

A INVASÃO DO DIREITO À INTIMIDADE E A VIDA PRIVADA DO TRABALHADOR NA FASE PRÉ-CONTRATUAL

Sílvia Carine Tramontin Rios ^(*)

1. INTRODUÇÃO

Quando um trabalhador procura um emprego ele está submetido a qualquer ordem, pergunta ou instigação do seu futuro empregador? Pode o empregado omitir-se de responder alguma pergunta que lhe tenha sido feita no momento da entrevista, ou até mesmo mentir, para conquistar o emprego? Ou mesmo deixar de realizar algum exame que lhe tenha sido exigido?

Na sociedade capitalista, as partes que compõem a relação de emprego não encontram-se em níveis iguais. Não há como se afirmar, que o empregado tem condições iguais ao empregador de negociar as cláusulas do contrato porque, do seu emprego, depende a sua subsistência e da sua família.

Por esta razão, o empregado, muitas vezes, aceita qualquer determinação imposta pelo empregador para conquistar a vaga de emprego almejada. E o empregador, em contrapartida, no intuito de ter a melhor equipe de empregados, para que sua empresa se torne ainda mais competitiva no mercado globalizado, não observa os direitos à intimidade e à privacidade do empregado, ferindo, muitas vezes, a dignidade da pessoa humana, extrapolando os meios utilizados no processo de seleção de pessoal.

Durante as tratativas do contrato de trabalho, é necessário que as partes observem o princípio da boa-fé e ajam com respeito, lealdade e honestidade. Como se verá no próximo item, da observância do princípio da boa-fé, as partes assumirão alguns deveres que regulamentarão seus comportamentos nesta fase pré-contratual, quais sejam: o dever de proteção, de informação, de lealdade, de sigilo e da atuação conseqüente.

O empregador tem a obrigação de respeitar, durante o processo seletivo, os direitos de personalidade do empregado, direitos estes natos da pessoa, que protegem a integridade física, moral e intelectual. Os direitos de personalidade resguardam a dignidade da pessoa humana.

De todos os direitos de personalidade como: a vida, a integridade física e mental, a imagem, a liberdade, o segredo, a identidade, a honra e o respeito, a intimidade e a privacidade, estes dois últimos, terão maior importância neste estudo, eis que são os mais atingidos durante as tratativas do contrato de trabalho.

As razões que levam o empregador a adentrar na intimidade e na privacidade do empregado, muitas vezes, é a discriminação, por não aceitar certas categorias de pessoas como seus empregados, como por exemplo, homossexuais, negros, mulheres, gordos, dentre outros, violando desta forma, o direito fundamental à igualdade.

O empregador pode violar a intimidade e a privacidade através de uma pergunta abusiva proferida durante a entrevista, ou mesmo no questionário. Há empregadores que exigem certidões negativas de antecedentes criminais ou de ações na Justiça do Trabalho, como também, há empregadores que vão mais além, e analisam o perfil psicológico do empregado através de testes psicológicos, ou grafológicos e até de polígrafos. Verificam o estado de saúde do futuro empregado por exames genético ou antidoping, dentre outros procedimentos de controle adotados pelo empregador durante o processo de seleção.

Violar a privacidade e a intimidade do trabalhador pode causar danos a ele, do qual cabe a responsabilização pelo ofensor. Qual a responsabilidade civil que rege esta relação é, também, o objetivo deste trabalho. Será a responsabilidade civil contratual, extracontratual ou um terceiro gênero, a responsabilidade civil pré-contratual, eis que ainda não há contrato formalizado?

(*)Advogada e especialista em direito do trabalho e processo do trabalho pela Faculdades Curitiba.

Caberá responsabilização à violação do direito a intimidade e a privacidade do trabalhador na fase pré-contratual por parte do empregador se esta for com fins discriminatório e que não esteja ligada a atividade fim da empresa.

2. A boa-fé na pré-contratação

O Direito do Trabalho possui seus princípios próprios e o princípio da boa-fé precisa ser aplicado em harmonia com aqueles. Não há uma previsão expressa no ordenamento trabalhista pátrio do princípio da boa-fé, embora o artigo 8º sirva como uma cláusula geral, prevendo a aplicação dos Princípios Gerais do Direito.

O novo Código Civil brasileiro prevê, expressamente, o princípio da boa-fé como cláusula geral, o que quer dizer que, encontra tal princípio, aplicação em todas as relações jurídicas, com maior ou menor grau de influência, quer como elemento de criação de deveres jurídicos próprios, quer como meio de interpretação da norma jurídica, quer como elemento de integração do Direito. É caracterizado como conceito jurídico indeterminado, ou seja, adapta-se segundo as exigências do caso concreto e dos valores ético-jurídicos preponderantes na sociedade¹.

Para PEREIRA o artigo 113 do Código Civil prevê que, tanto no momento em que o intérprete estiver examinando questões relativas à formação do negócio jurídico, quanto no momento em que estiver analisando questões referentes aos efeitos do negócio jurídico e o cumprimento dos deveres ou obrigações dele decorrentes, deverá visualizar o comportamento das partes e as declarações delas emanadas, segundo os critérios do princípio da boa-fé².

O artigo 187 prevê a aplicação da boa-fé nos negócios jurídicos ao determinar que comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé ou pelos bons costumes.

ARAÚJO afirma que:

O princípio da boa-fé, como Princípio Geral do Direito, sofre algumas adaptações no Direito do Trabalho, em face da existência de princípios próprios a orientarem o ordenamento jurídico laboral. O princípio mais significativo para o Direito do Trabalho (...) é o Princípio da Proteção. O ordenamento jurídico estabelece, para o empregado, algumas compensações jurídicas em face da desigualdade verificada entre as partes no plano econômico. Portanto, a boa-fé contratual, especificamente aplicada ao contrato de emprego, deve levar em consideração essa realidade, principalmente no que diz respeito ao poder de comando do empregador sobre a força de trabalho do empregado, oriundo da dependência econômica e da subordinação jurídica (...)³.

Segundo BARACAT, a aplicação do princípio da boa-fé no âmbito do Direito do Trabalho pressupõe uma outra compreensão do contrato de trabalho e da relação dele originada. Pressupõe uma relação em que o trabalhador não é considerado apenas como o prestador de trabalho – fator de produção –, mas como uma pessoa inserida em um contexto sócio-econômico complexo, cujas necessidades extrapolam o seu ser e atingem a existência digna da totalidade de sua família, que dele depende. A aplicação do princípio da boa-fé somente tem sentido se considerada a relação de emprego como uma totalidade⁴.

