

TUTELA DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR

ARNALDO SÜSSEKIND

I — Considerações preliminares

No III Congresso Brasileiro de Direito Individual do Trabalho, promovido pela Ltr. Editora (São Paulo, março de 1995), despertou grande interesse o painel alusivo à “Tutela da personalidade do trabalhador”. Dele participaram, como expositores, o Presidente do Tribunal Regional do Trabalho sediado na capital bandeirante, Juiz Rubens Tavares Aidar; a Juíza do mesmo tribunal, Lilian Ottobrini Costa; o Juiz do TRT de Minas Gerais, Professor Antônio Álvares da Silva; a Procuradoria do Trabalho do Estado da Bahia, Professora Lélia Guimarães Carvalho Ribeiro; o advogado de Brasília, Dr. José Alberto do Couto Maciel; e o autor deste trabalho, que presidiu o painel.

Aos 543 congressistas foram feitas as seguintes perguntas:

“1. Ao trabalhador deve ser assegurada indenização por dano moral em razão das relações de trabalho?”

2. A defesa da privacidade do trabalhador é incompatível com o poder e revista que a segurança da empresa faz no trabalhador quando deixa o estabelecimento no final da jornada?”

Resposta à 1ª pergunta: SIM = 84,95% — NÃO = 15,05%

Resposta à 2ª pergunta: SIM = 43% — NÃO = 57%

Analisemos o tema à luz da Carta Magna brasileira de 1988, que inseriu a indenização por dano moral no elenco dos direitos e garantias fundamentais.

II — Da indenização por dano moral

A Constituição de 88, depois de proclamar que a “dignidade da pessoa humana” constitui um dos fundamentos do “estado Democrático de Direito” (art. 1º, III), preceitou 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” (art. 5º, X).

Inseriu, assim, a indenização por dano moral no direito positivo brasileiro, sendo certo que as normas elencadas no precitado art. 5º são de aplicação imediata, conforme enuncia o inciso LXVIII do mesmo artigo.

O dispositivo constitucional *supra* transcrito tem destinação ampla, sem fronteiras predeterminadas; não se restringe a relações humanas de certos ramos do Direito.

Antes da *Lex Fundamentalis* de 1988, a Suprema Corte brasileira só admitia a reparação do dano moral, salvo em raríssimas exceções legais, nos limites em que ele tivesse afetado o patrimônio do ofendido. Na verdade, o ressarcimento estava limitado ao dano material, apesar dos protestos de Orlando Gomes (“Obrigações”, Rio, Ed. Forense, 4ª ed., pág. 334) e *Aguiar Dias* (“Responsabilidade Civil em Debate”, Rio, Ed. Forense, 1983, pág. 23). Daí a arguta observação de Celso Ribeiro Bastos, ao comentar o prefalado inciso X:

“A novidade que há aqui é a introdução do dano moral como fator desencadeante da reparação. De fato não faz parte da tradição do nosso direito o indenizar materialmente o dano moral. No entanto, esta tradição no caso há de ceder diante da expressa previsão constitucional.” (“Comentários à Constituição do Brasil”, S.P., Ed. Saraiva, vol. 2º, 1989, pág. 65.)

Aliás, o dano moral esta correlacionado com os direitos da personalidade, que devem ser considerados inatos, integrantes da universo supra-estatal. Caio Mário da Silva Pereira, depois de sublinhar, com apoio em *Limongi França* e Carlos Alberto Bittar, que os direitos da personalidade, em sua essência, emanam do direito natural, escreveu:

“Para caracterizar a natureza jurídica dos direitos da personalidade é preciso desprender-se da idéia de patrimonialidade. O que está na sua base é a circunstância de que se trata de direitos ligados à pessoa do sujeito. A percussão no patrimônio pode existir ou deixar de existir.” (“Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas”, Rio, Ed. Renovar, nº 6, 1994, págs. 117 e 122.)

A indenização pelo dano moral, como bem acentua Ivo Dantas, funda-se no princípio da responsabilidade civil (“Constituição Federal — Teoria e Prática”, Rio, Renovar, vol. I, 1994, pág. 235), razão por que, para sua caracterização, cumpre que se recorra aos arts. 159 e 160 do nosso Código Civil:

“Art. 159 — Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

Art. 160 — Não constitui ato ilícito o praticado no exercício regular de um direito reconhecido.”

Destarte, para a configuração da responsabilidade civil, extracontratual ou aquiliana, impõe-se a concorrência dos seguintes fatores: *a*) ato ilícito praticado por ação ou omissão; *b*) culpa do seu agente, no conceito genérico (elemento subjetivo); *c*) dano material ou moral do ofendido (elemento objetivo).

