

O DIREITO À INTIMIDADE DO EMPREGADO E O CONTRATO DE TRABALHO

Ronaldo Nunes Ferreira

Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, lotado na Assessoria Jurídica.
Assessor Jurídico da Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região.
Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Católica do Salvador/BA.
Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA.
Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pelo Instituto Excelência (JUSPODIVM).

1. INTRODUÇÃO

O objeto deste trabalho é o estudo sobre o direito à intimidade do trabalhador no âmbito do contrato de trabalho e suas peculiaridades.

A escolha pelo estudo do direito à intimidade deve-se às inúmeras situações concretas relevantes que a questão demanda e que interessa ao direito do trabalho. A situação se agrava com a evolução tecnológica que traz para o âmbito do contrato laboral novas possibilidades de invasão de intimidade, a exemplo de câmeras de filmagem no local de trabalho.

Dentro dessa proposta, necessário é discorrer acerca da relação de poder que se trava entre empregado e empregador em sua relação contratual laboral e as peculiaridades dessa relação face aos direitos fundamentais de personalidade, em especial o direito à intimidade, previstos na Carta Constitucional de 1988.

A escolha do objeto de investigação guarda relação com a situação vivenciada pelo trabalhador, que, na condição de sujeito do contrato laboral, sob subordinação do empregador, ostenta posição de vulnerabilidade de seus direitos de personalidade. E esta situação onde o empregado vende sua força de trabalho para o empregador, em troca de uma contraprestação, por conta da situação de subordinação, torna-se um campo fértil para as agressões aos direitos de personalidade do trabalhador e à sua dignidade.

O poder que o empregador possui de adotar as prescrições necessárias ao funcionamento do negócio, seja organizando, disciplinando, fiscalizando, não é um poder absoluto. De fato, no exercício da organização das forças produtivas, ele esbarra nos direitos que protegem os detentores da mão-de-obra, o empregado. Enquanto trabalhador, o obreiro reúne a qualidade de titular de direito como cidadão e ainda como titular de direito na condição de parte do contrato laboral.

Assim, os direitos de personalidade do empregado acabam por criar limitações ao poder do patrão de organizar a empresa. Isso porque o empregador obrigatoriamente deve

respeitar os empregados e seus direitos fundamentais, a exemplo do direito à intimidade e à honra.

2. OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

2.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VALOR-GUIA

Não se pode falar de direitos fundamentais sem falar antes da dignidade da pessoa humana, já que a dignidade é fundamento dos direitos fundamentais, entre eles o direito de personalidade.

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado democrático de direito, nos termos do art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

É rotulada doutrinariamente como sobredireito, já que conforma e orienta todos os demais.

A respeito da posição de destaque desse valor, Arion Sayão Romita¹ sustenta *in verbis*:

a dignidade da pessoa humana atua como fundamento do princípio estruturante do Estado democrático de direito e, em consequência, impregna a totalidade da ordem jurídica, espraia-se por todos os ramos do direito positivo e inspira não só a atividade legislativa como também a atuação do Poder Judiciário.

Isso implica dizer que toda a atividade legislativa e decisão do Poder Judiciário devem observância ao princípio da dignidade humana e ao valor ali incrustado, sob pena de afronta ao fundamento do Estado brasileiro. E ainda implica dizer que o respeito a esse valor estruturante impõe-se ao particular e às instituições, sejam públicas ou privadas.

A dignidade da pessoa humana vem refletida também no art. 170, caput, da CF/88, que enuncia que a ordem econômica deve assegurar a todos existência digna. Também o art. 226, § 7º, da Carta Magna reza que o planejamento familiar se funda nos princípios da dignidade da pessoa humana. O art. 227 da Carta impõe o dever de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade. A Carta da República traz impregnado esse valor estruturante, ainda que implícito, a exemplo do art. 3º, I e IV que consagra o valor fundamental da dignidade, o que obriga a sua observância em qualquer situação vivenciada.

¹ ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2009, pag. 277.

A palavra dignidade significa honra, virtude. No entanto, não é apenas valor individual. Embora relacionada à ideia de valor próprio, traz também a ideia de valor intersubjetivo.

A missão de conceituar dignidade é difícil, pois seu conteúdo semântico tem relação com a própria condição humana.

A despeito da dificuldade em conceituar e traçar características ao tema, mais importante se torna consagrar esse valor como absoluto, não sujeito às intempéries da vida, à inconstância de governos, à inexorabilidade do tempo e do espaço. Não se pode banalizar o princípio da dignidade da pessoa humana. É valor que está incrustado em todo ser humano e se torna sensível quando agredido, independente de se conhecer seu conteúdo semântico ou seu conceito.

Não é à toa que Marlon Marcelo Murari² cita Rizzatto Nunes, para quem o importante é “apontar o conteúdo semântico de dignidade sem permitir que façam dele um conceito relativo (...)”.

A dignidade da pessoa humana pode ser considerada como o valor ou a qualidade inerente e reconhecida em todo o ser humano que o faz merecedor de respeito pela comunidade e por todas as instituições.

Não resta dúvida de que o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados. Seja o direito político, econômico, social ou de defesa. É valor que serve de bandeira para toda e qualquer interpretação do direito, seja constitucional ou infraconstitucional.

Conforme leciona Ana Paula de Barcellos³, é clara a opção do Constituinte de 1988 em colocar o princípio da dignidade humana como vetor de toda a interpretação constitucional. Aliás, faz a autora⁴ uma reflexão histórica das origens desse princípio, quando diz que “a dignidade da pessoa humana, o valor do homem como um fim em si mesmo, é hoje um axioma da civilização ocidental.” Assinala quatro momentos históricos no percurso da consolidação do valor humanidade nos Estados Constitucionais, quais sejam, o Cristianismo, o Iluminismo-humanista, a obra de Immanuel Kant e a Segunda Guerra Mundial.

² MURARI, Marlon Marcelo. *Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado: o equilíbrio está na dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2008, pag. 32.

³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 127.

⁴ *Idem*, p. 121.

A mensagem divulgada por Jesus Cristo representou um ponto de inflexão no mundo antigo. O historiador H.G. Wells, ao ser questionado sobre quem seria a maior personalidade da História, disse que Jesus Cristo e suas mensagens são o marco da História mundial. Através de suas mensagens, o homem passa a ser valorizado individualmente, além de pregar a valorização do outro, enfatizando a noção de solidariedade. A consequência dos valores cristãos traz à tona a igualdade essencial entre os homens.

Posteriormente, o Iluminismo vem para tirar a religiosidade do centro do sistema de pensamento, substituindo-o pelo próprio homem. Nessa fase, o desenvolvimento do humanismo terá como consequência a preocupação com os direitos individuais do homem e o exercício democrático do poder.

Kant⁵ vem trazendo a noção da natureza do homem e sua relação consigo próprio, com os outros e com a natureza. Kant traduz em uma frase a ideia mais essencial e consistente do humanismo, quando diz que o “homem é um fim em si mesmo, e não o Estado”. Ele vai sustentar a necessidade de separação dos poderes e da generalização do princípio da legalidade como forma de assegurar aos homens a liberdade de perseguirem seus projetos individuais.

Hodiernamente, esse princípio é albergado na Constituição de 1988, o que vem expresso nas palavras de Luís Roberto Barroso⁶ *in verbis*:

É inegável que a Constituição de 1988 tem a virtude de espelhar a reconquista dos direitos fundamentais, notadamente os de cidadania e os individuais, simbolizando a superação de um projeto autoritário, pretensioso e intolerante que se impusera ao País.

Canotilho⁷ assinala que esse fundamento é “concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais”. E acrescenta o autor que “o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não qualquer ideia apriorística do homem”.

Arremata José Afonso da Silva,⁸ dizendo que a ordem econômica objetiva existência digna, a ordem social visará à realização da justiça social e, por consectário lógico, a

⁵ *Idem* pag. 121.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2009, p. 41.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Coimbra, 1994, p. 105.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Op cit*, p.105.

dignidade humana, sendo, portanto, critério basilar de toda a interpretação constitucional a observância da dignidade da pessoa humana como valor máximo da realização humana.

Feitas essas considerações acerca do princípio da dignidade humana, surge a necessidade de enquadramento do tema à pesquisa.

A importância desse valor fundamental ora tratado é que no contrato laboral, as partes pactuam as condições de trabalho. O empregado se submete ao controle do empregador, que dita as regras a respeito da consecução das tarefas. Nessa relação intersubjetiva, há um conteúdo mínimo a ser observado pelo empregador, intangível e que não está sujeito às ingerências externas. Esse conteúdo intocável é a dignidade da pessoa humana, que garante substância aos direitos fundamentais do ser humano, notadamente os direitos de personalidade.

Embora ressaltando o caráter de intangibilidade da dignidade da pessoa humana, a prática da vida laboral demonstra o recorrente desrespeito a esse valor estruturante, a exemplo da revista pessoal efetuada pelo empregador em seus empregados, a fiscalização da execução do trabalho, efetuada por meio de câmeras de vídeo, a invasão de privacidade nas mensagens enviadas por correio eletrônico e outras.

Essa violação demanda uma reação por parte do direito. Essa nova postura inclui medidas necessárias a coibir a prática de atos abusivos, ou ao menos aptas a minimizar seus efeitos.

2.2 CONCEITO, NATUREZA E CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Estabelecidas as considerações básicas a respeito da dignidade da pessoa humana e destacada sua importância como fundamento do ordenamento jurídico, faz-se necessária uma abordagem pormenorizada a respeito dos direitos de personalidade, procurando conceituá-los, definir sua natureza, classificação e demonstrar suas características.

O vocábulo personalidade vem do latim *personalitas*, que significa o conjunto de elementos que se mostram próprios ou inerentes à pessoa. Assim, forma um indivíduo diferente de qualquer outro.

Os direitos da personalidade se constituem em direito fundamental do indivíduo. Em função de sua fundamentalidade, esses tipos de direitos “comungam do regime pleno da dupla

fundamentalidade formal e material”⁹. De fato, tais direitos têm proteção garantida contra o poder reformador derivado da Constituição, inserto no dispositivo do art. 60, § 4º, inciso IV, da Carta Magna, além de obedecerem à lógica do art. 5º, § 1º do mesmo diploma legal, que deixa patente que às normas de direitos fundamentais devem ser dispensadas a máxima eficácia e efetividade possível.

Há doutrinadores, a exemplo de Adriano de Cupis e Roberto Ruggiero¹⁰, que ressaltam que os direitos de personalidade são pressupostos ou pré-condição para a aquisição de outros direitos. Rodolfo Pamplona¹¹, exaltando a importância dessa classe de direitos, assinala que a relevância se mostra pelo próprio objeto que visa proteger.

Não é à toa que o Novo Código Civil alberga capítulo próprio sobre os direitos de personalidade, que denota a mudança de valores da codificação brasileira. Destarte, de um perfil patrimonial arraigado no Código Civil de 1916, concebido para uma sociedade tradicionalista, o Novo Código desponta com a preocupação com o indivíduo e seus valores fundamentais, sintonizado com a Carta Magna de 1988.

