



PÁGINA 5 FATO EM ANÁLISE

DECISÃO DO TST APONTA USO DE POLÍGRAFO COMO VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE E NÃO RECONHECE DANO MORAL EM REVISTA ÍNTIMA FEITA SEM EXCESSOS

PÁGINA 8 VISÃO

NOS PAÍSES DESENVOLVIDOS, IDOSOS CONTINUAM PRODUTIVOS POR MUITO TEMPO. ISSO ADIA DESPESAS PARA OS SISTEMAS DE SAÚDE E DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

DANO MORAL E JUSTIÇA DO TRABALHO

SUBJETIVIDADE DO TEMA DIFICULTA CARACTERIZAÇÃO E REPARAÇÃO

CONSTITUIÇÃO CONSIDERA INVOLÁVEIS A INTIMIDADE, A VIDA PRIVADA, A HONRA E A IMAGEM DAS PESSOAS

BREVE HISTÓRICO

O DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

NESTA EDIÇÃO, O **VEREDICTO** TRAZ À BAILA A MATERIALIZAÇÃO DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO, BEM COMO A FORMA PELA QUAL O ASSUNTO VEM SENDO ABORDADO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA LABORAL.

AS RELAÇÕES INTERPESSOAIS SÃO A BASE DA SOCIEDADE. CONSIDERANDO-SE TAL PREMISSA, HÁ SITUAÇÕES DE CONVIVÊNCIA PASSÍVEIS A CARACTERIZAR UMA OFENSA – OBJETO, PORTANTO, DE REPARAÇÃO.

DADA A SUBJETIVIDADE DO TEMA, DUAS QUESTÕES SÃO AMPLAMENTE DEBATIDAS EM ÂMBITO ACADÊMICO E JURISDICIONAL: QUAL CONDUITA CARACTERIZARIA, DE FATO, DANO MORAL E, POSTERIORMENTE, QUAL SERIA A JUSTA FORMA PARA SUA REPARAÇÃO?

DADOS HISTÓRICOS MOSTRAM QUE, NOS PRIMÓRDIOS, QUANDO ENTÃO VIGORAVA A FAMOSA LEI DE TALIÃO, QUE MENSURAVA A PENA NA MESMA PROPORÇÃO DO DANO SOFRIDO, AS OFENSAS À HONRA E À IMAGEM ERAM INTERPRETADAS DE UMA FORMA COMPLETAMENTE ATÍPICA EM COMPARAÇÃO COM AS DEMAIS SITUAÇÕES. NESSES CASOS, CRIOU-SE COMO FORMA DE REPARAÇÃO UMA CONTRAPARTIDA PECUNIÁRIA, PAGA PELO OFENSOR AO OFENDIDO, COMO SUPOSTA JUSTA FORMA DE COMPENSAÇÃO.

TRAZENDO A QUESTÃO PARA OS DIAS ATUAIS, O LEGISLADOR CONSTITUINTE TIPIFICOU NO ARTIGO 5º, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, QUE SÃO INVOLÁVEIS A INTIMIDADE, A VIDA PRIVADA, A HONRA E A IMAGEM DAS PESSOAS, ASSEGURADO O DIREITO À INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL OU MORAL DECORRENTE DE SUA VIOLAÇÃO. PARTINDO DESSE PILAR CONSTITUCIONAL, ESSE É O TEMA QUE SERÁ ABORDADO NAS PÁGINAS SEGUINTE.

DANO MORAL ENVOLVE OFENSA À VIDA PRIVADA, À HONRA E À IMAGEM DO TRABALHADOR

Seguindo a linha adotada pelo legislador constituinte, o dano moral está pulverizado nos mais variados diplomas legais do País, a começar pelo Código Penal, que dedica um capítulo especial para tratar dos crimes contra a honra, passando pelo Código Civil – que tutela as relações entre particulares –, e chegando à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), objeto central do presente **Veredicto**.

Na esfera laboral, a questão está tipificada na alínea “e” do artigo 483 da CLT, que dispõe que “o empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama”.