O autor critica a caracterização do contrato de trabalho como uma espécie de negócio jurídico, pela principal razão de que, a característica fundamental do conceito do negócio jurídico é a declaração ou manifestação da vontade, cujo objetivo é produzir efeitos jurídicos tutelados pelo

1 PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual; teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 65-66.

2 Ibid., p. 207.

3 **A boa-fé no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1996. p. 235.

4 Op. cit., p. 87.

ordenamento jurídico⁵.

Já no contrato de trabalho, não há essa manifesta declaração de vontade. O trabalhador, no sistema capitalista, não produz e não dispõe dos meios necessários para a subsistência própria e de sua família. Necessita, portanto, trabalhar para obtê-los. A relação entre as duas partes é dispare no contrato de trabalho. Por esta razão, o trabalhador não tem a opção entre trabalhar e não trabalhar, ou entre este ou aquele emprego. Quando da contratação também não é dado a possibilidade de discutir as condições de trabalho⁶.

O contrato de trabalho não é negócio jurídico, porque para a sua formação não existe vontade das partes. Mesmo sem o conhecimento do empregador, e, conseqüentemente, sua vontade, é possível concluir pela existência de subordinação jurídica, se o trabalho prestado é necessário para a garantia do desenvolvimento normal da empresa. O impulso contratual não decorre do ato volitivo, mas da boa-fé objetiva⁷.

Já para ARAÚJO o contrato de emprego é, sim, um negócio jurídico, mas, dele afirma que: não é necessário que as partes tenham consciência do efeito jurídico pretendido por suas declarações de vontade. Basta, para a sua caracterização, que desejem o efeito econômico. Ao Direito cabe disciplinar as declarações das partes, dando-lhes projeções que, muitas vezes, sequer são desejadas. (...) O contrato de emprego possui, além do mais, a peculiaridade de uma intensa intervenção estatal no domínio da autonomia da vontade. Isso faz (com) que o caráter objetivo tenha maior relevância⁸.

Para o autor, a boa-fé não possui uma definição exata, apenas limita a conduta desonesta e impõe ao outro a exigência positiva de prestar aquilo que exige o convívio civilizado (informação, diligência, cooperação entre outros). É uma exigência contratual geral e para as duas partes. A boa-fé consiste em uma atitude que propicie o cumprimento efetivo do contrato, e impregna o modo de executar as suas próprias prestações. Trata-se de uma obrigação recíproca de cumprir com lealdade e confiança o conteúdo do contrato⁹.

A boa-fé pode ser subjetiva ou objetiva. A boa-fé subjetiva é o estado de ignorância de uma pessoa, ou seja, é uma crença errônea, pois a pessoa crê ser titular de um direito ou ignora o fato de estar lesando direito alheio. Já a boa-fé objetiva é um dever de conduta dos contratantes, fundado na confiança, colaboração, honestidade, lealdade. É a boa-fé objetiva que interessa à relação de trabalho.

Explica com maestria PEREIRA:

A boa-fé objetiva, que é característica das relações obrigacionais, não se qualifica por um estado de consciência do agente de estar se comportando de acordo com o Direito, como ocorre com a boa-fé subjetiva.

A boa-fé objetiva encontra o seu substrato nas relações jurídicas de cooperação entre as pessoas. Por esse motivo o seu conteúdo consiste em um padrão de conduta: cada pessoa deve agir de acordo com um determinado *standard* jurídico, definido como um modelo de comportamento, em que as atitudes de cada um serão valoradas de acordo com os parâmetros da

5 Ibid., p. 100-101.

6 Ibid., p. 112.

7 Ibid., p. 118.

8 Op. cit., p. 238.

9 Ibid., p. 21 e 236-237.

lealdade, da probidade e da honestidade¹⁰.

O princípio da boa-fé está intimamente ligado ao princípio da confiança. Em outras palavras, a confiança é um dos elementos que formam a boa-fé. Para FRADERA o princípio da confiança é “fonte de vários deveres dos quais, o mais importante, é o de agirem as partes, na relação contratual, com lealdade”¹¹.

Uma das funções do princípio da boa-fé é o de limitar o exercício dos direitos subjetivos. O exercício do direito deve, à luz da boa-fé, sofrer limitações, quando exercido abusivamente, ou seja, quando na comparação das vantagens obtidas pelo titular do direito houver excessivo sacrifício imposto à contraparte, tendo em vista o princípio da boa-fé.

Quando duas pessoas se relacionam com vistas à formação do contrato faz com que surjam para elas outros deveres, além do dever de não prejudicar injustamente. Os deveres jurídicos que surgem com o início das tratativas, decorrem da incidência do princípio da boa-fé. Na fase pré-contratual, esses deveres jurídicos assumirão o papel principal na regulação do comportamento das partes pois, serão eles, que definirão as exigências de conduta de uma parte em relação à outra¹².

BARACAT explica os cinco deveres a serem observados pelas partes na fase pré-contratual¹³:

- a) *Deveres de proteção*: obrigam as partes a, durante as tratativas preliminares, não causarem, reciprocamente, danos diretos à pessoa e bens, ou ainda, indiretos, derivados de despesas e outros sacrifícios que, no desenrolar da negociação, sejam, em princípio, normais, tornem-se anormais, diante da não-observância da conduta de boa-fé.
- b) *Deveres de informação*: é o dever de todos prestarem os esclarecimentos necessários à conclusão honesta do contrato. As perguntas formuladas pelo empregador ao candidato devem ser contextualizadas em face da função e da capacitação profissional do trabalhador.

É lícito, ao empregador, exigir informações profissionais do empregado, aptidões, experiências, disponibilidade de horário, como também, o número de filhos (para pagamento do salário família), local onde reside (para o vale-transporte), ou seja, informações relacionadas exclusivamente ao emprego postulado. Se o empregado deixa de prestar estas informações ou as omite propositadamente, descumpre os deveres de cooperação e colaboração decorrentes do princípio da boa-fé.

BARROS afirma que o empregador deverá, “em princípio, abster-se de fazer perguntas ao candidato a respeito de origens raciais, opções políticas, convicções religiosas, atividades sindicais, bem como sobre circunstâncias pessoais capazes de gerar discriminação”, e, ainda, que é “necessário, também, que se reconheça ao candidato ao emprego o direito de ocultar circunstâncias alheias à causa contratual não relacionadas diretamente com o cargo que irá ocupar, diante de situações de imposição coativa”¹⁴.