Os direitos da personalidade são aqueles direitos inerentes à personalidade humana, que dão especificidade ao indivíduo, sem os quais não se poderia reconhecer a sua condição humana. O objeto a ser tutelado são os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais. O *locus* de proteção é a esfera extrapatrimonial do indivíduo, a exemplo da vida, da integridade física, valores considerados indisponíveis e não passíveis de quantificação econômica.

Para Pontes de Miranda¹² “são todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas”.

Para Caio Mário¹³, são direitos abrangentes que “envolvem o direito à vida, à liberdade, ao próprio corpo, à incolumidade física, à proteção da intimidade, à integridade moral, à preservação da própria imagem, ao nome, às obras de criação do indivíduo, e tudo mais que seja digno de proteção, amparo e defesa (...)”.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos... *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*-Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, pag. 17.

¹⁰ CALDAS. Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997, pag. 5..

¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, pag. 143.

¹² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 7. Bookseller, 2000, pag. 13.

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituição de direito civil*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2009, pag. 206.

De tudo, se colhe que os direitos de personalidade têm fundamento na dignidade da pessoa humana e guardam uma relação intrínseca com a personalidade humana, seja representada pelos aspectos morais, seja pelos aspectos externos como a aparência e a imagem, de modo que se estabelece um núcleo intangível, avesso à intromissão estranha.

A despeito dos debates acerca da natureza dos direitos de personalidade, havendo quem questionasse a própria existência desses direitos como direito subjetivo, hoje se pode afirmar com alguma certeza que se trata de direitos subjetivos especiais.

Aluísio Henrique Ferreira¹⁴ cita Wanderlei de Paula Barreto que defende que “tratam-se de direitos subjetivos especiais, cuja observância o titular pode opor *erga omnes*”. E acrescenta o autor que a sua tutela tem respaldo no “respeito pelo ordenamento da incidência da vontade do sujeito sobre a tutela do interesse”.

Destarte, os direitos de personalidade são aqueles, intrínsecos à sua natureza, em que o indivíduo exerce em sociedade, com efeitos *erga omnes*, tendo como objeto as projeções físicas, psíquicas e morais.

Os doutrinadores civilistas ainda dividem esses direitos em dois ou três grupos. Para aqueles que dividem em três grupos classificam de acordo com a proteção em: vida e integridade física (corpo, cadáver, voz); integridade psíquica e criações intelectuais (liberdade, criações intelectuais, privacidade) e integridade moral (honra, imagem, identidade pessoal).

Parte da doutrina divide essa classe de direitos em dois grupos, a saber, os relativos à personalidade física, como a vida, corpo, a voz, a imagem, o cadáver e o grupo relativo à personalidade moral e espiritual como a intimidade, a reputação, o direito à honra, à liberdade, ao recato e o direito à imagem, etc.

Carlos Alberto Bittar, citado por Aluísio Henrique Ferreira¹⁵, classifica em direitos físicos, psíquicos e morais. Rodolfo Pamplona Filho¹⁶ classifica com base na tricotomia corpo, mente e espírito. E discrimina em vida e integridade física, que seriam o corpo vivo, a

¹⁴ FERREIRA, Aluísio Henrique. *O poder diretivo do empregador e os direitos da personalidade do empregado*. São Paulo: LTr, 2011, pag. 76.

¹⁵ *Idem*, pag. 77.

¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho. *Novo curso de direito civil, parte geral, vol. I*. São Paulo: Saraiva, 2003, pag.157.

voz, o cadáver; integridade psíquica e criações intelectuais como a liberdade, privacidade e segredo e por fim a integridade moral, retratada na honra, imagem e identidade pessoal.

2.3 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Enquanto direitos subjetivos privados, a doutrina traça as características dos direitos de personalidade, quais sejam, a generalidade, extra-patrimonialidade, caráter absoluto, a inalienabilidade, imprescritibilidade e a intransmissibilidade.

A generalidade significa que são direitos concedidos a todos, pelo fato de ser. São direitos inatos.

Pedro Frederico Caldas¹⁷ cita Pontes de Miranda para quem “o direito de personalidade com tal é inato, embora acrescente que tal inatividade é tida no sentido de direito que nasce com o indivíduo”.

Em verdade, hoje os direitos de personalidade são proclamados como inatos pelo Estado Moderno.

A extra-patrimonialidade consiste na insuscetibilidade de uma avaliação econômica desses direitos, ainda que se reconheça que a lesão possa gerar reflexos econômicos.

São direitos não componentes do patrimônio da pessoa, portanto, irredutíveis a um valor econômico, o que não quer dizer que não tenham valor econômico. Isso porque não se pode confundir o direito de personalidade com seu conteúdo, que pode se traduzir em grande valor. É o que alerta Caldas¹⁸.

Absolutos, porque oponíveis *erga omnes*, protegidos contra invasões coletivas.

A sua carga eficaz submete a todos. Caldas¹⁹ cita Pontes de Miranda, que é taxativo ao enunciar que nenhum dos direitos de personalidade é relativo.

Indisponíveis, já que o titular não pode dispor desses direitos. A doutrina acresce que são imprescritíveis e intransmissíveis.

Caldas²⁰ cita Walter Moraes para quem:

¹⁷ CALDAS. Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997, pag. 9.

¹⁸ *Idem*, pag. 10.

¹⁹ *Idem*, pag. 10.

²⁰ *Idem*, pag. 11.

Entende a indisponibilidade desse direito com um *grano salis*, ou seja, a indisponibilidade se traduziria no limite natural de o titular não poder se privar do direito, o que não quer dizer que não possa dele dispor, notadamente em relação às largas possibilidades da usufruição do seu conteúdo econômico, até o limite natural traçado.

Por fim, salienta-se o caráter de essencialidade e a preeminência dos direitos de personalidade em relação aos demais direitos subjetivos, face à peculiaridade de seu objeto.

Destarte, os direitos de personalidade são aqueles que constituem um mínimo necessário ao seu conteúdo e funcionam como pressuposto para a aquisição de outros direitos subjetivos.

2.4 TEORIAS NEGATIVISTA E POSITIVISTA

Os direitos da personalidade, hoje reconhecidos em sua fundamentalidade, já tiveram negado sua existência, sob o argumento de que não se poderia confundir o objeto com o próprio sujeito. Segundo Rodolfo Pamplona²¹, “tal assertiva não é mais aceitável, pelo seu indisfarçável extremismo, pois importa em desprezar a própria finalidade do direito”.

A doutrina, quanto a esse campo temático, divide-se em teoria negativista, que nega a existência dessa classe de direitos, e a positivista, que reconhece os direitos de personalidade.

A teoria negativista, representados por Roubier, Savigny, Zitelmann, Iellinek²², entre outros, rechaçavam a tese de existência de direitos de personalidade. Sustentavam que a personalidade, identificando-se com a titularidade de direitos, não poderia, ao mesmo tempo ser objeto deles.

Tepedino diz que segundo Savigny²³, “a admissão dos direitos de personalidade levaria à legitimação do suicídio ou da automutilação”. Nessa mesma linha, Iellinek²⁴ sustenta que “a vida, a saúde, a honra, não se enquadrariam na categoria do ter, mas do ser, o que os tornaria incompatíveis com a noção de direito subjetivo, predisposto à tutela das relações patrimoniais e, em particular, do domínio”.

²¹ *Idem*, pag. 145.

²² *TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pag. 27.*

²³ *Idem*, pag. 27.

²⁴ *Idem*, pag. 27.

Segundo essa teoria, os direitos de personalidade não seriam direitos subjetivos, mas meros efeitos reflexos do direito objetivo, de onde geraria uma tutela a determinadas radiações da personalidade.

Diversas foram as críticas a essa teoria, voltadas para ilidir o fundamento de que a personalidade não poderia ser sujeito e objeto de tutela ao mesmo tempo.

Nessa linha, a doutrina se valeu da ideia de que a personalidade poderia ser vista sob duas perspectivas. Sob o ponto de vista dos atributos da pessoa humana, que a habilita a ser sujeito de direito, tem-se a personalidade como capacidade e como titular das relações jurídicas. Essa seria a perspectiva estrutural, onde a pessoa humana se identifica com o elemento subjetivo.

A outra vertente seria a personalidade como um conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto merecedor de tutela pelo ordenamento.

Ainda acerca da discussão, Tepedino²⁵ chama a atenção que a distinção entre os conceitos de personalidade como objeto e como sujeito de direito é bem definida pelo Código Civil Português, em seu artigo 70, I, que estabelece a tutela geral da personalidade física e moral dos indivíduos como bens inerentes à própria materialidade e espiritualidade de cada homem.

O que se destaca é que a personalidade surge, corporificada no ser humano e configurada como objeto de direitos e deveres. Nesse sentido, sublinha-se a ideia de reconhecimento de uma instância de direitos e obrigações e de capacidade de ser titular de direitos e obrigações.

Assim, sob essa perspectiva nova dos direitos de personalidade, a partir dos anos 50 reconhece-se a existência dos direitos subjetivos atinentes à personalidade, bastante ligada à matriz dos direitos subjetivos patrimoniais.

Vencida a questão do reconhecimento dos direitos de personalidade, a inquietação doutrinária se volta para a busca do objeto de direito que fosse externo ao seu sujeito, tal como a matriz dogmática construída para os direitos patrimoniais. Reconhecida a personalidade como aspecto de objeto de direito, este direito subjetivo recairia sobre a própria pessoa ou sobre um objeto externo, constituindo numa obrigação negativa geral. Essa preocupação doutrinária se explica porque a validade da categoria parecia depender da

²⁵ *Idem*, pag. 30.

individualização de um bem jurídico que não se confundisse com a pessoa humana, elemento subjetivo da relação jurídica.

Tepedino²⁶ cita Ferrara que demonstra a problemática dizendo que “nos direitos absolutos o objeto não é a *res*, mas os outros homens obrigados a respeitar o seu exercício”. Giampiccolo²⁷ contra argumenta que “a utilidade juridicamente protegida não se confunde com o dever geral de abstenção”. E concluiu que a separação entre sujeito e o objeto do direito é postulado lógico quando o interesse protegido dirige-se a uma utilidade externa, tal como nas relações jurídicas patrimoniais, não servindo esse postulado para a categoria dos direitos não patrimoniais.

Como se constatou, houve grande crítica da doutrina que resistia em reconhecer a existência dessa categoria de direitos, sob o fundamento de que a personalidade não poderia ser objeto de direito, já que ela identificava-se com a titularidade de direitos.

No entanto, essa resistência de natureza formalista e suas argumentações foram vencidas pela análise da personalidade sob duas perspectivas. Como centro de imputação e pressuposto para a aquisição de direitos e como objeto dos direitos de personalidade, merecedora da tutela.