III — Do dano moral na relação de emprego

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

Pinho Pedreira, em excelente artigo sobre o tema, ilustra o seu trabalho com manifestações de renomados juristas nacionais e estrangeiros, e esclarece:

“A tese da reparabilidade do dano moral, independente do pagamento das indenizações tarifadas ou outras, vingou nos países em que se estabeleceu controvérsia em torno da matéria e em outros, estando hoje adotada na Itália, França, Suíça, Bélgica, Colômbia e, tendencialmente, na Argentina. (...)”

A reparação do dano extrapatrimonial é hoje, no Brasil, imposição constitucional e dessa imposição não está excetuado o Direito do Trabalho, com o qual ela combina mais do que com qualquer outra disciplina jurídica.” (“A reparação do dano moral no Direito do Trabalho” in “Revista Ltr.”, nº 55, S.P., 1991, págs. 555 e 558.)

O poder de comando do empregador, que se divide em poder diretivo e poder disciplinar, deve ser exercido, em relação ao empregado, a ele juridicamente subordinado, com o único objetivo de organizar a empresa, dirigir a prestação pessoal dos serviços e manter a disciplina indispensável ao seu funcionamento. Mas, como advertiu Délio Maranhão,

“tem o empregador a obrigação de respeitar a personalidade moral do empregado na sua dignidade absoluta de pessoa humana. São obrigações que decorrem do princípio geral da execução de boa fé do contrato, que, como dissemos, está na base da “disciplina contratual” (nossas “Instituições de Direito do Trabalho”, S.P., LTr., 15ª ed., vol. I, pág. 255).

Tanto o direito do empregador de dirigir “a prestação pessoal de servi-

ços” (art. 2º, *in fine*, da CLT), como o de denunciar ou formalizar a rescisão do contrato de trabalho nos casos autorizados por lei (arts. 477, 482 e 487 da CLT), quando circunscritos ao “exercício regular de um direito reconhecido” (art. 160 do Cód. Civil), não constituem atos ilícitos. O prejuízo decorrente da despedida sem justa causa, não se tratando de empregado estável, se limitado à perda do emprego, gera apenas o direito de o trabalhador levantar os depósitos atualizados do FGTS, acrescidos dos juros da lei e da “indenização compensadora” de 10% (art. 7, I, da Const., e art. 10, I do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Relativamente ao tempo de serviço anterior à aplicação do regime do FGTS, não transacionado pelas contratantes, o trabalhador terá direito à indenização prevista nos arts. 478 ou 497 da CLT.

Mas essas indenizações são tarifadas, calculadas *a forfait*, proporcionais ao tempo de serviço, sem correlação com a eventual gravidade e conseqüências do dano. Fundam-se na responsabilidade objetiva do empregador, que se torna devedor pelo só fato de não ter o empregado praticado ato justificador da rescisão contratual. Por seu turno, os depósitos do FGTS se fundam na teoria de crédito. Tais compensações não se confundem, pois, com a indenização pelo dano moral prevista no art. 10, X, da Carta Magna, afigurando-se, por isto, que o seu pagamento não extingue o direito do trabalhador aos depósitos corrigidos do FGTS e à indenização complementar ou à CLT, que objetivam, simplesmente, compensar-lhe a perda do emprego em valores proporcionais ao tempo que a ele se dedicou.

Consoante prelecionou Pinho Pedreira,

“não cabe a indenização por dano extrapatrimonial nas *despedidas puras*, em que o empregador exerce normal e lícitamente o seu direito de dispensa, mas é ela devida naquelas outras hipóteses em que ele acumula à declaração de rescisão do contrato de trabalho ‘um ilícito contratual, extracontratual ou uma atitude abusiva’. (Vasquez Vialard), ocasionadora de um prejuízo moral ao empregado.” (trab. cit., pág. 559.)

Nos poucos casos já decididos em segundo grau de jurisdição, tanto o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, como a Justiça do Trabalho (abordaremos mais adiante o questão da competência), têm reconhecido o direito à indenização por dano moral na relação de emprego.

“Dano moral. Dispensa de empregado, sob a acusação precipitada de má conduta e improbidade. Decisão trabalhista transitada em julgado que proclamou a inexistência de falta disciplinar. Vergonha sofrida com a precipitada acusação que atingiu a reputação e honra do autor, como cidadão e trabalhador. Confirmação da sentença que acolheu o pedido de reparação por dano de ordem

moral, arbitrada moderadamente.” (Ac. nº 1.694/92, rel. Des. Elmo Arueira, DJ-RJ de 25.03.93).