ARAÚJO defende o “direito de mentir” do candidato ao emprego. Adaptando a teoria do “*dolo bonus*” à pré-contratação trabalhista, conclui que é perfeitamente possível às partes, nas tratativas preliminares, omitir, exagerar, ou restringir informações, desde que sejam reputadas legítimas no âmbito de determinada categoria profissional, e não causem prejuízo patrimonial ou extra-patrimonial à contraparte¹⁵.

Sendo assim, a recusa pelo candidato de responder a todas as perguntas que lhe são apresentadas pela empresa, tanto pode representar descumprimento do dever de informação – decorrente do princípio da boa-fé – como também, preservação e respeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da vida privada (artigos 1º, III, e 5º, X, CF).

10 Op. cit., p. 76.

11 BARACAT, op. cit., p. 178.

12 PEREIRA, op. cit., p. 87-89.

13 Op. cit., p. 225-40.

14 Op.cit., apud BARACAT, op. cit., p. 232-3.

15 Apud BARACAT, op. cit., p. 233.

- c) *Deveres de sigilo*: decorre do dever de informação. A parte que obteve uma informação relativa à contraparte, durante as tratativas preliminares, deve ter cuidado de não divulgá-la a terceiro ou ao público. Sendo assim, conclui-se que as empresas não poderão divulgar as informações dos candidatos não contratados a outras empresas, como também, para uma empresa do mesmo grupo econômico.

Para BARROS a empresa deve, obrigatoriamente, destruir os dados armazenados em fichários ou computadores da empresa em relação aos candidatos não contratados, embora não haja previsão legal nesse sentido¹⁶.

d) *Dever de lealdade*: segundo MENEZES CORDEIRO os deveres de lealdade obrigam os negociadores a não assumir comportamentos que se desviem de uma negociação correta e honesta¹⁷. No âmbito trabalhista corresponde aos deveres de sigilo e de não interromper uma negociação em curso.

e) *Atuação conseqüente*: é a ruptura injustificada das negociações contratuais. O fundamento imediato de se responsabilizar a parte que interrompeu as tratativas prévias e frustrou a confiança da outra. Haverá o rompimento injustificado quando existe no momento da ruptura elementos objetivos que permitem concluir que já se tinha suscitado na contraparte a confiança da celebração do contrato.

A legislação brasileira não prevê uma regra própria sobre o procedimento a ser adotado no momento da seleção pessoal. Embora não exista, no ordenamento jurídico pátrio, regra expressa sobre a licitude dos atos no momento da seleção e da contratação de empregados, o princípio da boa-fé objetiva permite que verifiquemos se, no caso concreto, o critério de seleção adotado é discriminatório ou não, e se eventual recusa do candidato a responder a pergunta ou submeter a alguma exigência é, ou não, legítima.

Afirma ARAÚJO que:

na celebração de um contrato, as partes devem respeitar os valores jurídicos fundamentais representados pela boa-fé. Se existe a necessidade de mão-de-obra por parte do empregador, e disposição ou necessidade de trabalhar por parte do empregado, a conduta de ambos deve implementar a existência do contrato de emprego. (...) Exigem-se das partes a conduta leal e a confiança recíproca no sentido da realização do contrato de emprego. Tutela-se a confiança recíproca, respeitando-se a materialidade subjacente da prestação analisada¹⁸.

Conclui-se que o princípio da boa-fé objetiva deve reger as tratativas da relação de emprego a ser formalizada, devendo ambas as partes (empregado e empregador), durante a negociação do contrato de trabalho, observar os deveres que fundamentam este princípio, ou seja, os deveres de proteção, informação, lealdade, segredo e atuação conseqüente.

3. Direito à intimidade e à vida privada como direito de personalidade

Para entendermos o assunto, que aqui nos propomos a estudar, é necessário delinear o âmbito dos direitos da personalidade.

DANTAS distinguiu duas acepções do termo “personalidade”: a primeira, um conceito mais

16 Apud BARACAT, op. cit., p. 237.

17 Apud BARACAT, op. cit., p. 236.

18 Op. cit., p. 240.

técnico-jurídico e significa a capacidade de alguém ter direitos e obrigações; a segunda, mais natural, é o conjunto dos atributos humanos, como: a honra, a vida, a integridade corpórea, a liberdade¹⁹.

É esta concepção de personalidade que interessa ao nosso estudo, a personalidade como conjunto dos atributos humanos.

BITTAR define os direitos da personalidade como “aqueles reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos”²⁰. Refere-se à natureza jurídica destes direitos como direitos insitos na pessoa, em função de sua própria estruturação física, mental ou moral. Daí, a razão de serem dotados de certas particularidades, que lhes conferem posição singular no cenário dos direitos privados, tais como, a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, que se antepõem, inclusive, com limites à própria ação do titular (que não pode eliminá-los, por ato de vontade, mas, pode deles dispor como, por exemplo, a licença para uso da imagem)²¹.

Define com maestria BORGES:

Os direitos de personalidade são próprios do ser humano, direitos que são próprios da pessoa. Não se trata de direito à personalidade, mas de direitos que decorrem da personalidade humana, da condição de ser humano. Com os direitos da personalidade, protege-se o que é próprio da pessoa, como o direito à vida, o direito à integridade física e psíquica, o direito à integridade intelectual, o direito ao próprio corpo, o direito à intimidade, o direito à privacidade, o direito à liberdade, o direito à honra, o direito à imagem, o direito ao nome, dentre outros. Todos esses direitos são expressões da pessoa humana considerada em si mesma²².

Os direitos da personalidade são direitos natos da pessoa humana e cabe ao Estado reconhecê-los e sancioná-los, tanto no plano constitucional quanto no plano infraconstitucional.

GOMES entende que são “direitos destinados a resguardar a dignidade da pessoa humana, preservando-a dos ataques de outros indivíduos”²³.

Para o enfoque deste estudo, temos que analisar a dignidade da pessoa humana, como o direito a todos de ter um trabalho. Sem trabalho não há como ter dignidade, eis que vivemos em uma sociedade capitalista, onde há pessoas proprietárias do meio de produção, em contra partida, há pessoas (a grande maioria) que só possuem sua força de trabalho para a sua subsistência.