Vencida a doutrina que adotava a teoria negativista, os direitos de personalidade passaram a ser reconhecidos em diversas ordens jurídicas, concebidos como projeções, na esfera privada, dos direitos humanos.

2.5 TEORIAS PLURALISTA E MONISTA

Também importante tecer considerações acerca da tipificação dos direitos de personalidade. Duas correntes se confrontam.

A corrente Pluralista que defende a existência de múltiplos direitos de personalidade e a Monista que sustenta a existência de um único direito de personalidade, originário e geral.

As duas teorias têm um apego ao paradigma dos direitos patrimoniais.

A teoria pluralista reconhece a existência de diversos direitos de personalidade tipificados pela legislação, tutelando os bens jurídicos mais importantes para o indivíduo.

O argumento que lastreia essa corrente é que sendo várias as exigências da personalidade humana, naturalmente haveria a exigência de tutela por direitos distintos.

²⁶ *Idem*, pag. 33.

²⁷ *Idem*, pag. 33.

A tese oposta diz que a pessoa humana é um valor unitário e que os seus interesses relativos ao ser, mesmo se dotados de características conceituais próprias, apresentam-se interligados. Assim, não existiriam direitos de personalidade, mas um direito da personalidade. Direito único com conteúdo indefinido e diversificado, que não se identifica com a norma de suas múltiplas expressões individualmente protegida por normas particulares.

Em síntese, essa corrente defende a existência de um direito geral de personalidade de caráter abrangente, tutelando todos os bens jurídicos integrantes da personalidade humana, ainda que não previstos pelo legislador.

Daniel Sarmento²⁸ adota a teoria monista, Segundo ele, ela resulta em proteção mais ampla à personalidade, não se limitando à salvaguarda dos bens jurídicos explicitados pelo legislador, ampliando a proteção do ser humano de novos perigos que surjam com a evolução da sociedade.

Segundo o mesmo autor²⁹, Paulo Mota defende a teoria monista na doutrina portuguesa.

O Ordenamento brasileiro não consagra o direito geral da personalidade defendido pela corrente monista.

Adotou a técnica de identificação de alguns direitos específicos da personalidade, como direito ao corpo, vida privada, entre outros.

A despeito disso, a doutrina vem sustentando que se extrai da Carta Magna brasileira um direito geral de personalidade, apto a possibilitar a tutela de qualquer direito de personalidade, ainda que não previsto expressamente na legislação pátria.

Segundo essa doutrina, a tutela geral da personalidade se exsurge da invocação dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações privadas, além da observância do dispositivo do art. 186 do novo código civil que consagra a cláusula geral de responsabilidade por dano moral.

Daniel Sarmento³⁰ informa que o direito geral de personalidade reconhecido pela teoria monista tem previsão no ordenamento alemão, português e suíço. Em Portugal, por exemplo, a cláusula geral de tutela da personalidade está abrigada na Constituição Portuguesa e ainda no Código Civil lusitano.

²⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pag. 98.

²⁹ *Idem*, pag. 98.

³⁰ *Idem*, pag. 99.

2.6 OS DIREITOS DE PERSONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, NO NOVO CÓDIGO CIVIL E EM OUTROS DIPLOMAS LEGAIS PÁTRIOS

Os direitos de personalidade têm assento constitucional e infraconstitucional. De grande importância, inclusive considerada cláusula geral de tutela, é o artigo 5º, X, da Carta Magna que enuncia: “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à reparação pecuniária pelo dano moral ou material decorrente de sua violação”.

Também importante destacar o artigo 220 da Constituição Federal de 88 que tutela a liberdade de “manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo (...)”. Na mesma linha, o art. 5º, XXVII e XVIII da Constituição Federal e a Lei nº 9.610/98, que disciplina os direitos morais do autor, bem como o art. 54 e seguintes da Lei nº 6.015/73 que fixam as regras do direito ao nome.

Também ressalta em importância o artigo 5º, V da Carta Magna, que assegura o direito de resposta, além de prevê indenização por dano moral, material ou à imagem. Já o art. 5º, VI, reputa inviolável a liberdade de crença e de consciência, livre exercício de cultos, demonstrando a importância que merece o direito de expressão. Ressalte-se ainda a importância do art. 5º, XI do mesmo diploma que garante a vida privada em sua expressão maior, na medida em que enuncia ser inviolável a casa em que o cidadão viva. Também, acresce a esse arcabouço o art. 5º, XII, que enaltece a inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, com algumas exceções. Nesse momento se faz importante citar o artigo 170 da Carta Magna, que adverte que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, retratando a dignidade como alicerce dos direitos fundamentais.

Os direitos de personalidade têm abrigo no Código Civil de 2002, no capítulo II do livro I, título I, da parte geral. O Ordenamento brasileiro adotou o termo “Direito de Personalidade”, muito embora outras denominações sejam adotadas nos ordenamentos estrangeiros, a exemplo de “direitos essenciais da pessoa” e “direitos fundamentais da pessoa”.

O novo Código Civil tutela o direito à personalidade em dez artigos, começando pelo art. 11 e finalizando no art. 21. Ali são protegidas a integridade física, a honra, a imagem e a privacidade.

O art. 11 do código traz a característica principal do direito de personalidade. Trata-se da indisponibilidade. Através desse dispositivo é possível alcançar a grandeza e relevância dessa classe de direitos. O referido artigo assevera que os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo haver limitação voluntária de seu exercício. Excepcionalmente, a lei pode permitir a disponibilidade.

Parte da doutrina entende que mesmo diante deste dispositivo, a disponibilidade dos direitos de personalidade seria permitida, já que do confronto entre os direitos fundamentais previstos nos incisos do art. 5º da Carta Magna, resulta o embate entre direito de personalidade e garantia fundamental à liberdade. Assim, o conflito entre os direitos fundamentais seria dirimido pela ponderação, à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

No artigo 12 e 21 exurgem duas cláusulas gerais. O artigo 12, ao preceituar que o titular de direitos da personalidade ofendidos possa exigir que cesse a ameaça ou a lesão a esses direitos, bem como reclamar perdas e danos sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, demonstra a possibilidade da tutela inibitória e a previsão de ressarcimento pelos danos causados (tutela sancionatória). A tutela inibitória cabe em caso de ameaça de ocorrência de lesão. Tem caráter preventivo. Nessa hipótese, poderá o ofendido utilizar-se da ação de obrigação de fazer ou não-fazer, com respaldo no art. 461 do Código de Processo Civil, pleiteando liminar. Por outro lado, mais comum, é a possibilidade de pleitear indenização por danos morais e materiais decorrentes de lesão a direito de personalidade. É a tutela de natureza ressarcitória.

Ainda tratando do art. 12 do novo código, a parte final do dispositivo traz previsão de que outras sanções previstas em lei podem ser adotadas para punir autor de lesão já concretizada, coibir ou fazer cessar potencial lesão aos direitos de personalidade.

Os artigos 13 a 15 do código proíbem disposição do corpo quando ocasiona diminuição permanente da integridade física ou que seja contrário aos bons costumes, com exceções em caso de necessidade médica. Feita a citação, os demais aspectos desses artigos não serão tratados pela pouca aplicação ao processo do trabalho. Exemplo de aplicação traz a

doutrina de Maurício Aude³¹ que cita caso em que uma agremiação esportiva obrigue um atleta a se submeter a tratamento ou a cirurgia arriscada com objetivo de garantir o retorno mais célere do desportista à ativa e auferir lucros de qualquer forma.

Os artigos 16 a 19 do Código Civil protegem o nome (prenome e sobrenome) e o pseudônimo. Nesses dispositivos tem tutela garantida a identidade pessoal. É relevante citar que o art. 17 protege o nome da pessoa e pune atos que exponham o nome da pessoa a desprezo público, ainda que o ato não tenha sido efetivado com o *animus* difamante. O art. 18 do código civil enuncia que sem autorização não se pode usar nome alheio em propaganda comercial. O artigo 19 afirma que o pseudônimo adotado para fins lícitos goza da mesma proteção conferida ao nome.

O direito à imagem e à honra encontra tutela no artigo 20. Tutela esse dispositivo o direito à imagem, a voz e os escritos. Enuncia que a divulgação de escritos, a transmissão da palavra ou a publicação, exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa podem ser proibidas, sem prejuízo da indenização quando não forem por ela autorizadas e quando não forem necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública. O referido artigo destaca que a proibição e a indenização se viabilizam desde que tenha sido atingida a honra, a boa fama ou a respeitabilidade da pessoa e ainda quando a divulgação e transmissão, a publicação e exposição ou utilização de imagem se destinar a fins comerciais.

O artigo 21 enuncia que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. Tal enunciado vem retratado também no artigo 5º, inciso X da Carta Magna. Esse dispositivo, combinado com o artigo 12 do mesmo diploma legal, demonstra a amplitude da tutela à disposição do poder judiciário trabalhista.

A respeito da tutela advinda desses dois artigos, Tepedino³² destaca que os artigos 12 e 21 do Código Civil de 2002, isoladamente considerados, não introduzem novidade nesta seara, uma vez que os dispositivos constitucionais já mencionados traziam previsão geral a esse respeito. No entanto, os dispositivos ganham relevo se interpretados como especificação analítica da cláusula geral de tutela da personalidade prevista no art. 1º, III, da Carta Federal, que trata da dignidade da pessoa humana como valor fundamental da República.

³¹ CESÁRIO, João Humberto. *Justiça do trabalho e dignidade da pessoa humana. Algumas relações do direito do trabalho com os direitos civil, ambiental, processual e eleitoral*. São Paulo: Ltr, 2007, pag. 41.

³² *Op. cit.*, pag. 41.

Especificamente quanto à introdução do direito à intimidade no ordenamento pátrio, registra-se a Lei nº 4.117/1962, parcialmente revogada pela Lei nº 9.476/97, que trata de Telecomunicações. Ali prevaleceu a matéria de ordem penal. Cita-se também a Lei nº 5.250/67 que disciplina a imprensa e contém disposições de caráter civil e penal referente aos direitos de personalidade.

O Código Penal tipifica a violação de domicílio no art. 150, a violação de correspondência no art. 151, a violação de comunicação telegráfica ou telefônica no art. 151, II, o assédio sexual por chantagem no art. 216-A, dispositivo introduzido em 2001.

Por fim, de extrema relevância para o trabalho de pesquisa, cabe citar o art. 373-A, inciso VI, introduzido no capítulo III, título III, pela Lei nº 9.799/99, que trata da proteção da mulher e veda expressamente ao empregador e seus prepostos a prática de revista íntima nas empregadas e funcionárias. Por conta da igualdade de direitos prevista no art. 5º, I da CF/88 se torna extensiva aos homens trabalhadores.

3. O DIREITO À INTIMIDADE

3.1 CONCEITO

O direito à intimidade, que é espécie do gênero direito de personalidade, é o direito que o indivíduo possui de estar sozinho.