“Indenização por dano moral. Despedida abusiva. Rompido o contrato de trabalho com a despedida do empregado, abusivamente, sob a pecha de indisciplinado e insubordinado, além de apontá-lo como ofensor de seus superiores hierárquicos, sobretudo ante a ausência de contestação específica dos fatos, torna-se devida a referida indenização (Constituição Federal, artigo 5º, V e X)” (Ac. do TRT da 9ª R. no RO-4.459/93, rel. juíza Wanda S. Cardoso da Silva, DJ-PR de 28.09.94).

IV — Da revista de empregados

Um dos aspectos mais polêmicos da prática do dano moral no curso da relação de emprego concerne à revista de empregados no final da jornada de trabalho. E a controvérsia resulta da necessidade de conciliar-se os legítimos interesses da empresa em defender o seu patrimônio com o indispensável respeito à dignidade do trabalhador.

No Brasil não há lei dispendo especificamente sobre essa revista e, dos repertórios de jurisprudência consultados, não encontramos nenhuma decisão judiciária sobre o tema. Mas o direito comparado nos revela normas legais e pronunciamentos de renomados juristas sobre a matéria.

A Constituição espanhola, tal como a nossa, prescreve, no seu art. 18: “1. Se garantiza el derecho, el honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.”

O Estatuto dos Trabalhadores, revisto pela Lei nº 11, de 1994, regulamentou a referida norma constitucional, estatuindo que a realização desse controle, quando “necessário para a proteção do patrimônio empresarial”, “respeitará al maximo la dignidad y intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de um representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible” (art. 18).

Mas, como pondera Alonso Oléa, o próprio respeito à intimidade exige que um terceiro não esteja presente, se assim o desejar, expressamente, o empregado em foco (“El Estatuto de los Trabajadores”, Madrid, Civitas, 1980, pág. 75).

Na Itália, a tutela da liberdade e da dignidade dos trabalhadores nos locais de trabalho é objeto da Lei nº 300, de 1970. Consoante o depoimento da saudosa *Riva Sanseverino*, o circuito fechado de televisores e outros aparelhos destinados ao controle da atividade e do procedimento dos trabalhadores,

“somente podem ser adotados mediante prévio acordo com as representações sindicais na empresa, ou, na sua ausência, com a comissão interna dos trabalhadores (...). Na falta de acordo e por solicitação do empregador, os inspetores do trabalho podem ditar, quando necessário, as modalidades dessas instalações”. (“*Dirito del Lavoro*, Padorea, 11ª ed., 1971, pág. 242.)

Na *Argentina*, a Lei de Contrato de Trabalho admite a instalação de sistemas de controle e vigilância dos empregados, desde que atenda aos seguintes requisitos: a) razoabilidade na proteção dos bens do empregador; b) salvaguarda da dignidade do trabalhador, tanto física, como moral; c) não-discriminação (art. 70). Comentando essas regras, escreve Vasquez Vialard, que a revista “deve ser efetuada exclusivamente por pessoas do mesmo sexo (...). O trabalhador só poderá negar-se ao controle se o sistema utilizado violar sua dignidade pessoal ou se for usado de forma discriminatória. Nestes casos, a exigência compulsiva do empregador poderá converter-se numa injúria grave, que colocará o empregado numa situação de despedida indireta (art. 246 da LCT)” (“*Derecho del Trabajo y Seguridad Social*”, Buenos Aires, Ed. Astred, 2ª ed., 1981, vol. I, pág. 266).

Na *França*, como explica *Jean-Claude Javillier*, a Corte de Cassação havia admitido, com certas limitações, a revista corporal de trabalhadores por pessoa do mesmo sexo, tendo inspirado a reforma legislativa de 1982, que “proíbe o empregador de impor restrições que não sejam justificadas pelo tipo de tarefa a realizar, nem proporcionais ao objetivo procurado” (Lei 122/35, nº 1). A leitura deste texto pode ser diferente: para alguns, a proteção dos direitos e das liberdades; para outros, consagração legal das limitações dos direitos a liberdade da pessoa”. (Manual de *Droit du Travail*”, Paris, L.G.D.J., 4ª ed., 1992, pág. 86.)

O regulamento da empresa deve dispor sobre a matéria, sendo obrigatória, na sua elaboração, como decidiu a Corte de Cassação, a consulta ao comitê de empresa ou, na sua falta, aos representantes do pessoal.