Nas palavras de FACHIN:

(...) a realização dos direitos de personalidade exigem a satisfação de um mínimo existencial ou de um patrimônio mínimo. Portanto, para realizar-se enquanto pessoa e não apenas como ser vivo (como um animal), o mínimo existencial (mínimo para que o ser exista, para que esteja vivo) é uma exigência que nasce dos direitos de personalidade. O exercício das liberdades e da autonomia social ou jurídica da pessoa requer a concretização de

19 **Programa de direito civil: teoria geral**. 3 ed. Taquigrafado por Victor Bourghis Jürgens e atualizada por Gustavo Tepedino, Antonio Carlos de Sá, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Renan Miguel Saad. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 152. Apud BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 13.

20 **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 1.

21 Op. cit., p. 5.

22 Op. cit., p. 21.

23 Ibid., p. 63.

condições materiais mínimas que garantam sua vida, senão não se pode considerar o ser humano como ser livre, dotado de livre-arbítrio, mas, sim, determinado pela necessidade de autoconservação²⁴.

E para ter o emprego, garantindo assim o seu patrimônio mínimo, não pode o candidato submeter-se à qualquer exigência do empregador, sem as garantias mínimas à sua dignidade humana e respeito aos direitos de personalidade.

Cabe destacar que a proteção legal da personalidade, especialmente no tocante à intimidade, estende-se também ao empregador – pessoa jurídica –, como prevê o artigo 52, do Código Civil²⁵.

É o Código Civil que regulamenta os direitos de personalidade, a CLT não prevê expressamente estes direitos, com exceção dos dispositivos da justa causa, quando trata da “honra e da boa fama” e do recente artigo 373-A, VI, que trata da proibição de revistas íntimas.

MALLET explica com sabedoria que:

A lacuna, própria da época em que foi editada a CLT, decorre da visão reducionista do legislador, que tratou da relação de emprego como se nela as obrigações das partes se restringissem à prestação do trabalho pelo empregado, de um lado, e ao pagamento da remuneração pelo empregador, de outro lado. Tudo ficou limitado ao plano meramente patrimonial, o que se mostra tanto mais injustificável quanto é certo que, sendo o empregado, sempre e necessariamente, pessoa física (art. 3º, da CLT), os direitos de personalidade encontram-se inevitavelmente em causa em todo e qualquer contrato de trabalho²⁶.

De todos os direitos de personalidade o direito à intimidade e à vida do empregado é o mais importante, porque é a base de toda a pesquisa realizada.

A Constituição Federal de 1988 prescreve em seu artigo 5º, X, de forma explícita, que são invioláveis: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas, sendo assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação destes direitos. Assim, estes direitos, como integrantes do sistema de direitos fundamentais, passam a ter garantia de cláusulas pétreas, aplicação imediata, reserva legal com o escopo de realizar a compatibilização com outro direito fundamental ou outro bem jurídico de estatura constitucional e proteção do núcleo essencial²⁷.

ARAÚJO e NUNES JÚNIOR afirmam que a vida social do indivíduo divide-se em duas esferas: a pública e a privada. Nesta última, estariam compreendidos atos e fatos que a pessoa pretende manter fora do alcance do público em geral²⁸.

BORGES explica que direito à privacidade traz a idéia de segredo, de sigilo, de não-publicidade, de reserva, de direito de estar só, ou o direito de estar tranqüilo, ou mesmo, o direito ao esquecimento²⁹.

É o direito que se destina a resguardar a privacidade em seus múltiplos aspectos: pessoais,

24 Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 2. Apud BORGES, op. cit., p. 18.

25 MALLET, Estêvão. *Direito, trabalho e processo em transformação*. São Paulo: LTr, 2005, p. 36.

26 MALLET, op. cit., p. 18.

27 FARIAS, op. cit., p. 103-105.

28 *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 82. Apud SIMÓN, op. cit., p. 73.

29 BORGES, op. cit., p. 162.

familiares e negociais. Consubstancia-se em mecanismo de defesa da personalidade humana contra injunções, indiscrições ou intromissões alheias. Destaca BITTAR que “O ponto nodal desse direito encontra-se na exigência de isolamento mental ínsita no psiquismo humano, que leva a pessoa a não desejar que certos aspectos de sua personalidade e de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros”³⁰.

Difere-se a privacidade da intimidade, no seguinte aspecto: a primeira, é o direito de vedar que terceiros tomem conhecimentos de aspectos de sua vida, mas familiares e amigos íntimos possuem tal conhecimento. Já a intimidade é mais restrita. O direito à intimidade garante a proteção da não intromissão de situações que a pessoa não quer divulgar, nem mesmo, para seus familiares e amigos, de tão íntima que tal situação é.

Para ARAÚJO e NUNES JÚNIOR há dentro da esfera da privacidade, outra, ainda menor, que o indivíduo pode querer deixar impenetrável até aos mais próximos: trata-se da intimidade³¹. Já para COSTA JÚNIOR não há diferença entre intimidade e vida privada. Para ele, o direito é o mesmo, “se o direito é único e seu bem tutelado é o mesmo, conquanto com ligeiras tonalidades diversificadas, consiste a diferença na modalidade de agressão. (...) se são dois os momentos de um único direito, não vemos razão para denominar diversamente ambas as esferas privadas. (...) É sempre direito à intimidade”³².

A intimidade é a exigência moral da personalidade para que, em determinadas situações, seja o indivíduo deixado em paz, constituindo um direito de controlar a indiscrição alheia nos assuntos privados que só a ele interessa. Para CUPIS a intimidade é o “modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere a ela só”³³.

A proteção da vida privada abrange os seguintes bens: confidências, informes de ordem pessoal (dados pessoais), recordações pessoais, memórias, diários, relações familiares, lembranças de família, sepultura, vida amorosa, ou conjugal, saúde (física e mental), afeições, entretenimentos, costumes domésticos e atividades negociais, reservados pela pessoa e seus familiares e amigos e, portanto, afastados da curiosidade pública.

Os critérios acerca do que seja a vida privada de alguém são elásticos e dependem da condição de vida de cada pessoa, podendo ser definidos apenas perante cada caso concreto³⁴.

A Constituição Federal de 1988 resguarda a vida privada e a intimidade assegurando a sua inviolabilidade. Haverá violação a esse direito, tanto na investigação abusiva da vida alheia, quanto na divulgação indevida de informação sobre a privacidade. É vedada a revelação de dados pessoais de outrem a terceiros ou a troca de informações. “Mesmo que o acesso às informações da vida privada tenha sido lícito, sua divulgação não é, pois o acesso se baseou em relações de confiança, com caráter de exclusividade”³⁵.