Manoel Jorge³³ sustenta que “o direito à intimidade expressa a esfera recôndita do indivíduo” e acrescenta que a tutela recai sobre “o conjunto de informações, hábitos, vícios, segredos, até mesmo desconhecidos do tecido familiar.”

Para Alice Monteiro de Barros³⁴, a intimidade é atributo da personalidade do indivíduo, enquadrando-se como direito ou bem da personalidade. Acresce que seria o direito de ser deixado em paz. A autora ainda enriquece o tema, citando Pontes de Miranda, para quem “a intimidade é direito que busca resguardar as pessoas dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos de outrem”.³⁵

³³ Silva Neto, Manoel Jorge e. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 1999, pag. 42.

³⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, pag. 29.

³⁵ *Idem*, pag. 34.

A intimidade tem vertente tridimensional³⁶. Na dimensão pessoal abrange as vivências, a história pessoal, a comunicação e os estados humorísticos das pessoas, sempre relacionado ao ser humano individual. Abrange ainda a dimensão relacional que trata das relações interpessoais e a dimensão universal que varia de acordo com o contexto espacial, temporal e histórico. No presente trabalho, interessa e tem pertinência a dimensão pessoal da intimidade.

O vocábulo “intimidade” significa qualidade do que é íntimo, aquilo que atua no interior da pessoa. Embora privacidade e intimidade sejam termos considerados sinônimos na língua portuguesa, Alice Monteiro de Barros³⁷ adverte que o termo “direito à intimidade” tem preferência nacional, assim como também nos demais países latinos.

A problemática da questão envolvendo a intimidade ganha relevo no âmbito do contrato de trabalho, pela forma cada vez mais intensa com que o empregador se intromete na vida privada do empregado, principalmente pelo incremento da tecnologia.

Assim, a realidade laboral reclama estudo do tema, seja pela importância que demanda para o trabalhador e para sua dignidade, seja pela recorrência com que esse direito tem sido vilipendiado pelo empregador, sob o pretexto de estar exercendo o poder diretivo consubstanciado no direito à propriedade.

3.2 A INTIMIDADE E A VIDA PRIVADA

A rica realidade social permite uma policromia de direitos da personalidade, o que demanda estudo acerca dos pontos comuns e o estabelecimento de diferenças que os individualize.

Cabe aqui tratar a respeito da celeuma doutrinária que gira em torno da igualdade ou dessemelhança entre os termos “vida privada” e “intimidade”, ressaltando que num primeiro momento se identifica a intimidade, objeto de estudo neste momento, como espécie do gênero vida privada. Explica-se.

De grande valia é o estudo da teoria dos círculos concêntricos.

A doutrina Alemã e Italiana construiu a teoria das esferas e círculos concêntricos da vida privada.

³⁶<http://pt.wikipedia.org/wiki/Intimidade>, acesso em 19 de dezembro de 2011.

³⁷BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, pag. 34.

Delimitando o campo de atuação das pessoas, em consonância com seus interesses fundamentais, restaram definidos dois campos distintos de atuação. A denominada esfera individual e a esfera privada *lato sensu*. Na esfera individual estaria preservada a personalidade dentro da vida pública. Seria o local de proteção à honra. Na esfera privada estaria protegida a personalidade das invasões alheias.

Da teoria germânica se extrai a existência de três círculos concêntricos da vida privada com fronteiras maleáveis, por conta do intercâmbio social.³⁸ O círculo exterior, mais abrangente, abarcaria o direito à privacidade, que os alemães denominam *privatsphäre* e os italianos de *privatezza*.³⁹ O segundo círculo corresponderia à esfera da confiança, do crédito. O terceiro e último círculo, a esfera do segredo, onde ficaria protegida a reserva, o sigilo ou a vida íntima em sentido estrito.

O dispositivo do art. 5º, X, da Carta Constitucional deixa clara a autonomia entre a intimidade e a vida privada. O referido artigo enuncia que “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”. Assim, o caráter enumerativo do dispositivo deixa patente a intenção do legislador constituinte em catalogar as garantias fundamentais à consecução dos objetivos da Carta de defesa da cidadania e do estado democrático de direito.⁴⁰

Também merece atenção a tese de que os direitos de personalidade, conquanto guardem pontos comuns, mostram-se como categorias autônomas entre si.

Acerca da autonomia do direito à intimidade, Manoel Jorge e Silva Neto⁴¹ asseverou:

(...) corresponde a direito fundamental específico, cuja identificação ao direito à imagem - em qualquer de suas divisões-, à honra ou mesmo à vida privada constitui erro vitando, já que, à luz do princípio da eficiência, torna-se irrecusável o reconhecimento de sua autonomia.

Manoel Jorge e Silva Neto⁴² destaca que nas relações sociais há um campo de atuação sujeito à intromissão pela comunidade, que estaria compreendida a vida pública do indivíduo

³⁸ CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997.

³⁹ *Idem*, pag. 54.

⁴⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: Ltr, 1999, pag. 42.

⁴¹ *Idem*, pag. 41.

⁴² *Idem*, pag. 42.

e outro campo de atuação, mais restrito, consubstanciado nas relações de família, que seria a seara da vida privada.

A esfera da vida privada se destaca da vida pública por algumas peculiaridades que lhe são inerentes: exsurtem fenômenos que se apresentam fora das vistas das pessoas estranhas ao meio; os fenômenos são de tal espécie que o conhecimento pelos outros causa prejuízo material ou moral ao titular; necessita que o titular não queira que outros tomem conhecimento dos fatos.

Manoel Jorge e Silva Neto⁴³ ainda no intuito de definir as dessemelhanças entre os institutos, conclui que a intimidade corresponde ao conjunto de informações, hábitos, vícios, segredos e a vida privada, fora do recôndito da individualidade do ser humano, tem base de proteção relacionada ao que acontece no seio das relações familiares.

Há que pontuar que a esfera íntima tem abrigo na individualidade, ao passo que a vida privada é exterior ao indivíduo, mas circunscrito ao âmbito familiar, protegido dos olhares da comunidade. O objeto de tutela da intimidade é mais restrito, uma vez que visa garantir a proteção do âmago do ser do indivíduo. Assim o respeito pela intimidade impõe obstáculo à intromissão dos próprios entes familiares nos segredos do indivíduo, ainda que pertencentes ao mesmo núcleo familiar.

3.3 O DIREITO À INTIMIDADE E O CONTRATO DE TRABALHO

O direito à intimidade, reconhecido como garantia individual, tem aplicação no contrato de trabalho. Em verdade, a proteção requerida se volta para o indivíduo em sua dupla consideração. Na condição de ser humano, de posse do *status* de cidadão e após, como sujeito de uma relação contratual de trabalho subordinado, exercendo seu direito fundamental social de trabalhar.

O objeto do contrato de trabalho não é a pessoa do trabalhador, mas a sua atividade. Ao firmar contrato de trabalho com o empregador, seja tácito ou expresso, o obreiro se compromete a disponibilizar a sua força de trabalho para a consecução das atividades delimitadas pelo empregador, sob a égide da subordinação. No entanto, é certo que a disponibilidade de sua força implica na disposição da própria pessoa, uma vez que não há como separar a força de trabalho daquele que o presta. Não é à toa que o tempo à disposição é

⁴³ *Idem*, pag. 42.

considerado como de efetivo trabalho, ainda que o obreiro esteja inerte, sem exercer qualquer atividade. Nesse sentido, Arion Sayão Romita⁴⁴ conclui que “o empregado reúne a dupla qualidade de titular de direitos fundamentais que lhe assistem como cidadão e de titular de direitos fundamentais aplicáveis estritamente no âmbito da relação de emprego”.

Conquanto o contrato laboral ostente a natureza patrimonial e não pessoal, o referido contrato é de trato sucessivo ou de execução continuada, o que implica no envolvimento do trabalhador pessoalmente. Esse envolvimento abarca grande parte do seu dia e de sua vida, o que afeta não só seus interesses profissionais como também seus interesses pessoais. Sua disponibilidade não esporádica acaba por afetar sua saúde, sua vida social e disponibilidade para a família e amigos, sua intimidade e integridade física. Por conter a relação trabalhista componente denso de personalidade, deve ser revestido de confiança recíproca e boa-fé na execução contratual.

Também há de se notar que o contrato de trabalho tem base no princípio da proteção do hipossuficiente, revestido pela boa-fé objetiva, o que implica dizer que o empregador deve se obrigar a garantir a integridade física, moral e espiritual do trabalhador, deve respeitar sua intimidade e os outros direitos de personalidade. A relação de emprego deve estar fundamentada no respeito aos direitos de ambas as partes contratuais. Se por um lado o empregador tem o direito de exercer seu poder empregatício originado no contrato de trabalho, o empregado deve ter seus direitos respeitados na execução contratual. Enfim, os direitos fundamentais devem servir de limite e de norte para o empregador exercer seu poder empregatício na relação contratual, consubstanciada na subordinação.

É relevante assinalar que os direitos fundamentais, aí incluído o direito à intimidade, ocupam posição de destaque no ordenamento jurídico e vinculam não só o poder público, mas as entidades privadas. Assim, deve respeito aos direitos fundamentais não somente o Estado, mas os particulares, incluindo os empregadores, que devem enxergar esses direitos como limites à sua atuação no exercício do poder empregatício. Ao tratar da eficácia horizontal e vertical dos direitos fundamentais, Daniel Sarmento⁴⁵ assinala que garantir os direitos do

⁴⁴ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2009, pag.211.

⁴⁵SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pag. 129.

homem significa protegê-los nos mais diferentes contextos, públicos ou privados. Também Arion Sayão Romita⁴⁶, cita João Pedro Gebran Neto, para quem:

os direitos fundamentais, parte integrante do ordenamento no qual se inserem (aplicado como um todo e não em tiras), alcançam também a ordem privada, protegendo os particulares contra atentados tanto do Estado quanto de outros indivíduos ou de entidades particulares.

Reconhecida a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o direito à intimidade do empregado, tal como os demais direitos fundamentais, deve ser respeitado na execução contratual. A obrigação de respeitar os direitos fundamentais do trabalhador resulta na necessidade de dispensar tratamento digno ao obreiro. Essa postura implica em reconhecer que o poder empregatício do empregador encontra limites no ordenamento jurídico, em especial nos direitos fundamentais que espraiam seus efeitos por todo o ordenamento e têm base na dignidade da pessoa humana.

Feitas essas considerações, passa-se à análise do direito à intimidade no âmbito do contrato de trabalho levando em conta três momentos da relação. Na fase pré-contratual, contratual e pós-contratual.

A fase de seleção de candidato a um emprego se mostra um momento propício para a invasão da intimidade do candidato a uma vaga na instituição. A avaliação prévia do candidato a uma vaga de emprego é comum, utilizando exames de seleção, com entrevista pessoal, prova grafológica ou teste psicotécnico e até uso de polígrafos, máquinas que constata se o candidato está falando a verdade. O que acontece não raras as vezes é que as seleções acabam por extrapolar o objetivo que é de aferir a aptidão do candidato para desenvolver a atividade, invadindo a esfera de intimidade do obreiro com fins ilegais de apurar peculiaridades sobre suas características psíquicas.