Contudo, o dano moral se alinha como uma modalidade danosa de difícil constatação, haja vista sua natureza amplamente subjetiva. Ele se configura a partir de um dano causado no íntimo da personalidade humana, trazendo problemas que muitas vezes podem ocasionar danos irreversíveis. Difamação; ofensas racial, moral e financeira; condição vexatória; e assédios moral e sexual são exemplos de condutas que podem causar esse tipo de dano.

Ao tipificar a existência de dano moral, o legislador brasileiro o fez de forma genérica, isto é, conferido ao operador

do direito a análise do fato, levando principalmente em consideração a gravidade da conduta, baseando-se, para tanto, nas fontes secundárias de aplicabilidade das normas, tais como os costumes locais de trato individual e coletivo – para, assim, mensurar a existência e, via de consequência, a extensão do dano.

Na seara das relações de trabalho, materializa-se o dano moral mediante a prática por parte do empregador, ou de seus prepostos, contra o trabalhador ou pessoa de sua família, ato lesivo à honra e à boa fama. Uma vez que todo dano suportado merece reparação, conclui-se que o dano moral no âmbito laboral possui dois efeitos completamente distintos, sendo que, a priori, conforme dispõe o *caput* do artigo 483, da CLT, o empregado poderá considerar rescindido o contrato de trabalho havido entre as partes e, secundariamente, com base no diploma civil, pleitear a reparação do dano por ele suportado.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia, em sua obra *Curso de Direito do Trabalho*¹, define dano moral como sendo “aquele ocorrido no âmbito do contrato de trabalho, no seu bojo e em razão de sua existência, envolvendo os dois polos desta relação jurídica (de emprego), ou seja, o empregador e o empregado”.

Primariamente, ao abordar a condição ativa caracterizadora do dano moral, o legislador ampliou o rol dos sujeitos com a inclusão da palavra “prepostos do empregador”, sem identificar, mesmo que de forma exemplificativa, aqueles autorizados à prática de tal conduta.

Nesse contexto, ante a lacuna legislativa, no próprio diploma trabalhista são buscadas situações análogas nas quais se possa extrair a definição do contexto “preposto”. Tal condição é necessária na medida em que empresas de médio e grande portes não têm a figura de seus sócios (acionistas ou cotistas) presentes no cotidiano laboral. Por essa razão, é importante discriminar quais os cargos e seus respectivos ocupantes que o legislador vislumbrou como prepostos do empregador dentro da organização empresarial, passíveis de provocar eventual dano.

Nessa toada, doutrina e jurisprudência caminham no mesmo entendimento, sendo certo que a condição de “preposto” deve ser entendida como qualquer empregado que atue em favor da empresa, não fazendo distinção de cargo ou subordinação hierárquica. Esse entendimento ganha guarida nos termos do inciso III, artigo 932, do Código Civil, ao dispor que “são também responsáveis pela reparação civil: III – o empregador

ou comitente, por seus empregados, serviços e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”.

Portanto, condutas praticadas pelos empregados vinculam diretamente a empresa, na medida em que, segundo a lei, esta tem o dever de vigiar os empregados, responsabilizando-se pelos atos por eles praticados nas relações corporativas, cabendo à empresa utilizar-se do instituto da justa causa e da ação regressiva diante dos supostos causadores do dano.

Destaca-se também que se apresenta, a cada dia, uma gama de ofensas por parte dos empregados a seus empregadores – diretamente à pessoa jurídica ou a seus superiores hierárquicos – durante ou após o fim dos vínculos contratuais. Mídias sociais como o Facebook ou o Twitter consubstanciam-se como terrenos férteis à prática dessas modalidades ofensivas.

Superadas as questões subjetivas e objetivas caracterizadoras do dano moral e adentrando ao mérito procedimental da questão, doutrina e jurisprudência chegaram a um consenso ao definir que a rescisão abarcada no artigo 483 da CLT trata de uma ruptura indireta do contrato de trabalho, ou seja, aquela pela qual possui guarida a partir do cometimento de falta grave por parte do empregador, gerando, portanto, justo motivo para o seu rompimento.