O direito à intimidade e à vida privada foram regulados pelos artigos 20 e 21 do Código Civil, os quais prevêem que a vida privada da pessoa natural é inviolável e que a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade.

Destaca MALLET que:

30 BITTAR, op. cit., p. 103.

31 Op. cit., p. 83. Apud SIMÓN, op. cit., p. 73.

32 O direito de estar só: tutela penal da intimidade, p. 34-35. Apud SIMÓN, Ibid., p. 76-77.

33 FARIAS, op. cit., p. 111-113.

34 BORGES, op. cit., p. 163.

35 Ibid., p. 162.

Em matéria de relação de emprego, o principal limite imposto ao direito à intimidade do empregado resulta do poder diretivo do empregador. Realmente, empregador é, nos termos do art. 2º, da CLT, aquele que, além de outros atributos, se acha investido da prerrogativa de dirigir a prestação pessoal de serviço. Dessa prerrogativa deflui o direito de fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais do empregado. Nas precisas palavras de Octavio Bueno Magano, encontra-se o empregador legitimamente habilitado a acompanhar a atividade do empregado, ‘para verificar a sua conformidade as ordens dadas’. Daí porque não se pode tirar do art. 21 do Código Civil, a proibição total e absoluta de fiscalização, pelo empregador, da atividade do empregado. Isso levaria a evidente paradoxo: a existência de relação de emprego sem elemento essencial à configuração do poder diretivo³⁶.

O autor questiona qual seria o limite para a fiscalização da atividade do empregado. E ele próprio responde que, a prática é lícita e reconhecida pelos tribunais pátrios, contudo o empregado deve ser informado previamente da existência de aparatos de fiscalização. “Não se concebe vigilância clandestina, oculta ou dissimulada, essa sim incompatível, *in re ipsa*, com a dignidade da pessoa humana. Do mesmo modo, não se admite vigilância em local por natureza reservado, como sanitários, vestiários, locais de repouso ou outros assemelhados”. A fiscalização deve ser necessária, não basta a sua simples conveniência e deve haver equilíbrio entre a medida aplicada e o fim a ser atingido. Se o mesmo resultado pode ser obtido por outro meio, a fiscalização adotada deve ser vedada³⁷.

3.1. A discriminação como motivo para a violação dos direitos à intimidade e à vida privada

Na formação da relação de trabalho, nas tratativas do contrato de trabalho, muitas vezes, há violação ao direito de privacidade ou de intimidade do empregado por parte do empregador. Por exemplo, na entrevista o empregador pergunta qual é a opção sexual ou religiosa do empregado; ou ainda, se a candidata ao emprego está grávida ou não ou exige, no momento da contratação, certidão negativa de antecedentes criminais.

Esta atitude do empregador poderá ser lícita, ou sempre, sem exceções, será ilícita? Quais as razões que levariam o empregador a ter tais atitudes na hora de empregar uma pessoa? Ou melhor, por qual razão o empregador investiga a vida privada do seu empregado?

Os fundamentos que levam o empregador a adentrar à vida privada dos candidatos ao emprego, é

36 MALLETT, op. cit., p. 25.

37 Ibid., p. 26-29.

muitas vezes, a atitude discriminatória empregada por este no momento da contratação.

Para o direito discriminação é a exclusão ou preferência preconceituosas, conscientes ou inconscientes, expressas ou tácitas, de pessoa ou de grupo específico, por motivos étnicos ou raciais, de gênero, de origem, de características físicas, de opção sexual, entre outros³⁸.

Discriminar significa diferenciar, distinguir, estabelecer diferenças, ao passo que preconceito tem o sentido de conceito ou opinião formados antecipadamente, sem se levar em conta o fato que os conteste, e de intolerância, ódio irracional ou aversão a outras raças, credos, religiões, entre outras³⁹.

RODRIGUES define preconceito como “atitude negativa, aprendida, dirigida a um grupo determinado. O preconceito não é inato e sim, condicionado”⁴⁰. É do meio social que extraímos o preconceito, pois serão situações da vida em sociedade, tais como, modelo de educação, convivência familiar, inserção em dado grupo, que irão influenciar no comportamento das pessoas, levando-as ou não a adotar, em relação a certas pessoas ou grupos, essa atitude negativa⁴¹.

DALLARI vê como raízes subjetivas do preconceito, a ignorância, a educação domesticadora, a intolerância, o egoísmo e o medo. O preconceito, além de introduzir a discriminação, restringe a liberdade, acarreta a perda de respeito pela pessoa humana, introduz a desigualdade e a injustiça. Afirma ainda o autor que ninguém nasce com preconceitos, para evitar o preconceito, propõe permanente auto-fiscalização, “(...) assim como o preconceito é incutido pela educação, ele pode ser eliminado pela educação”⁴².

O preconceito não pode ser considerado como categoria jurídica de análise, pois apesar de encerrar atitude negativa, não produz efeitos para o Direito, isto porque, embora condenável, o preconceito não atenta contra direitos subjetivos, salvo quando se exterioriza, em forma de discriminação. BRITO FILHO define a discriminação como a exteriorização do preconceito, ou seja, a discriminação “é o preconceito em sua forma ativa”⁴³.

Nas palavras de GOMES, discriminar “nada mais é do que uma tentativa de se reduzirem as perspectivas de uns em benefício de outros”⁴⁴.

Esta é a denominada discriminação negativa, mas há também a discriminação positiva, que é utilizada como um recurso compensatório, positivo, por meio do qual a lei ou o Judiciário municiam com as normas jurídicas pessoas ou grupos de pessoas historicamente vitimados pela discriminação negativa⁴⁵.

GOMES define as ações afirmativas, também denominadas por discriminação positiva, como “conjunto de mecanismos de integração social, de políticas sociais visando à concretização da igualdade material”⁴⁶.

As ações afirmativas objetivam assegurar às pessoas pertencentes a grupos discriminados uma posição idêntica à dos outros membros da sociedade, proporcionando assim uma igualdade no

38 FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, um ação afirmativa**. São Paulo: LTr, 2006, p. 157.

39 RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **Proteção ao portador do vírus HIV e ao aids: enfoque trabalhista a um projeto de lei**. In VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (coord.). **Discriminação: estudos**. São Paulo: LTr, 2000. p. 130.

40 **Psicologia social**. 17ª ed. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 220, Apud BRITO FILHO, **Discriminação...** cit., p. 37.