Manoel Jorge e Silva Neto⁴⁷ admite que é possível que se opere a transgressão dos direitos fundamentais do trabalhador desde o instante em que o trabalhador se candidate a uma vaga na empresa. Cita que o questionário de admissão pode ser o veículo de transgressão.

Ele exemplifica que fere os direitos fundamentais do trabalhador as perguntas relacionadas a estado de saúde, ou relacionadas ao campo da esfera íntima, com intuito de

⁴⁶ROMITA, Arion Sayão. *Op. cit*, pag. 212.

⁴⁷SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Op cit*, pag. 45.

descobrir a orientação sexual ou opção político-ideológica, ressalvados os questionamentos que guardem relação com as funções a serem exercidas no estabelecimento.

Na entrevista de seleção de emprego devem ser lançadas questões relativas à aferição da aptidão do candidato para a vaga. Noutra banda, deve o candidato agir com honestidade, respondendo às perguntas de cunho pessoal relacionadas à atividade que exercerá. Assim, tanto empregado como empregador devem agir com boa-fé e respeito.

Amaury Haruo Mori⁴⁸ traz informação de que os artigos 17º e 19º do código de trabalho português, interpretados juntamente com o artigo 16º do mesmo diploma, garantem proteção aos trabalhadores contratados e aos candidatos ao emprego. E arremata que o art. 16º também garante ao candidato a uma vaga de emprego o direito de omitir informações sobre os aspectos legalmente considerados íntimos, no exercício regular de seu direito.

A jurisprudência francesa e alemã vai mais além. Segundo destaca Alice Monteiro de Barros⁴⁹, a jurisprudência desses países admite que o candidato tenha o direito de fazer declaração inexata em caso de perguntas não relacionadas à aferição da aptidão para a atividade. A autora citada defende a submissão do questionário de perguntas ao sindicato de classe ou ao Ministério do Trabalho para verificação do nexo entre as perguntas formuladas e as atividades a serem exercidas na empresa.

A grafologia é sistema adotado hoje no Brasil e que pode desencadear série de ferimento e invasão da intimidade. A grafologia afere aspectos da personalidade, invadindo o íntimo do indivíduo. Segundo a doutrina espanhola⁵⁰, esse teste comporta conhecimento profundo da personalidade, permitindo conhecer todos os aspectos da personalidade do indivíduo sem limites, constituindo em intromissão ilegítima.

Também é possível citar os exames psicotécnicos como método passível de invasão da intimidade do empregado na fase pré-admissional. Destinam-se a avaliar a inteligência, o raciocínio e personalidade do candidato. Mas pode ser usado para extrapolar os limites do legítimo, invadindo a intimidade do empregado.

O detector de mentiras ou polígrafo, muito conhecido em filmes de espionagem e policiais americanos, não é apenas ficção. O aparelho, com uso cada vez mais raro e já extinto em vários países, ainda é utilizado no Brasil. Nos Estados Unidos era método muito utilizado e, hoje, por conta da aprovação, em 1988, de lei americana de proteção aos empregados é

⁴⁸ MORI, Amaury Haruo. *Op. cit.*, pag. 55.

⁴⁹ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2009, pag. 63.

⁵⁰ *Idem*, pag. 64.

considerado ilícito. Esse método tem sido rechaçado pelo ordenamento de diversos países, inclusive no Brasil. A OIT repudia o uso desse método, por meio do Repertório de Recomendações Práticas sobre proteção de dados pessoais do Trabalhador.

A 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, em sede de recurso de revista, registrou posição de que o polígrafo permite a invasão da intimidade do empregado, em afronta aos direitos fundamentais do indivíduo, em especial dos direitos de personalidade e das liberdades individuais. Segue ementa da jurisprudência recente do TST *in verbis*:

DANO MORAL CONFIGURADO. TESTE DO POLÍGRAFO. EMPREGADO DO SETOR DE SEGURANÇA DA EMPRESA AMERICAN AIRLINES. O polígrafo, o popular detector de mentiras, não é adotado em nosso ordenamento jurídico, visto que, além da eficácia duvidosa, viola princípio fundamental assegurado na Constituição da República, no caso, o de -não produzir provas contra si-. Além do mais, quando submetido ao polígrafo, suprime-se do empregado a identidade de trabalhador, uma vez que passa a ser objeto da atenção do empregador pela potencialidade que a empresa lhe atribui de servir como porta de entrada para algum fato criminoso, terrorista ou outro do gênero. Não bastasse, o acesso às informações íntimas contidas no fisiológico do trabalhador afronta o direito de preservação da intimidade. Em razão da hipossuficiência que é característica geral do empregado e da tensão social que sobre ele recai, decorrente do fantasma do desemprego e da alucinante concorrência que existe entre os que estão empregados e a massa de desempregados, falta ao trabalhador a liberdade de se autodeterminar e de se impor contra os atos atentatórios à sua pessoa promovidos pelo empregador, porquanto visa a proteger um bem maior, no caso, a própria sobrevivência e de sua família, e, portanto, sem alternativa, tem de sacrificar sua dignidade até onde suportar. Por esse motivo, afigura-se temerária qualquer conclusão no sentido de que o autor consentia espontaneamente em submeter-se ao detector de mentiras. O uso do polígrafo, assim, além de se tratar de equipamento em extinção em vários países, por ser incompatível com o direito das pessoas, viola, no Direito brasileiro, diversas garantias fundamentais inerentes à pessoa humana, configurando ineludível afronta à intimidade do trabalhador. Recurso de revista conhecido e provido.

(RR - 73500-44.2002.5.02.0036 , Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 22/11/2010, 1ª Turma, Data de Publicação: 04/02/2011)

Alice Monteiro de Barros⁵¹ registra julgado da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, aresto publicado em junho de 2004, onde o órgão julgador adota posição favorável ao uso do polígrafo afastando a alegação de violação à intimidade. A fundamentação adota posição de que o uso do polígrafo se assemelha ao uso do psicotécnico e que, no caso concreto, por se tratar de admissão na função de segurança, estaria permitida a utilização da máquina de detector de mentiras pelas peculiaridades que o caso reclama. Segue ementa do referido aresto:

⁵¹BARROS. Alice Monteiro de. *Op. cit.* pag. 66/67.

Dano moral. Ambiente laboral. Intimidade do empregado protegida. Função de controle e segurança. Normas específicas e uso legítimo do *ius variandi*. Polígrafo. A relação de emprego, com as peculiaridades do ambiente de trabalho inerentes ao próprio poder diretivo do empregador, não pode amesquinhar intimidade e imagem do empregado. O exame através de polígrafo muito se aproxima do psicotécnico, e, na ativação como segurança, era absolutamente necessário. Cuidando a espécie de medida preventiva a amparar a empresa e a comunidade envolvida, justifica-se o procedimento no qual se pautou o empregador. Não se denota, então, abuso do direito na formulação de perguntas, não divulgadas; tampouco o caráter vexatório do teste, causando tribulação ou dor íntima, restando claro o caráter sigiloso e impessoal do teste, sendo mesmo medida de segurança necessária. Dano moral não caracterizado. (TRT 3ª Região; RO 00316-2003-092-03-00-4 – Ac. 6ª T. DJMG 3.6.2004)

Outra questão que desponta como recorrente na fase pré-admissional e que tem gerado ações com pleito de indenização por danos morais é a discriminação de candidato por conta de cor, compleição física, cabelo, entre outras.

Ao analisar o recurso da demandada, o Tribunal Regional da 9ª Região (PR) considerou o critério adotado pela empresa para não contratá-la "discriminatório e depreciativo" de sua condição física, e que a exclusão do processo seletivo pela condição de obeso fere a sensibilidade do homem normal e causa desequilíbrio em seu bem estar. O Regional destacou ainda que a candidata não questionava, na ação, a certeza da contratação, mas a justificativa que lhe apresentaram, "comprovadamente discriminatória". O TST manteve a condenação. Segue o aresto referente ao processo nº TST-RR-410300-79.2008.5.09.0654 *in verbis* (grifo nosso):

DANO MORAL. FASE PRÉ-ADMISSIONAL. OBESIDADE. DISCRIMINAÇÃO. A empresa não é obrigada a admitir candidato que se apresenta para submeter-se a teste seletivo. Entretanto, excluí-lo do procedimento pré-admissional fundado na sua condição física (obesidade) pratica ato discriminatório que justifica a sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

Há de se citar ainda a exigência de provas de honradez aplicadas aos candidatos a um emprego. Há doutrina e jurisprudência favorável e parte contrária à utilização de tal método. Parte da doutrina que defende o uso desse método justificam que não é atentatório à intimidade e se trata de modo de identificar fraudes relacionadas ao abuso de licenças médicas e ao absentismo. Doutrina contrária alega que a prova de honradez implica em intromissão na vida privada das pessoas.

De tudo, conclui que os métodos de conhecimento de aptidão do candidato encontram limites, por óbvio, na Constituição Federal de 1988, que assegura a liberdade de crença

religiosa ou de convicção política inserta no art. 5º, VIII, a liberdade de associação prevista no art. 5º, XVII, art. 7º, XXX e a proibição de discriminação por critério de sexo, idade, cor ou estado civil, e sedimentado no art. 5º, X da Carta Magna.

O limite de uso desses métodos admissionais é caracterizado por seu objetivo lícito. O objetivo deve ser aferir a capacidade do obreiro para aquela atividade almejada. Há uma linha tênue entre a entrevista e seleção legítimas e a invasão da intimidade. As informações devem ser colhidas apenas e exclusivamente para facilitar o preenchimento da vaga pelo candidato que melhor apresente apto. Qualquer informação a mais colhida, relacionada à personalidade do indivíduo, relativa à convicção política, ideológica, opção sexual e outras de cunho irrelevante para o emprego, deve ser descartada e destruída.

Para isso vai depender a questão da ética do psicólogo envolvido na entrevista pessoal e no exame psicotécnico, do profissional de recursos humanos por detrás da confecção dos questionários e da honestidade e grau de profissionalização do empregador e prepostos da empresa. Para o sucesso desse mister, deve contar com a ajuda do Ministério Público do Trabalho, dos sindicatos da categoria que devem zelar pela proteção do trabalhador antes mesmo de admitido na empresa.

A fase de execução contratual é de longe onde a intimidade e os demais direitos de personalidade são feridos de morte. São variadas as formas de invasão da intimidade do obreiro neste momento do contrato. A postura do empregador e de seus prepostos se exterioriza de diversas formas.

Na fase contratual pode-se exemplificar com o assédio moral e sexual.