Tal entendimento alinha-se ao posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, segundo o qual “cada vez mais utilizada pelos trabalhadores quando os empregadores descumprem o contrato de trabalho, a rescisão indireta já foi chamada de “justa causa patronal” pelo ministro Renato de Lacerda Paiva, do Tribu-

nal Superior do Trabalho (TST). Para ser reconhecida em juízo, a rescisão indireta deve se encaixar em algumas das situações listadas pelo artigo 483 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)”².

Logo, para que seja reconhecida a rescisão indireta do contrato de trabalho, faz-se mister a busca por meio da tutela jurisdicional, baseando-se nos elementos tipificados no código civil para responsabilização danosa, quer seja a culpa do agressor, o nexo de causalidade entre a conduta praticada e o efetivo dano suportado pela parte.

Quanto aos efeitos da rescisão indireta, caso ela seja reconhecida judicialmente, o empregado fará jus a todas as verbas rescisórias como se demitido fosse.

Visualiza-se o direito à indenização como efeito secundário do dano moral na esfera trabalhista. Rege o Código Civil, em seu artigo 927, que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Já o parágrafo único do citado artigo segue no sentido de que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Ao partir desse pressuposto, insurge uma questão de ampla relevância sobre a imensa gama de ações que infestam a justiça especialista com propósito específico de pleitear indenização por dano moral. Ressalta-se que tais ações, sem nenhuma base jurídica, nascem com a finalidade específica de obter determinado ganho financeiro em face do empregador, consubstanciada na condição

de hipossuficiência que o empregado ocupa nas relações de trabalho, banalizando, portanto, o referido instituto.

O Poder Judiciário deve adotar rigidez no sentido de coibir a proliferação de ações indenizatórias com tal propósito, seja na efetivação da prova, seja na análise dos próprios argumentos, considerando de fato como ocorrência danosa a linha adotada pelo legislador constituinte, ou seja, àquela que afeta diretamente a vida privada, a honra e a imagem do trabalhador, rejeitando-se, portanto, aquilo que não se encontra nesses próprios termos.

Conclui-se que o dano moral nas relações de trabalho nasce como uma ofensa à vida privada, à honra e à imagem do trabalhador. Entretanto, na ausência de critérios objetivos, torna-se temerosa a aplicação do instituto, uma vez que poderá haver sua banalização, acarretando a industrialização de pedidos eivados de *animus nocendi*. Outro critério que restou demonstrado consiste na fixação do *quantum* indenizável. Ao analisar a questão, recomenda-se que o magistrado se pautado pelo lógico e razoável e utilize como parâmetro a sensibilidade do “homem médio” que convive em sociedade. [S]

¹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa – *Curso de Direito do Trabalho*, 2ª edição, Editora Método, São Paulo, 2008.

² Portal do Tribunal Superior do Trabalho – TST, Notícias, “Rescisão indireta é um trunfo do empregado contra o mau empregador”, em 29/1/2013, disponível em http://www.tst.jus.br/es/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/3507802.



DECISÃO DO TST APONTA POLÍGRAFO COMO VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE

TRIBUNAL NÃO RECONHECE DANO MORAL EM REVISTA ÍNTIMA FEITA SEM EXCESSOS

A seguir, analisamos duas decisões do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que envolvem dano moral nas relações de trabalho. Na primeira, houve o reconhecimento do dano, fixando, por conseguinte, indenização pecuniária em favor da reclamante. No segundo caso, logrou êxito a reclamada ao provar a não ocorrência do referido dano.