41 BRITO FILHO, J. **Discriminação...** cit., p. 37.

42 **Policiais, Juízes e igualdades de direitos in O preconceito**. Diversos autores. Editado pelo Governo do Estado de São Paulo – Secretaria da Justiça e Cidadania. SP, Imprensa Oficial do Estado, 1996/1997. Apud ARNS, Cardeal Dom Paulo Evaristo. **Para que todos tenham vida**. In VIANA, **Discriminação...** cit., p. 13.

43 **Discriminação...** cit., p. 40.

44 Apud. BRITO FILHO, J. **Discriminação...** cit., p. 42.

45 FONSECA, R. **O trabalho...** cit., p. 157.

46 Apud. BRITO FILHO, J. **Discriminação...** cit., p. 52.

exercício de direitos⁴⁷.

A discriminação positiva marca uma mudança de postura do Estado, de simplesmente proibir a discriminação, para a adoção de posturas reais, de obrigações positivas, em favor das camadas da sociedade sobre as quais recaem as práticas de discriminação⁴⁸.

3.1.1. Discriminação na relação de trabalho

Discriminar, no ambiente do trabalho, “é negar ao trabalhador a igualdade necessária que ele deve ter em matéria de aquisição e manutenção do emprego, pela criação de desigualdades entre as pessoas⁴⁹”.

BRITO FILHO destaca que é na relação de emprego que encontra-se a condição ideal para quem vai discriminar, eis que nela existe, via de regra, a sujeição de um homem pelo outro, decorrentes das necessidades do primeiro de trabalhar e com isso garantir sua sobrevivência e de sua família. Assim, nessa relação de poder que é a relação de emprego, não é difícil, com base na liberdade do tomador dos serviços de contratar e manter o contrato, evidenciarem-se práticas discriminatórias⁵⁰.

A discriminação pode anteceder a própria relação de emprego, pois atinge certos grupos, classes ou categorias de pessoas, cujo acesso aos postos de trabalho é obstado ou dificultado pelos mais variados motivos, tais como raça, cor, idade, sexo, religião, ideologia política, entre outros⁵¹.

Quando a discriminação ocorre antes da contratação impede o trabalhador de adquirir o emprego. Por exemplo, quando o empregador abstém de contratar trabalhadores por constarem nas chamadas “listas negras” mantidas por empresas ou outras entidades, pelos mais variados motivos: por ter ajuizado ações trabalhistas, por ter sido dirigente sindical ou qualquer outra espécie de representantes dos trabalhadores, dentre outros motivos⁵².

O artigo 1º da Convenção nº 111 da OIT define discriminação como:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam e outros organismos adequados⁵³.

O fundamento do princípio da igualdade está em que todos os homens têm os mesmos direitos e, certamente, as mesmas obrigações, razão pela qual não se devem fazer distinções entre os empregados ou entre os candidatos ao emprego por questões alheias ao trabalho em si mesmo. Todavia, este princípio não é tão absoluto quanto parece à primeira vista. Todos os trabalhadores são

47 WUCHER, Gabi. **Minorias: Proteção internacional em prol da democracia**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 54. Apud. Id, p. 52.

48 LORENTZ, Lutiana Nacur. **A luta do direito contra a discriminação no trabalho**. Publicada na Síntese Trabalhista nº 146. Ago/2001, pág. 39.

49 BRITO FILHO, J. **Discriminação...** cit., p. 43.

50 Id., p. 43.

51 LOPES, Otávio Brito. **A questão da discriminação no trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_17/Artigos/art_otavio.htm. Acesso em: 29 nov. 2006.

52 BRITO FILHO, J. **Discriminação...** cit., p. 45-46.

53 BRASIL. **Convenção nº 100: igualdade de remuneração. Convenção nº 111: discriminação no emprego e profissão**. 3ª tiragem. Brasília: TEM/GM, Assessoria Internacional, 2001. p. 20.

iguais, mas há diferença entre eles – de capacidade, atividade, condições psicofísicas, dentre outras – que deve ser levada em consideração. É preciso ponderar, em cada caso, se os trabalhadores estão nas mesmas situações subjetivas e objetivas, por exemplo, são empregados da mesma empresa.

Cabe ressaltar que nem toda distinção pode ser considerada discriminatória. Quando o tratamento diferenciado está baseado nos requisitos indispensáveis para o emprego é um procedimento plenamente legítimo. Quando as igualdades de oportunidades não são diferentes, as disparidades de tratamento não constituem discriminação, pois ninguém se encontraria em situação de desvantagem na competição para o posto de trabalho ou ocupação, mas sim concorrendo nas mesmas condições. Sendo assim, não considera-se discriminação no emprego ou ocupação a distinção baseada no mérito individual. O conceito de mérito ou habilidade implica que certa pessoa seja portadora, como requisito para a apresentação de um serviço particular, de uma aptidão especial, talento ou conhecimento superior⁵⁴.

É o que se denomina por discriminação legítima, ou seja, é aquela que se justifica, jurídica e pragmaticamente, pelo tipo de atividade a ser desenvolvida em determinado emprego ou empresa, por exemplo, a atividade a ser exercida exige a plena capacidade física e de todos os sentidos, vedando, assim, o acesso a este emprego aos deficientes físicos⁵⁵.

Para a Convenção nº 111, não são considerados como discriminatórios os atos de distinção, exclusão ou preferência, baseados em qualificações exigidas para um determinado emprego (art.1º, 2), bem como as medidas que afetem uma pessoa suspeita de envolvimento ou prática de atividades prejudiciais à segurança do Estado, desde que lhe seja garantido o direito de apelar para uma instância competente, segundo a prática nacional (art. 4º); como também, as medidas especiais de proteção ou de assistência asseguradas em outros instrumentos normativos da OIT (art.5º, 1)⁵⁶.

Dentre outros, a discriminação na relação de trabalho pode ocorrer nos seguintes casos:

I. DISCRIMINAÇÃO QUANTO À RAÇA E COR

FURTADO conceitua raça como o “conjunto de pessoas que possuem idênticos caracteres somáticos, tais como a cor da pele, a forma do rosto e do crânio, o tipo de cabelo, peculiaridades que são transmitidas para seus descendentes, compondo, pois, uma estirpe”⁵⁷.

Conclui-se que raça não se restringe ao aspecto da cor da pele, mas também, a outros caracteres físicos, como tipo sanguíneo, a textura do cérebro, a formação óssea, a estatura e a arcada dentária, dentre outros.