Veja o aresto seguinte, procedente do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, que ilustra um exemplo das formas de ferimento dos direitos de personalidade ao longo da execução contratual. No caso concreto, o empregador limitava o tempo de uso dos sanitários pelos empregados e apenava os funcionários que excedessem o tempo. O órgão julgador entendeu provado o dano moral, lembrando que a postura empresarial consubstancia afronta aos aspectos íntimos da honra e imagem da autora, na medida em que permite a toda linha de produção ter conhecimento de suas ausências para ir ao banheiro. Registrou ainda que esse controle patronal sobre as necessidades fisiológicas dos empregados resulta em sofrimento desnecessário. O Acórdão ressaltou que “não é possível ao empregador forçar um obreiro a reprimir seus instintos naturais, atrasando suas idas aos sanitários ou limitando-as a um período de tempo exíguo (cinco minutos)”. Eis o aresto *in verbis*:

DANO MORAL. LIMITAÇÃO AO USO DO BANHEIRO. Não é possível ao empregador forçar o obreiro a reprimir suas necessidades fisiológicas, atrasando suas idas ao sanitário ou limitando-as a um período de tempo exíguo, com rígido controle e ameaças de punição para as saídas consideradas “prolongadas”. Tais restrições patronais afrontam os aspectos íntimos da honra e imagem do trabalhador, trazendo vexame e sofrimento desnecessário. Atingido em sua dignidade, merece o trabalhador afligido a devida reparação pecuniária. QUANTIFICAÇÃO INDENIZATÓRIA. EXCESSO. No arbitramento da indenização por danos morais devem ser considerados os aspectos: gravidade objetiva do dano, intensidade e permanência do sofrimento da vítima e realidade econômica do empregador. A quantificação indenizatória deve servir de desestímulo ao agressor, sem levá-lo, todavia, à ruína financeira, e sem propiciar ganho desmesurado ao ofendido. Mesmo o aspecto pedagógico, ínsito a condenações de tal jaez, não justifica o arbitramento desproporcional. Apelo parcialmente provido, para reduzir a indenização arbitrada na origem. (0000650-11.2010.5.15.0016). Fonte: TRT15

A Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho condenou um Banco a pagar indenização à ex-empregada que teve sua conta bancária monitorada pela demandada. É outro exemplo de como a intimidade do trabalhador é invadida, com quebra de sigilo, sempre com respaldo no poder empregatício que detém o empregador. Para o relator do processo, embora o banco tenha o dever legal de realizar fiscalização permanente, tendo em vista que é instituição financeira, essa conduta encontra limites no ordenamento jurídico no artigo 5º, X da Carta Magna. A decisão segue (*grifo acrescido*):

A Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho condenou hoje (15) o Banco Bradesco S. A. a pagar R\$ 30 mil de indenização a ex-empregada que teve a conta corrente monitorada pela empresa durante uma auditoria interna. Para o relator do recurso de embargos da trabalhadora, ministro Carlos Alberto Reis de Paula, a quebra do sigilo bancário só está autorizada nas hipóteses previstas na Lei Complementar nº 105/2001, o que não ocorreu no caso. A decisão da SDI-1 foi por maioria. Entenda o caso Tanto a Vara do Trabalho de origem quanto o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (MG) negaram o pedido de indenização por danos morais feito pela trabalhadora. As instâncias ordinárias destacaram que o controle de contas correntes é um procedimento inerente à atividade desenvolvida pelas instituições financeiras e não configura desrespeito à intimidade da empregada ao ponto de justificar o pagamento de indenização, nos termos do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. O recurso de revista da trabalhadora, dirigido à Sétima Turma do TST, não chegou a ter o mérito analisado, pois a parte não demonstrou divergência de teses nem apresentou exemplos de julgados capazes de autorizar o exame do recurso. Com a rejeição do apelo, prevaleceu, então, a sentença do TRT no sentido de que não ficou demonstrada a prática de ato ilícito por parte do banco nem divulgação dos dados da conta corrente da empregada. A divergência na SDI-1 Durante o julgamento na SDI-1, o ministro Renato de Lacerda Paiva divergiu do relator por entender que há norma do Banco Central que autoriza o Bradesco a acompanhar a movimentação bancária de seus correntistas, empregados ou não. Para o ministro

Renato, desde que não ocorra a publicidade dos dados, não há violação da intimidade da empregada. Na mesma linha, votaram os ministros João Batista Brito Pereira, Maria Cristina Peduzzi, Aloysio Corrêa da Veiga e Milton de Moura França. A tese vitoriosa do relator. Mas, de acordo com o voto do relator, ministro Carlos Alberto, o exame da movimentação bancária da empregada pelo empregador durante auditoria interna, mesmo que não tenha havido a divulgação dos dados, importa quebra de sigilo bancário ilegal e, por consequência, há dano moral passível de indenização. Para o relator, ainda que o banco tenha o dever legal de realizar fiscalização permanente, tendo em vista que é instituição financeira, existem limites para essa conduta no ordenamento jurídico. Segundo o relator, a Constituição Federal confere proteção especial aos direitos fundamentais, em particular quando se trata da inviolabilidade à intimidade e à vida privada das pessoas (artigo 5º, inciso X), a exemplo do direito relativo ao sigilo bancário dos titulares de conta corrente. Já a matéria referente ao sigilo bancário, esclareceu o ministro Carlos Alberto, está prevista na Lei Complementar nº 105/2001, que traz detalhes sobre as situações em que o sigilo é permitido e quais pessoas estão autorizadas a romper com essa proteção.

(...).A interpretação do relator teve o apoio da maioria dos ministros que integram a SDI-1. O presidente do TST, ministro João Oreste Dalazen, ressaltou que eventual publicidade dos dados sigilosos da conta corrente é fator de agravamento, e não requisito essencial para caracterização do dano moral. Processo: E-RR-144900-72.2008.5.03.0136; Fonte: TST

A 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região condenou uma rede de lojas a pagar indenização a uma vendedora que alegou ter sido obrigada a imitar uma galinha cacarejando e batendo asas como represália pelo descumprimento de uma meta. Segue excerto do Acórdão:

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. A intimidação por meio de gritos e conduta hostil do representante da empresa e a submissão do trabalhador a situações vexatórias, mediante o uso de fantasias e imitação de animais, configuram-se ofensivas a dignidade e fazem devida indenização por danos morais. (Processo 0000360-12.2010.5.04.0821 (RO))

A Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho manteve condenação do pagamento de indenização por danos morais pela demandada, devido à revista periódica realizada em bolsa de ex-empregada. De acordo com o ministro Mauricio Godinho Delgado, relator do processo na Turma, ainda que, no caso, não tenha havido contato físico, a revista na bolsa expôs indevidamente a intimidade da empregada, justificando a indenização. Segue excerto do Acórdão:

3. DANO MORAL. REVISTA DE BOLSAS. Não se olvida que o poder empregatício engloba o poder fiscalizatório (ou poder de controle), entendido este 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 e outras providências correlatas são manifestações do poder de controle. Por outro lado, tal poder empresarial não é dotado de caráter absoluto, na medida em que há em nosso

ordenamento jurídico uma série de princípios limitadores da atuação do controle empregatício. Nesse sentido, é inquestionável que a Carta Magna de 1988 rejeitou condutas fiscalizatórias que agridam a liberdade e dignidade básicas da pessoa física do trabalhador, que se chocam, frontalmente, com os princípios constitucionais tendentes a assegurar um Estado Democrático de Direito e outras regras impositivas inseridas na Constituição, tais como a da -inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade- (art. 5º, -caput-), a de que -ninguém será submetido (...) a tratamento desumano e degradante- (art. 5º, III) e a regra geral que declara -invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem da pessoa, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação- (art. 5º, X). Todas essas regras criam uma fronteira inegável ao exercício das funções fiscalizatórias no contexto empregatício, colocando na franca ilegalidade medidas que venham cercear a liberdade e dignidade do trabalhador. Há, mesmo na lei, proibição de revistas íntimas a trabalhadoras - regra que, evidentemente, no que for equânime, também se estende aos empregados, por força do art. 5º, -caput- e I, CF/88 (Art. 373-A, VII, CLT). Nesse contexto, e sob uma interpretação sistemática e razoável dos preceitos legais e constitucionais aplicáveis à hipótese, este Relator entende que a revista diária em bolsas e sacolas, por se tratar de exposição contínua do empregado a situação constrangedora no ambiente de trabalho, que limita sua liberdade e agride sua imagem, caracterizaria, por si só, a extrapolação daqueles limites impostos ao poder fiscalizatório empresarial, mormente quando o empregador possui outras formas de, no caso concreto, proteger seu patrimônio contra possíveis violações. Nesse sentido, as empresas, como o Reclamado, têm plenas condições de utilizar outros instrumentos eficazes de controle de seus produtos, como câmeras de filmagens e etiquetas magnéticas. Tais procedimentos inibem e evitam a violação do patrimônio da empresa e, ao mesmo tempo, preservam a honra e a imagem do trabalhador. Na hipótese, ainda que não tenha havido contato físico, a revista na bolsa da obreira implicou exposição indevida da sua intimidade, razão pela qual faz ela jus a uma indenização por danos morais. Recurso de revista conhecido e desprovido no aspecto. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista (TST-RR-154700-23.2006.5.09.0009)

As ofensas a direitos de personalidade, além de ocorrer na fase pré-contratual e contratual, podem surgir na fase pós-contratual. Há que se ressaltar que em qualquer dessas fases, a Justiça do Trabalho é competente para conhecer e julgar a lide, embora deva ser ressaltado que há certa discussão doutrinária a respeito dessa competência.

O art. 422 do Código Civil de 2002 preceitua que os contratantes são obrigados a guardar, em todas as fases do contrato, inclusive na fase pós-contratual, os princípios da probidade e boa-fé. A jurisprudência e doutrina acolhem a tese de que a honestidade e boa-fé objetiva devem ser guardadas também após a conclusão do contrato, esgotados os cumprimentos das obrigações contratuais.

A 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região analisou o caso de um trabalhador que não mais conseguiu obter recolocação no mercado depois de ter ajuizado ação trabalhista contra uma indústria alimentícia. Ficou comprovado no processo que a empresa, por meio de seus prepostos, constrangeu outras empresas que lhe prestam serviços a dispensarem o reclamante pelo fato de este ter ajuizado demanda trabalhista contra ela. Segue

excerto do Acórdão. Nesse norte, segue jurisprudência relacionada à questão da quebra contratual após a execução contratual.

Assim, considerando as declarações prestadas pelo Sr. Marcelo, não há dúvidas de que a ré, por meio de seus prepostos, constrangeu outras empresas que lhe prestam serviços a dispensar o autor pelo fato de este ter ajuizado demanda trabalhista contra ela. Reporto-me, por oportuno, ao trecho do depoimento transcrito pelo MM. Juízo de origem às fls. 135/136, dos quais se extraem as conclusões acima. 00878-51.2010.5.03.0070 RO

Exemplo interessante nesta fase pós-contratual diz respeito à emissão das chamadas listas negras. Nesse caso, o empregado se vê agredido após a extinção contratual com a empresa e ainda assim pode buscar a reparação civil decorrente da lesão.