No primeiro caso, será posto em análise Agravo de Instrumento – Recurso de Revista, apreciado pela 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho – TST, ministro relator, Mauricio Godinho Delgado, oriundo de reclamatória trabalhista, cujo mérito objetiva, entre outras matérias, a indenização por danos morais decorrentes de violação à intimidade e à vida privada, por ter sido a reclamante submetida à utilização de polígrafo (detector de mentiras). Na condição de reclamadas, pessoas jurídicas de direito pri-

vado, com objeto social voltado à área de transporte aéreo. (Recurso de Revista nº TST-RR-28140-17.2004.5.03.0092).

Abaixo, trechos extraídos do citado acórdão:

VOTO

1. AGRAVO DE INSTRUMENTO

2. MÉRITO

O Tribunal Regional modificou o julgado de primeira instância, retirando da condenação o pagamento de indenização por danos morais, sob o fundamento de que as perguntas feitas à Reclamante e utilizadas no teste de polígrafo não violavam a intimidade dos empregados, pois possuíam natureza unicamente técnica e profissional (não envolvendo aspectos de ordem íntima, pessoal ou sexual), o que ocorre em qualquer teste ad-



missional usado comumente por todas as empresas privadas.

No recurso de revista, a Reclamante sustenta que: houve grave dano à sua intimidade e honra subjetiva, ao ser submetida ao teste de polígrafo e outros (...); Com razão parcial a Agravante.

Com relação aos danos morais, a submissão de empregados a testes de polígrafo viola sua intimidade e sua vida privada, causando danos à sua honra e à sua imagem, uma vez que a utilização do polígrafo (detector de mentiras) extrapola o exercício do poder diretivo do empregador, por não ser reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro o mencionado sistema (...)

II. RECURSO DE REVISTA

1. CONHECIMENTO

1.1. Dano moral decorrente de submissão de empregada a testes de polígrafo (detector de mentiras)

O Tribunal Regional, ao exame da matéria suscitada, modificou o julgado de primeira instância, ante a seguinte fundamentação, in verbis:

1.2. Recurso Ordinário da 1ª Reclamada(...) utilização do polígrafo indenização por danos morais

Sustenta a recorrente que a utilização de exames com o polígrafo, aparelho utilizado para traçar o perfil psicossocial do entrevistado, em nada difere do exame admissional adotado por outras empresas.

O d. juízo sentenciante entendeu que “a natureza das atividades empreendidas pela segunda reclamada – voo e transporte de passageiros e cargas – necessita de total segurança, garantia e estabilidade, notadamente porque transportava seres humanos diuturnamente e a vida e a segurança são bens impalpáveis, que exigem a competente tutela. Mas, mesmo assim, com toda segurança, prudência e cautela que justificasse a instalação do sistema polígrafo, não se pode olvidar que ele invade, de certa forma, a privacidade e intimidade daquele que lhe foi submetido, vez que a natureza das indagações é extremamente ilimitada, contrariando a disposição do art. 5.º, X, da Lex Legum, segundo o qual “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas,

assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. (f. 338, terceiro parágrafo) (...)

RECURSO ORDINÁRIO DA SEGUNDA RECLAMADA (...)

2. MÉRITO

2.1. Dano moral decorrente de submissão a testes de polígrafo (detector de mentiras)

O teste de polígrafo, utilizado pela (...), empresa americana, não pode ser adotado em relação aos empregados brasileiros aqui admitidos, pois estes têm como fonte de proteção as normas trabalhistas brasileiras, devendo ser, portanto, respeitados os princípios basilares traçados pela Constituição Federal, quais sejam o da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade da intimidade e da honra subjetiva.

Não sendo um mecanismo legalmente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, o teste de polígrafo invade a intimidade dos submetidos em vão, uma vez que nem sequer é eficaz como meio de prova contra os empregados.

Ressalte-se ainda que o “detector de mentiras” é utilizado comumente por empresas norte-americanas de aviação e que, se a medida fosse realmente indispensável, já teria sido adotada pelas companhias de aviação de outras nacionalidades (...)