Visando a incluir o tema na ordem do dia de uma das próximas reuniões da Conferência Internacional do Trabalho, o Secretariado da *OIT* elaborou um estudo de direito comparado que foi examinado pelo Conselho de Administração, com a nossa participação, em novembro de 1994. Nele, foi sublinhado que a questão do controle e vigilância dos trabalhadores “desperta cada vez maior interesse”, podendo ser objeto de normas internacionais. Quanto ao direito comparado, registrou:

“Na *Alemanha, Áustria, Bélgica, Holanda e Suécia*, entre os direitos de co-gestão dos conselhos de empresa figura o de adotar e utilizar dispositivos técnicos apropriados para controlar o comportamento e o rendimento dos tra-

balhadores, além dos métodos para a realização das investigações nas empresas. Na França se exige a informação e consulta prévias ao conselho de empresa (...). Nos *Estados Unidos*, em circunstâncias especiais se autoriza a utilização de aparelhos de detectar mentiras para os trabalhadores da indústria farmacêutica empregados na produção e distribuição de medicamentos e dos trabalhadores dos serviços de segurança responsáveis da proteção de dinheiro” (Doc. GB-261/71-10.594, §§ 44 a 46).

E concluiu que em muito poucos países foram promulgadas leis específicas sobre o controle e a vigilância dos empregados, como as mencionadas neste nosso trabalho (§ 47 do trab. cit.).

Afigura-se-nos, em face do exposto, que a revista do empregado no final da jornada de trabalho só não constituirá ato ilícito do empregador quando feita por pessoa do mesmo sexo, em lugar reservado, mediante discreta solicitação, desde haja indícios ponderáveis de que ele lesou o patrimônio da empresa, revelados, inclusive por aparelhos eletrônicos instalados, com ciência dos respectivos sindicatos, nos locais de trabalho. Em tais casos, o empregado deve ter a faculdade de exigir a presença de um delegado sindical, representante do pessoal ou companheiro de trabalho.

V — Da competência da justiça do trabalho

A Constituição brasileira de 1988 afirmou a competência da Justiça do Trabalho para “conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores (...) e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas” (art. 114, *caput*).

Não exige que o direito questionado ou a norma legal a ser aplicada pertençam ao campo do Direito do Trabalho. O fundamental é que o litígio derive da relação de emprego (dissídio entre trabalhador e o respectivo empregador) ou de relação de trabalho (envolve tanto a de emprego, como a da prestação de serviços do trabalhador avulso e do autônomo), mas, nessa segunda hipótese, quando a competência da Justiça do Trabalho for prevista em lei.

O Colendo Supremo Tribunal Federal, ao resolver o Conflito de Jurisdição nº 6.959-6, proferiu judicioso aresto, que se tornou paradigma para desate das controvérsias pertinentes à competência dos tribunais do trabalho:

“1 — Compete à Justiça do Trabalho julgar demanda de servidores do Banco do Brasil para compelir a empresa ao cumprimento da promessa de

vender-lhes, em dadas condições de preço e modo de pagamento, apartamentos que, ante o assentimento em transferir-se para Brasília, aqui viessem a ocupar, por mais de cinco anos, permanecendo a seu serviço exclusivo e direito.

2 — À determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo é o fundamento do pedido, tendo sido feita em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho.” (Ac. Pleno de 25.05.90, *in* DJ de 22.02.91.)

E no voto seguido pela maioria, o Ministro Sepúlveda Pertence, asseverou:

“Como resulta do artigo 114, no que interessa, a Constituição cometeu à Justiça do Trabalho “conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores”, dissídios, porém, que hão de ser os “decorrentes da relação de trabalho.”

“O fundamental é que a relação jurídica alegada como suporte do pedido esteja vinculada, como o efeito à sua causa, à relação empregatícia, como parece inquestionável que se passa aqui, não obstante o seu conteúdo específico seja o de uma promessa de venda, instituto de direito civil.” (voto transcrito por Valdir Florindo, “Jornal Trabalhista”, Brasília, de 20.03.95, pág. 288.)

Essa orientação vem prevalecendo, embora sejam raros os casos de indenização por dano moral por ato ilícito praticado em qualquer das fases do contrato de trabalho. Além do acórdão cuja ementa transcreveremos no final da Seção II deste artigo, encontramos os seguintes arestos regionais:

“A Justiça do Trabalho é competente para reconhecer e julgar o pedido de indenização por danos decorrentes da relação de emprego que existiu entre as partes.” (Ac. do TRT da 3ª R de 07.02.94 no RO-18.532/93, rel. juiz *Aroldo Plínio Gonçalves*, *in* Rev. Ltr. nº 58, 1994, pág. 433):

“Dano moral, indenização. Competência da Justiça do Trabalho. A indenização de dano moral desde que ocorrente na relação de emprego, embora de natureza civil é da competência da Justiça do Trabalho.” (Ac. do TRT da 9ª R. no RO-59.996/91, rel. juiz Pedro Ribeiro Tavares, DJ do Paraná de 14.08.92.)