª do Contrato Social (id. B30c542) informa que o capital social da empresa é de R\$15.500.00,00 (quinze milhões e quinhentos mil reais). O valor proposto pelo Ministério Público do Trabalho, de R\$1.337.358,60 (hum milhão, trezentos e trinta e sete mil, trezentos e cinquenta e oito reais e sessenta centavos) representando o piso salarial de cada trabalhador não contratado, por mês até o ajuizamento da ação civil pública – que representa a *ultima ratio* para o *Parquet*, representa 8,6% do capital social da empresa.

O pedido é procedente.

O valor indenizatório deverá ser depositado em conta vinculada ao processo, revertido para a comunidade atingida, permitindo a reinserção das pessoas com deficiência ou reabilitadas no mercado de trabalho em que atua a Reclamada, empresa do ramo da vigilância armada e sem

armamento.

Deverá ser publicado edital para que as entidades interessadas possam cadastrar-se e participar da capacitação, considerando a ausência de finalidade específica do Fundo de Amparo do Trabalhador e o princípio da reparação integral do dano. A fiscalização do cumprimento da capacitação será compartilhada com o Ministério Público do Trabalho (art. art. 5, §1º e art. 20 da Lei n.º 7.347/85).

3.3 Limite da condenação ao valor atribuído à causa – Inaplicabilidade

O valor dos pedidos não limita a condenação, uma vez que o art. 840, §1º, da CLT apenas exige “indicação” de valor, o que é feito por estimativa, nos moldes do art. 12, §2º da Instrução Normativa nº 41 do TST, editada pela Resolução nº 221/2018.

No caso dos autos, os pedidos com expressão monetária não traduzem lesão material, mas moral. Esse entendimento não prejudica a observância dos limites dos pedidos (arts. 141 e 492 do CPC, c.c. art. 769 da CLT), que é feita com base nos títulos pleiteados pelo órgão autor.

Quanto às repercussões legais independem de pedido específico, já que decorrem da aplicação da lei ao caso concreto.

3.4 Correção monetária e juros de mora

Os juros de mora de 1% são aplicáveis na forma do art. 39 da Lei 8.177/1991 (Súm. 200 TST e OJ SDI-1 300).

Aplica-se a TR, por força da Lei 13.467/2017. Ressalta-se que a decisão do STF na ADC 58 sobre índice de correção monetária nas ações trabalhistas não foi publicada e não transitou em julgado, motivo pelo qual não será aplicada à lide, em observância à segurança jurídica (art. 5º, XXXVI da CRFB).

Considerando a natureza jurídica indenizatória das verbas deferidas, determina-se como marco para o cálculo da correção monetária e juros de mora da indenização por danos morais a data de publicação desta decisão (art. 883 da CLT, Súm. 439 do TST, e Súm. 49 do E. TRTSP, observado o art. 39 da Lei 8.177/1991).

III – CONCLUSÃO/DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgam-se **PROCEDENTES** os pedidos autorais, observados os limites expressos na fundamentação, que integra o presente dispositivo.

Correção monetária e juros de mora na forma da lei e da fundamentação.

Custas de R\$ 26.747,17 sobre o valor da condenação de R\$ 1.337.358,60 (art. 789 da CLT), pela ré.

Prazo de cumprimento de 90 dias para obrigações de fazer (art. 832 da CLT, art. 311, I do CPC por força do art. 769 da CLT).

A liquidação da indenização da lesão moral coletiva será realizada por cálculo; e, a da obrigação de fazer, por artigos (art. 879 da CLT).

Adverte-se às partes, que a insistência em argumentações infundadas ou contrárias à legislação, que retardam o andamento da lide e/ou resistam à execução, com claro intuito meramente procrastinatório, atentando contra o princípio da celeridade processual, *inclusive eventual oposição de embargos declaratórios infundados e em descompasso com os termos do artigo 897-A da CLT*, são passíveis de condenação por prática de ato atentatório à dignidade da Justiça e litigância de má-fé, sujeito ao pagamento de multa de 1% (um por cento) e indenização de até 20% (vinte por cento) do valor corrigido da causa, além de indenização de até 20% do valor da execução, a ser revertido em favor da parte contrária, com fundamento nos arts. 77 a 80 e 774, IV (resistência injustificada ao cumprimento das ordens judiciais) do CPC, de aplicação supletiva e compatível com o Processo Trabalhista, bem como art. 793-A, B e C da CLT.

Intimem-se as partes, observada a prerrogativa de intimação pessoal do Ministério Público do Trabalho. Dispensada a intimação da União Federal, nos termos do art. 1º da Portaria 582, de 11 de setembro de 2013.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2021.

Lorena de Mello Rezende Colnago

Juíza do Trabalho

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

Prezados autores,

A Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Revista Científica de periodicidade mensal é divulgada exclusivamente por meio eletrônico a partir do site www.trt9.jus.br. Adota temática singular a cada edição e se destina a publicar artigos acórdãos, sentenças, condensa entendimentos jurisprudenciais sumulados ou organizados em orientações, resenhas, convida para publicação observadas as seguintes normas.

1. Os artigos ou decisões devem ser encaminhados à análise do Conselho Editorial, para o e-mail revistaelectronica@trt9.jus.br
2. Os artigos serão técnico-científicos, focados na área temática de cada edição específica, sendo divulgada a sequência dos temas eleitos pela Escola Judicial do TRT-9ª Região, mediante consulta;
3. Os artigos encaminhados à Revista Eletrônica devem estar digitados na versão do aplicativo Word, fonte Calibri corpo 12, espaçamento entrelinhas 1,5, modelo justificado, com títulos e subtítulos em maiúsculas alinhados à esquerda, em negrito. A primeira lauda conterá o título do artigo, nome, titulação completa do autor, referência acerca da publicação original ou sobre seu ineditismo e uma foto;
4. Os artigos encaminhados à publicação deverão ter de preferência entre 8 e 12 laudas, incluídas as referências bibliográficas. Os artigos conterão citações bibliográficas numeradas, notas de rodapé ordenadas e referências bibliográficas observarão normas vigentes da ABNT, reservando-se o Conselho Editorial da Revista Eletrônica o direito de adaptar eventuais inconsistências, além de estar autorizado a proceder revisões ortográficas, se existentes;
5. A publicação dos artigos não implicará remuneração a seus autores, que ao submeterem o texto à análise autorizam sua eventual publicação, sendo obrigação do Conselho Editorial informá-los assim que divulgada a Revista Eletrônica;
6. O envio de artigos ou decisões não pressupõe automática publicação, sendo sua efetiva adequação ao conteúdo temático de cada edição da Revista Eletrônica pertencente ao juízo crítico-científico do Conselho Editorial, orientado pelo Desembargador que organiza as pesquisas voltadas à publicação.
7. Dúvidas a respeito das normas para publicação serão dirimidas por e-mails encaminhados à revistaelectronica@trt9.jus.br

Respeitosamente.

CONSELHO EDITORIAL