Como consequência do conhecimento do recurso por violação do art. 5º, X, da CF, DOU PROVIMENTO ao recurso de revista, neste tema específico, para restabelecer a sentença quanto ao pagamento de danos morais, fixados em R\$ 9.262,00 (nove mil duzentos e sessenta e dois reais), devidamente corrigidos, declarando, ainda, a responsabilidade subsidiária da empresa Prudencia, conforme o entendimento da Súmula 331, IV, deste TST.

O segundo caso envolve agravo de instrumento em recurso de revista apreciado pela 8ª Turma do TST, que teve como relator o ministro Márcio Eúrico Vitral Amaro, oriundo de reclamação trabalhista, cujo mérito objetiva, entre outras matérias, a condenação em dano moral ante a submissão à revista íntima, cumulado com pedido de rescisão indireta do contrato de trabalho motivado por assédio sexual. Neste caso, a agravada era pessoa jurídica de direito privado, cujo objeto social explora atividade de indústria e comércio (Recurso de Revista nº TST-AIRR-188400-81.2008.5.15.0096).

Passa-se a transcrever trechos extraídos do citado acórdão:

VOTO

I. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA

1. CONHECIMENTO(...)

2. MÉRITO

2.1. Indenização por dano moral

Revistas pessoais

O Regional denegou seguimento ao Recurso de Revista porque não vislumbrou as violações alegadas (artigo 896, “a” e “c”, da CLT).

A Reclamante alega que o Regional, ao afastar a ocorrência de revista íntima e, por consequência, a condenação da Reclamada em indenização por danos morais, viola os artigos 1º, III, e 5º, III, V e X, da Constituição Federal, 373-A, VI, da CLT, bem como o artigo 954 do Código Civil. Aduz que o Regional não analisou devidamente as provas produzidas por ela, que comprovavam a ocorrência de revista íntima, com excessos por parte da Reclamada.

Sem Razão.

O Regional, por meio do acórdão de fls. 1427/1439, consignou: “A partir do ad-

vento do artigo 373-A, VI, da CLT, acrescentado pela Lei nº 9.799/1999, a revista, quando íntima, restou vedada para as trabalhadoras e, por princípio de isonomia, também para os trabalhadores”.

A partir dessa prescrição legal, portanto, é que se pode dizer, por análise feita a contrário senso, que as revistas “não íntimas” teriam previsão legal da sua validade (...)

De acordo com o depoimento pessoal da autora e prova oral produzida nos autos, não há como considerar ofensiva a revista realizada pela reclamada, ou que houvesse violação à intimidade e à honra da trabalhadora. Não houve demonstração de abuso no exercício do poder diretivo e fiscalizador do empregador, em nítida ofensa aos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana.

A autora revela em seu depoimento pessoal que as revistas eram diárias (até o fim de 2007), sempre no fim do trabalho, em uma sala atrás da portaria, onde adentravam cerca de cinco ou seis empregadas, que eram revistadas por seguranças do sexo feminino, sem qualquer contato pessoal, sendo determinado que levantassem a blusa, abaixassem a calça e abrissem a bolsa (...)

2.3. Rescisão do contrato de trabalho Rescisão indireta

O Regional denegou seguimento ao Recurso de Revista porque o acórdão não cuidou expressamente de assédio sexual para embasar rescisão indireta, mesmo tendo sido a matéria prequestionada por meio de Embargos de Declaração.

A Reclamante alega que o acórdão regional, ao condenar a Reclamada ao pagamento de dano moral, deveria ter reconhecido o término do contrato de trabalho por rescisão indireta devido à prática de assédio sexual por superior da

Reclamante. Afirma, assim, que o acórdão violou o artigo 483, “d” e “e”, da CLT.

Sem razão.

“Inicialmente, considero prequestionada a questão jurídica, na forma da Súmula 297, III, do TST”.

Porém, não ocorreu a alegada violação ao artigo 483, alíneas “d” e “e”, da CLT, que afirmam, respectivamente, que o empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando não cumprir o empregador as obrigações do contrato ou praticar o empregador ou seus prepostos, contra o empregado ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama.