Racismo é uma ideologia, segundo a qual, certas aparências físicas dos indivíduos determinam uma maior superioridade de uns grupos sobre os outros, tanto a nível de inteligência, quanto de atributos morais⁵⁸.

A cor está abarcada pelo conceito de raça, sendo desta um dos caracteres. Contudo, é a forma mais perceptível na detecção da própria raça. No Brasil, em razão da miscigenação, tornou-se difícil distinguir uma raça da outra, existindo diferenciação de cor de pele, como a escura, a parda, a clara e a pálida.

Sem dúvida, a maior discriminação, no Brasil, se dá em relação ao negro. Os índios não sofrem do mesmo preconceito dos negros em razão de que, na conhecida história brasileira, eles não se adaptaram ao trabalho imposto pelos brancos europeus que aqui chegaram. Também aos povos ditos amarelos, em virtude da benevolência do seu povo, pela sua condição pacata, ínsita a tal raça, e pela imagem criada pelo povo brasileiro, de ser uma raça trabalhadora e inteligente, por terem reconstruído o seu país após a Segunda Guerra Mundial em curto espaço de tempo⁵⁹.

54 HEMETÉRIO, Rilma Aparecida. **Proibição da discriminação nas relações do trabalho**. Publicada no *Juris Sintese* nº 53. Maio/Jun. de 2005.

55 FONSECA, R. **O trabalho...** cit., p. 163.

56 LOPES, O. **A questão...** Acesso em: 29 nov. 2006.

57 FURTADO, Emmanuel Teófilo. **Preconceito no trabalho e a discriminação por idade**. São Paulo: LTr, 2004. p. 214.

58 LOPES, O. **A questão...** Acesso em: 29 nov. 2006.

59 FURTADO, E. **Preconceito...** cit., p. 217.

Quanto aos índios a Convenção nº 169 da OIT - *Sobre Populações Indígenas e Tribais* - prevê em seu artigo 20 normas relacionadas às condições de emprego; especialmente em relação à discriminação determina que os governos deverão fazer o que estiver ao seu alcance para evitar qualquer discriminação entre os trabalhadores indígenas e os demais trabalhadores quanto ao acesso ao emprego, promoção e ascensão⁶⁰.

A Lei 6.001/73, em seus artigos 14 a 16, regulamenta os direitos laborais dos indígenas, principalmente no que se refere a não-discriminação entre estes e os demais trabalhadores, sendo asseguradas aos índios as proteções trabalhistas e previdenciárias e eventual adaptação das condições de trabalho aos usos e costumes indígenas. Os índios isolados não podem contratar a locação de serviços ou contrato de emprego, sendo nulo o contrato, aplicando-se, porém, todos os direitos, interrompendo-se a prestação de serviços. Quanto aos índios integrados, ou em vias de integração, presume-se a autorização para o trabalho pelo emissão da Carteira de Trabalho (CTPS), sendo necessária a assistência da União, quando da rescisão contratual. A contratação dependerá de aprovação prévia da FUNAI⁶¹.

No que se refere aos negros as principais discriminações sofridas no mercado de trabalho está o acesso ao emprego. Empresas com bons salários e benefícios não contratam negros ou, quando o fazem, são para os postos menos qualificados e com menores remunerações⁶².

Um exemplo neste sentido é o caso nº 12.201 encaminhado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A vítima apresentou queixa na Delegacia de Investigações sobre Crimes Raciais contra um anúncio de emprego publicado no Jornal Folha de São Paulo, de 02 de março de 1997, pelo qual se previa que a candidata ao emprego ofertado fosse “preferencialmente branca”. Contudo o Ministério Público pediu arquivamento do processo, aduzindo que o ato não se constitui crime de racismo, o que foi seguido pelo juiz, que determinou o seu arquivamento. Por esta razão, a questão foi conduzida à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sendo aceita e, inclusive, já houve a notificação do Estado brasileiro para apresentar a sua defesa. Este caso trata-se do primeiro em que o Estado brasileiro pode receber relatório final da Comissão responsabilizando-o pela violação de dispositivos da Convenção Americana que cuidam de discriminação racial⁶³.

De acordo com a pesquisa do IPEA, por amostragem de domicílio, brasileiros descendentes de africanos de cor, constituem a segunda maior nação negra do mundo, perdendo apenas para a Nigéria. Dentre os 160 milhões de pessoas que, à época da pesquisa, compunham a população do Brasil, 54% se declararam brancos, 39,9% pardos, 5,4% pretos, 0,46% amarelos e 0,16% índios. Ressalta-se que o percentual de negros há de ser maior, uma vez que são os próprios entrevistados que respondem a que cor pertencem⁶⁴.

O estudo do IPEA, baseado em dados da Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD), de 1999, atesta que 64% dos pobres e 69% dos indigentes do país, são negros. Os homens negros ganham 53,99% a menos que os homens brancos, e as mulheres negras percebem 49,7% a menos que as mulheres brancas.

Pretos e pardos recebem metade do rendimento de brancos, em todos os estados (sobretudo nas regiões metropolitanas de Salvador, Rio de Janeiro, São Paulo e Curitiba) e, nem o aumento do nível

60 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº 169*. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/pib/portugues/direito/conv169.shtm#t3>>. Acessado em: 20 ago. 2007.

61 FONSECA, R. *O trabalho...* cit., p. 171.

62 In *População negra no mercado de trabalho*. Disponível em: <http://www.comciencia.br/reportagens/negros/05.shtml>. Acessado em: 29 nov. 2006.

63 MAIOR, Jorge Luiz Souto. Anúncios de empregos: discriminação e responsabilidades. *Juris Síntese*. São Paulo, n. 43, set./out. 2003, p. 36. CD-ROM.

64 BONFIM, Cristiane (editora). *Um país apartado pela cor*. Jornal O POVO. Fortaleza: Editora do Jornal “O POVO”, Caderno de Política, 17.02.2002, p. 19. Apud FURTADO, E. *Preconceito...* cit., p. 218.

educacional tem sido suficiente para superar a desigualdade de rendimentos. Segundo o Instituto Brasileiro de Pesquisa e Estatística (IBGE) os avanços alcançados nos níveis de educação e rendimento não alteraram significativamente o quadro de desigualdades raciais. O analfabetismo é maior para pretos e pardos (20%) do que para brancos (8,3%). Quanto ao aumento do número de anos de estudo, na comparação por cor ou raça, há uma diferença de dois anos de estudo, em média, separando pretos (4,5 anos) e pardos (4,6) de brancos (6,7). Entre 1992 e 1999, o aumento de um ano de estudo correspondeu a uma elevação de 1,2 salários no rendimento de brancos e, de meio (0,5) salário no rendimento de pretos e pardos⁶⁵.