A lista negra diz respeito à possibilidade de criação de uma lista de nomes de ex-empregados de determinado setor, que por um motivo ou outro não corresponderam às expectativas da empresa. Como se fosse uma espécie de lista de SPC ou SERASA.

Esse banco de informações manteria um perfil profissional de cada trabalhador, escrito pelos empregadores.

Embora não tenha dispositivo legal específico condenando a prática, a jurisprudência tem entendido pela ilegalidade da questão e deferido indenização pela sua prática.

Segue ementa do Acórdão do TRT da 9ª Região, onde confirma a competência da Justiça do Trabalho para julgar a causa e que trata da reparação civil por conta da manutenção da lista negra:

DANO MORAL PÓS-CONTRATUAL – LISTAS NEGRAS – COMPETÊNCIA EX RATIONE MATERIAE DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A competência ex ratione materiae da Justiça do Trabalho alcança a apreciação de pedido que verse sobre dano moral decorrente da emissão das chamadas listas negras, ainda que o ato lesivo tenha ocorrido após a extinção do contrato de trabalho. Deduz-se que o suposto dano guarda identidade com as controvérsias oriundas da relação trabalhista havida entre as partes. Inteligência dos arts.5º, incisos V e X e 114 da Constituição Federal de 1988. (TRT 9ª Região – 99553-2005-091-09-00-7 (Ac. 3ª T. 09496/2007. Rel. Juiz Célio Horst Waldruff. DJPR 20.4.2007)

A legislação trabalhista é omissa a respeito do tema tratado. Poucas são as normas direcionadas à proteção da intimidade do trabalhador no âmbito laboral, a exemplo do art. 373-A da CLT. Ao contrário do código trabalhista português que trata da proteção da intimidade no art. 16º a 22º e no art. 170º. O código lusitano reserva proteção tanto aos aspectos da vida privada quanto da intimidade. Assim, a proteção necessária precisa ser

buscada na Constituição Federal de 1988, de onde se extrai a fundamentalidade do direito à intimidade.

3.4 A TUTELA DO DIREITO À INTIMIDADE

De nada adianta a enunciação de um direito, se o ordenamento jurídico não disponibiliza os instrumentos de salvaguarda desses direitos. Assim, a garantia da efetividade do direito à intimidade, assim como outros direitos de personalidade, guarda relação direta com a eficácia da tutela disponibilizada.

A tutela dos direitos trabalhistas, incluindo a proteção à intimidade do trabalhador, em regra é exercida *a posteriori*, sempre após a concretização do dano. É a recorrente e conhecida ação de indenização por dano moral.

Na verdade, o trabalhador sofre violações em sua dignidade e lesões de toda a ordem em sua intimidade e honra ao longo do contrato de trabalho e suporta as investidas abusivas do empregador à falta de uma proteção contra despedida injusta e arbitrária.

Diga-se de passagem, contrário ao ordenamento português, que disponibiliza um arcabouço protetivo contra a despedida injusta e arbitrária, inserta no dispositivo do art. 53º da Constituição da República Portuguesa e no art. 338º do Código do Trabalhador.

Assim, o obreiro suporta intromissão em sua intimidade na prática da revista pessoal, aceita humilhações de toda ordem e pressões para cumprir metas. Despoja-se da condição de ser humano para suportar o controle de horário para efetuar suas necessidades fisiológicas, chegando a sofrer, no caso de bancário, quebra de sigilo em sua conta corrente, sob a alegação de se tratar de exercício de poder empregatício.

Aconteceu a lesão, somente *a posteriori*, após a extinção do contrato laboral, em regra, o trabalhador busca o ajuizamento de uma ação de reparação pela prática abusiva patronal, que se consubstancia em pedido de indenização pecuniária a título de dano moral. É a tutela ressarcitória comumente pleiteada nas lides trabalhistas.

Em se tratando de direitos de tal monta, verifica-se que a tutela da pessoa humana não se realiza plenamente com a tutela ressarcitória e repressiva, reclamando outras tutelas preventivas e inibitórias da lesão, com objetivo de promoção do homem, em qualquer situação jurídica em que se encontre, seja de caráter contratual ou extracontratual.

Do ordenamento português⁵² se extraem 3 linhas de proteção dos direitos de personalidade, a saber: a responsabilidade civil, a tutela preventiva e a atenuação do possível.

A responsabilidade civil tem natureza reparatória. A finalidade é ressarcir os danos materiais e morais sofridos pela vítima.

A tutela preventiva busca evitar que as ameaças se convertam em ofensa.

A tutela atenuante tem objetivo de reduzir os efeitos da ofensa consumada ou iniciada.

Destaque-se que as três tutelas podem ser cumuladas. Pode o trabalhador pleitear providência preventiva e/ou atenuante, sem prejuízo da pretensão indenizatória.

3.4.1 O direito à intimidade sob a ótica do paradigma dos direitos patrimoniais

A doutrina defende que o direito geral de personalidade concebido como direito subjetivo não está dando conta das necessidades de tutela que essa classe de direitos demanda.

Essa crítica ganha corpo com Daniel Sarmento, Gustavo Tepedino e Maria Celina de Moraes.

Nessa linha, Daniel Sarmento⁵³ cita Maria Celina de Moraes para quem:

(...) a personalidade humana não se realiza somente através de direitos subjetivos, mas sim através de uma complexidade de situações que podem ser apresentar das mais diversas maneiras. Como poder jurídico, como direito potestativo, como interesse legítimo, como faculdade, como ônus, como estado, enfim, como qualquer circunstância juridicamente relevante.

Tepedino⁵⁴ argumenta que o modelo do direito subjetivo tipificado será necessariamente insuficiente para atender às possíveis situações subjetivas em que a personalidade humana reclame tutela jurídica.

Em reforço, Roberto de Ruggiero, citado por Pedro Frederico Caldas⁵⁵, argumenta que a personalidade não se constitui direito subjetivo, mas fonte e pressuposto de todos os direitos subjetivos.

⁵² MORI, Amaury Haruo. *O direito à privacidade do trabalhador no ordenamento jurídico português*. São Paulo: Ltr, 2011, pag. 115.

⁵³ SARMENTO, Daniel. *Op. cit* pag. 100/101.

⁵⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit*, pag. 51.

⁵⁵ CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997, pag.5.

Daniel Sarmiento⁵⁶ salienta ainda que o enquadramento do direito à personalidade na categoria de direito subjetivo tem origem na própria construção da qual resultou a afirmação dos direitos de personalidade. Esses direitos foram conformados tais quais os direitos de propriedade, como direitos subjetivos cuja prestação consiste num dever geral de abstenção e que tem no polo passivo toda a coletividade.

Acerca do enquadramento do direito à personalidade à matriz dos direitos patrimoniais, cabe uma digressão.

A preocupação com a pessoa humana, surgida pela necessidade de proteger o cidadão contra as arbitrariedades estatais, tinha tutela garantida pelo direito público, consubstanciada nas garantias à integridade física e outras, não havendo tutela parecida nas relações de direito privado.

No direito privado liberal de caráter individualista, a ordem jurídica apenas garantia a liberdade de contratar sem imposição de limites à atuação privada. A tutela da integridade das pessoas vinha do direito público.

No momento em que se reconhecem os direitos de personalidade e passa-se a reclamar uma dogmática relacionada a esses direitos, os civilistas delineiam o direito sob o prisma do direito subjetivo privado que é o direito de propriedade.

Assim, a dogmática civilista constrói a teoria dos direitos da personalidade sob a mesma moldura dos direitos patrimoniais.

O direito de personalidade acaba por ser enquadrado na categoria dos direitos privados porque a vida, integridade física, a honra, liberdade, entre outros, satisfazem aspirações e necessidades próprias do homem, inserindo esses aspectos em sua esfera privada.

A tendência de enxergar os direitos de personalidade sob o prisma dos direitos patrimoniais gera deficiência na garantia daqueles, uma vez que a proteção da personalidade vai reclamar, por vezes, deveres comissivos aos agentes privados ou públicos.

Por conta dessa deficiência ao tratar os direitos de personalidade sob o prisma dos direitos patrimoniais, Gustavo Tepedino, Maria Celina de Moraes e Leonardo de Andrade Mattiello⁵⁷ preferiram usar a expressão “cláusula geral de tutela da pessoa humana” ao invés de “direito geral de personalidade” para destacar que a proteção da pessoa nas suas relações não se limita à garantia dos direitos subjetivos.

⁵⁶ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, pag. 101.

⁵⁷ *Idem*, pag. 101.

Daniel Sarmiento⁵⁸ ainda destaca que “a tutela da personalidade humana deve ser dotada de elasticidade, incidindo sobre todas as situações em que apareça alguma ameaça à sua dignidade, tipificada ou não pelo legislador”.

Abordando os direitos da personalidade sob o prisma do direito de propriedade e reconhecendo naqueles apenas a tutela negativa, ou seja, apenas repelindo as ingerências externas ao exercício desses direitos, tal como se protege a gama de direitos em torno da propriedade, a tutela se torna insuficiente.

A diferença substancial entre os direitos de personalidade e os direitos patrimoniais é como a dignidade da pessoa humana se posiciona com relação a essas classes de direito.

Se por um lado a dignidade da pessoa humana representa, para o direito patrimonial, um limite interno capaz de definir sobre novas bases as funções sociais da propriedade e da atividade econômica, para os direitos de personalidade esse valor constitucional estruturante representa a possibilidade de ampliação do próprio direito à personalidade, na medida em que essa classe de direitos adquire vigor, não se sucumbindo ao anacronismo, ainda que frente à evolução social e tecnológica.

3.4.2 A tutela inibitória

O ordenamento jurídico disponibiliza a tutela inibitória, esta sim ideal para a proteção da honra, da dignidade e intimidade do trabalhador, frente às investidas do empregador que consubstanciem abuso de direito.

A ação inibitória tem previsão no art. 12 e 21 do Código Civil de 2002. É o instrumento mais eficaz com que o trabalhador conta para impedir os abusos de direito cometidos e ainda para pleitear a nulidade de cláusula contratual abusiva.

Edilton Meireles⁵⁹ conceitua a ação inibitória como “aquela em que a parte interessada busca a proteção contra o perigo da prática, da continuação ou da repetição do ilícito ou abuso de direito.”

O mesmo autor⁶⁰ ainda salienta que não é pressuposto para a propositura da ação inibitória a efetivação do dano ou lesão a seu direito. Basta o perigo do dano, seja de difícil reparação ou não, exigindo apenas a configuração de ato contrário ao direito.

⁵⁸ SARMENTO, Daniel. *Op. cit*, pag. 102.

⁵⁹ MEIRELES, Edilton. *Abuso de direito na relação de emprego*. São Paulo: Ltr, 2004, pag. 225.

⁶⁰ *Idem*, pag. 225.