Isso porque, não obstante o ato praticado pelo empregado da Reclamada tenha causado constrangimento à Reclamante, não ficou demonstrado que ele, valendo-se de sua condição de superioridade, tenha buscado favores sexuais através de intimidação ou de promessa de compensação. Da mesma forma, não ficou demonstrada reiteração de sua conduta.

Assim, o ato do superior da Reclamante, apesar de desagradável, não teve o condão de autorizar que a Reclamante considerasse seu contrato rescindido indiretamente, com base no artigo 483, “d” e “e”, CLT, o qual, desse modo, não fora violado.

Nego Provedimento.

Tomando como base todas as condições abordadas no presente trabalho em relação ao dano moral nas relações laborais, seria a contrapartida pecuniária a única e mais justa forma de reparação? Finaliza o autor deixando a seguinte frase dita por Alfred Adler, discípulo de Sigmund Freud, para reflexão: “Toda compensação traz uma deformação”. [8]



A INVASÃO DOS IDOSOS

Com esse título instigante, a revista *The Economist* apresentou uma interessante análise do envelhecimento da população mundial (“Age invaders”, de 26/4/14). Li esse artigo de olho na situação do Brasil, em especial, no campo do trabalho.

Diz o bom senso que os idosos são menos produtivos. Entretanto, a referida análise trouxe surpresas animadoras. Nos países desenvolvidos, as pessoas com mais de 60 anos estão trabalhando por muito tempo. Entre os americanos, a proporção de idosos que permanecem em atividade subiu de 13% em 2000 para 20% nos dias atuais. Entre os alemães, passou de 25% para 50%.

Outra constatação: os idosos bem-educados têm um nível de produtividade muito alto porque suas atividades se baseiam mais no conhecimento do que na musculatura. Em consequência, eles ganham mais, poupam bastante e dão menos despesas ao Estado. O que eleva o prolongamento da vida profissional dos idosos é a boa educação. Nos Estados Unidos, entre os que possuem curso superior, 65% continu-

**PESSOAS MAIS VELHAS,
QUANDO BEM-EDUCADAS,
TÊM ALTO NÍVEL DE
PRODUTIVIDADE PORQUE
SUAS ATIVIDADES
SE BASEIAM MAIS NO
CONHECIMENTO DO
QUE NA MUSCULATURA**

am trabalhando; entre os que ficaram só com o ensino médio, são 32%. Na Europa, as proporções são de 25% e de 50%, respectivamente. São números impressionantes e de significado profundo, pois esses idosos estão longe de constituírem um fardo pesado e improdutivo para a sociedade, comprovando-se que a educação faz a diferença em qualquer idade.

E o Brasil? Lamento dizer que estamos mal na foto. A proporção de homens e mulheres idosos no mercado de trabalho é irrisória e subiu muito pouco. Entre 1992 e 2012, a proporção de homens com mais de 60 anos que trabalhavam subiu de 7% para 8% e entre as mulheres ficou estável em 5,8%. No que tange aos idosos bem-educados, o pro-

blema não é menor. A parcela de brasileiros que passaram por curso superior e continuaram trabalhando aumentou de 3% para 9% no mesmo período.

O fato é que os idosos brasileiros são muito diferentes dos idosos americanos ou europeus. Em 2012, 27% dos idosos brasileiros eram analfabetos. Cerca de 40% tinham quatro anos de escola ou menos. E apenas 9% tinham curso superior completo ou incompleto. Com esse nível educacional, é impossível trabalhar na sociedade do conhecimento que exige versatilidade, bom senso, agilidade mental e domínio de tecnologias modernas.

Qual é a lição para o Brasil? Que precisamos educar os nossos jovens para que eles formem uma geração de idosos bem preparados e capazes de trabalhar por muitos anos, ganhando bons salários, formando suas poupanças e adiantando ao máximo as despesas para os sistemas de saúde e de previdência social. [&]

José Pastore é presidente do Conselho de Relações do Trabalho da FecomercioSP