João Humberto Cesário⁶¹, valendo-se das lições de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, enaltecendo a tutela processual mandamental, como forma de garantir um equilíbrio ambiental trabalhista, vem traçar a diferenças entre esta e a condenatória. O autor pontua que a sentença que ordena não se confunde com a declaratória, constitutiva ou condenatória. E acrescenta que “se a sentença condenatória difere da declaratória por abrir oportunidade à execução forçada, a sentença mandamental delas se distancia por tutelar o direito do autor forçando o réu a adimplir a ordem do juiz.”.

Assim, das lições colhidas, constata-se que na sentença mandamental há força suficiente para que o juiz ordene e garanta a eficácia da decisão por meio de *astreintes* e outros meios disponíveis para obrigação de fazer, insertos na norma do art. 461, § 5º do CPC.

Não cabendo neste trabalho a discussão acerca da implementação da tutela inibitória, forçoso é concluir que os direitos de personalidade, merecem uma tutela preventiva, por serem mais condizentes com a natureza dos direitos que se quer assegurar.

Isso porque a prática tem demonstrado que a tutela de caráter repressivo não tem sido bastante para assegurar condições dignas de trabalho com um ambiente hígido propício ao desenvolvimento das capacidades humanas e a realização pessoal. É que a reparação pecuniária, inobstante sirva de alento para a vítima do abuso, não anula o sofrimento vivenciado nem restitui a situação anterior.

Por outro lado, uma tutela inibitória deve ser capaz de impingir um caráter pedagógico ao ofensor e evitar reincidências faltosas e assim garantir ao obreiro a plena realização do seu ofício sem sofrer os abusos de poder pelo empregador com ferimento de seus direitos mais fundamentais.

Quanto à ponderação de que a busca de uma tutela inibitória resultaria em desemprego, com alto custo social e sofrimento individual para os trabalhadores, por conta da retaliação à decisão mandamental, duas argumentações são pertinentes.

Primeiramente, a ação pode ser de natureza coletiva com legitimidade ativa do Sindicato ou do Ministério Público do Trabalho, o que resguardaria a exposição dos trabalhadores no caso concreto.

⁶¹ CESÁRIO, João Humberto. *A tutela processual mandamental como fator de promoção do equilíbrio ambiental trabalhista*. In: Cesário, João Humberto. *Justiça do trabalho e dignidade da pessoa humana. Algumas relações do direito do trabalho com os direitos civil, ambiental, processual e eleitoral*. São Paulo: Ltr, 2007, pag. 25.

Por outro lado, pode-se argumentar a favor da necessidade de garantir um arcabouço protetivo ao trabalhador por meio da proteção contra despedida arbitrária, medida essa de caráter estrutural.

Nesse sentido, é exemplo o Código do Trabalhador Português⁶², que traz no art. 381º os requisitos para que reconheça a ilegalidade do despedimento. Quando ocorre em função de ofensa ao seu direito à intimidade, ele pode ser reputado ilícito pelo ordenamento jurídico português. Em todos esses casos de afronta aos direitos de personalidade, aplicam-se os efeitos do art. 389º do Código do Trabalhador que resultam na reintegração do trabalhador no mesmo estabelecimento da empresa e ainda em indenização.

O valor garantido pela Carta Magna, consubstanciado na dignidade como valor e base dos direitos fundamentais e ainda como fonte de alimentação de todos esses direitos, impõe uma tutela do direito da personalidade que seja abrangente e integral, garantido por meio de tutela tanto negativa como positiva, de caráter tanto preventivo quanto repressivo, com ênfase na preventiva.

Assim, mostra-se necessária uma mudança de paradigma. Não se sustenta a lógica de incidência da norma jurídica apenas nas situações em que haja delito, lesão da personalidade e a partir daí se adote a técnica de subsunção lesão-punição. A tutela que reclama a personalidade, ao invés da tutela com caráter ressarcitório, há de garantir, por força da cláusula geral de personalidade, advinda da Carta Magna, uma proteção integral à personalidade ainda antes de sua violação. Pede, desse modo, uma tutela de caráter preventivo, inibitória de atos tendentes a ferir ou inibir o desenvolvimento pleno da personalidade humana.

4. CONCLUSÃO

O direito à intimidade goza de oponibilidade erga omnes.

A despeito da parca referência aos direitos de personalidade na CLT, essa classe de direitos tem arcabouço jurídico consagrado pela Constituição Federal e pelo Código Civil de 2002.

⁶² MORI, Amaury Haruo. *O direito à privacidade do trabalhador no ordenamento jurídico português*. São Paulo: Ltr, 2011, pag. 117.

Assim, tais direitos são oponíveis aos empregadores, que sofrem as limitações proporcionais à relevância desses direitos.

Com efeito, o empregador tem amplos poderes de direção da empresa, a exemplo do poder de fiscalização e sanção, mas ainda assim sofre limitações, dada a intangibilidade desses direitos fundamentais especiais, representado pelos direitos de personalidade, inserido aí a intimidade.

De outro modo, o trabalhador tem dupla garantia, em razão de sua condição de cidadão e especificamente de trabalhador inserido no processo produtivo.

Nesse norte, essa dupla garantia vai reclamar um arcabouço jurídico protetivo condizente e uma atuação estatal voltada a efetivar o exercício desses direitos tão caros.

Na prática laboral, muitas são as injunções que reclamam a proteção do Estado. As violações à intimidade do empregado são reproduzidas de diversas formas e em diferentes fases do contrato de trabalho.

Com efeito, foram exemplificadas algumas formas recorrentes de violação aos direitos de personalidade no âmbito das relações de trabalho. Seja na vigilância exagerada do ambiente de trabalho, seja no controle do tempo para as necessidades fisiológicas, uso de “máquina da verdade”.

As reclamações trabalhistas em que se pleiteiam indenizações a título de dano moral por conta de condutas do empregador são recorrentes e se agigantam na Justiça do Trabalho.

A boa-fé objetiva e a função social do contrato são princípios modernos que permeiam a execução contratual e devem balizar o contrato de trabalho em toda a sua inteireza.

O trabalhador tem o direito ao trabalho e à sua subsistência, e a empresa, tal como a família, o contrato, a propriedade, tem uma função social a ser exercitada. O empregador tem o poder diretivo da empresa, mas não pode exercê-lo de modo ilimitado, absoluto.

A personalidade do empregado é direito fundamental, que, quando atingido, fere a própria dignidade da pessoa humana, de modo que deve haver garantias que acompanhem esses direitos de tamanha relevância.

Os direitos somente são valiosos se acompanhados de garantias. As tutelas inibitória e ressarcitória devem ser eficazes e modernas, tanto quanto a velocidade com que os direitos de personalidade tem sido vilipendiados.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das políticas públicas.** Revista Diálogo Jurídico, nº 15, Janeiro, Fevereiro, março de 2007, Salvador, Bahia, Brasil. disponível em www.direitopublico.com.br. Acesso em 15 de setembro de 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho.** 6. ed. rev e ampl. - São Paulo: LTr, 2010.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas.** Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.**

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 90.

BERCOVICI, Gilberto. **A Problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro.** Revista da informação legislativa. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/pdf/pdf_142/r142-06.pdf. Acesso em 21 de setembro de 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 6ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico. Lições de Filosofia do Direito.** São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral.** São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador.** Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Coimbra, 1994.

CESÁRIO, João Humberto. A tutela processual mandamental como fator de promoção do equilíbrio ambiental trabalhista. *In*: Cesário, João Humberto. **Justiça do trabalho e dignidade da pessoa humana. Algumas relações do direito do trabalho com os direitos civil, ambiental, processual e eleitoral.** São Paulo: Ltr, 2007.

- CHOHFI, Thiago. **Subordinação nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- DONEDA, Danilo. **Os direitos da personalidade no Código Civil**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 6 - Junho de 2005. Disponível em <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista06/Docente/03.pdf>, Acesso em 1º/11/2011.
- JÚNIOR, Dirley da Cunha. **A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível**, In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org) Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos fundamentais. 2 ed. Salvador: Juspodium, 2007, p. 395 a 441.
- FERREIRA, Aluísio Henrique. **O poder diretivo do empregador e os direitos da personalidade do empregado**. São Paulo: LTr, 2011.
- FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. rev e atual, São Paulo: Saraiva, 2008.
- GAGLIANO, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho. **Novo curso de direito civil**, parte geral, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GAGLIANO, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho. **Novo curso de direito civil**, vol. IV. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. **Despesa Pública – Conflitos entre princípios e eficácia das regras jurídicas – O princípio da sujeição da Administração às decisões do poder judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública**. Parecer. Revista Trimestral de Direito Público 2, 1993.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)Pensando a pesquisa jurídica**. 2 ed. revista, ampliada e atualizada pela NBR 14.724, de 30/12/05, da ABNT, Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição** (trad. Gilmar F. Mendes), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- KELLER, Werner. **O direito ao trabalho como direito fundamental: instrumentos de efetividade**. São Paulo: LTr, 2011.
- KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LEÃO, Celina Gontijo. **Poder diretivo do empregador X direitos de personalidade do empregado**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2673, 26 out. 2010. Disponível em < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17709>>. Acesso em: 18 ago. 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 7 ed. São Paulo: Método, 2004.

MAGALHÃES, José Antônio Fernandes de. **Ciência política**. 3 ed. Brasília: Vestcon. 2002.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Podium, 2008.

MEIRELES, Edilton. **Abuso de direito na relação de emprego**. São Paulo: Ltr, 2004.

MEIRELES, Edilton. **O Novo código civil e o direito do trabalho**. 3 ed. São Paulo: Ltr, 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. v. 7. Bookseller, 2000.

MORI, Amaury Haruo. **O direito à privacidade do trabalhador no ordenamento jurídico português**. São Paulo: Ltr, 2011.

MURARI, Marlon Marcelo. **Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado: o equilíbrio está na dignidade da pessoa humana**. São Paulo: LTr, 2008.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos**, Disponível em: <http://agu.gov.br/Publicacoes/artigos/05042002JosecasaltaAfaceocultadireitos01.pdf>. Acesso em 25/05/2009.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho. História e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 19. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição de direito civil**. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2009.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 3. ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2009.

SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. **A eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores**. São Paulo: Ltr, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang, Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos... **Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível**-Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 22 de setembro de 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, São Paulo: Ed. Malheiros, 3 ed., 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional**. São Paulo: Ltr, 1999.

SOIBELMAN, Leib. **Enciclopédia do Advogado**. 4 ed. Rio de Janeiro: Rio, 1983.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. V.5. O Orçamento na Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. “**O mínimo existencial e os direitos fundamentais**” in RDA 177, jul/set, Rio de Janeiro, 1989.

VALVERDE, Thiago Pellegrini; Rossetti, Adriana. **Poder de direção do empregador como cláusula restritiva de direitos fundamentais do trabalhador**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1203, 17 out 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9053>>. Acesso em 18 ago. 2011.