As taxas de desemprego são sempre maiores entre os negros do que entre os não-negros. Em Salvador são encontradas as maiores taxas em ambos os casos, 29% dos negros e 19,9% dos não-negros encontram-se desempregados, em São Paulo, 23,9% dos negros encontram-se desempregados, enquanto a taxa entre os não-negros é de 16,7%⁶⁶.

Segundo a pesquisa Mensal de Emprego (PME) do IBGE, divulgada em 17 de novembro de 2006, realizada em quatro regiões metropolitanas (Salvador, Recife, Porto Alegre e São Paulo), “negros e pardos predominam entre os que procuram trabalho, pois representam mais da metade (50,8%) da população desocupada. Enquanto 59,7% dos trabalhadores com carteira assinada são brancos, 39,8% são negros”⁶⁷.

A discriminação histórica e a baixa escolaridade são fatores determinantes na desvantagem de negros e pardos em relação aos brancos. Com mais acesso à escola, os brancos encontram melhores vagas no mercado de trabalho. E ganham o dobro que os negros e pardos⁶⁸. “A desigualdade se reproduz historicamente, não é hoje uma situação que está melhor que há 50 anos. Essas pesquisas dão visibilidade à desigualdade, embora não seja possível desagregar o que é o difícil acesso à educação e o que é racismo”, diz Rosana Heringer, pesquisadora do Centro de Estudos Afro-Brasileiros da Universidade Cândido Mendes e coordenadora da ONG *Action Aaid Brasil*⁶⁹.

Normas de combate a discriminação racial - a Lei 7.716/89, em seu artigo 4º, estabelece ser contravenção penal punível com reclusão de dois a cinco anos o ato de negar ou obstar emprego em empresa privada por conta de sexo, raça ou estado civil. Em seu artigo 16 determina a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior a três meses pelo ato discriminatório praticado. Esta lei equipara o preconceito de raça com o de cor para fins de aplicação das penas previstas.

A Constituição Federal, artigo 5º, XLII, estabelece que é crime inafiançável e imprescritível o preconceito de raça. Apenas com a Lei 9.459/97 que a regra constitucional foi efetivada, punindo com reclusão de 1 a 3 anos e multa, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

O artigo 7º, XXX, da Constituição proíbe a diferença de salários, de exercícios de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

65 Brasil termina o século com mudanças sociais. 4 abril 2001. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/0404sintese.shtm>. Acesso em: 27 dez. 2006.

66 Elaboração: DIEESE. Dados com base na média do período de janeiro a junho de 2002. Negros inclui pretos e pardos e não-negros inclui brancos e amarelos. In **População negra no mercado de trabalho**. Disponível em: <http://www.comciencia.br/reportagens/negros/05.shtml>. Acesso em: 29 nov. 2006.

67 RAFAGNIN, Luciana Guzella. **Uma causa pela qual vale a pena viver e lutar**. Discurso proferido pela Deputada durante a sessão realizada no dia 20 de novembro de 2006, em homenagem ao Dia da Consciência Negra e aos 311 anos de imortalidade do líder Zumbi dos Palmares.

68 LEAL, Luciana Nunes. Reportagem publicada no Jornal O Povo de Fortaleza, de 5 de junho de 2004.

69 Id.

II. DISCRIMINAÇÃO QUANTO À ORIGEM

A discriminação quanto à origem refere-se tanto à condição externa, ou seja, ao trabalhador estrangeiro, quanto à interna, por exemplo, a discriminação nas grandes metrópoles das regiões sul e sudeste ao fato do trabalhador ser nordestino, intitulado-o com expressões tais como, “paraíba”, “bóia-fria”, “guabiru”⁷⁰.

Para o Direito Constitucional, origem refere-se à origem da pessoa, ou seja, o lugar de seu nascimento, sua procedência inicial. É a origem geográfica donde provem o trabalhador.

II.1) Estrangeiro

O artigo 1º da “Declaração sobre os direitos humanos dos indivíduos que não são nacionais do país em que vivem”⁷¹ define como “estrangeiro” toda pessoa que não seja nacional do Estado no qual se encontre. O artigo 8º prevê expressamente quanto aos direitos trabalhistas:

- a) o direito a condições de trabalho saudáveis e livres de perigo, a salários justos e à igual remuneração pelo trabalho de igual valor sem distinções de nenhum gênero, garantindo-se particularmente às mulheres condições de trabalho não inferiores àquelas de que os homens desfrutem, com igual salário por igual trabalho⁷².

O artigo 5º da Constituição Federal assegura tratamento igualitário ao trabalhador estrangeiro em relação ao brasileiro. Em razão deste artigo constitucional o Capítulo II, do Título III da CLT, que trata da nacionalização do trabalho não foi recepcionado naquilo que se refere à discriminação ao trabalhador estrangeiro residente no Brasil.

A Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial no artigo 1º define a discriminação racial como “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional”⁷³ ou étnica, que tenha o propósito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais”⁷⁴.

A Convenção sobre Trabalhadores Imigrantes⁷⁵ veda a discriminação de nacionalidade, ou seja, proíbe aos imigrantes que se encontrem legalmente nos limites do território dos países Membros um tratamento que não seja menos favorável que aquele aplicado aos seus próprios nacionais.

Um exemplo de discriminação baseada na origem étnica, social ou de nacionalidade é citada por HEMETÉRIO, a requisição de conhecimento de uma língua específica para obter-se o emprego, quando esta é dispensável para o exercício das funções, constitui-se em forma restritiva de oportunidade de emprego para um grande número de pessoas⁷⁶.

II.2) Procedência regional

A discriminação de procedência regional ocorre quando brasileiros são discriminados dentro das próprias fronteiras de seu país. Devido as dimensões continentais, há no Brasil diferenças culturais,

70 FURTADO, E. **Preconceito...** cit., p. 212.

71 Declaração adotada pela Assembléia Geral em sua Resolução 40/144, de 13 de dezembro de 1985. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Refugiados_asiolos/texto/text_7.html. Acesso em: 16 ago. 2007.

72 Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Refugiados_asiolos/texto/text_7.html. Acesso em: 16 ago. 2007.

73 Grifos acrescidos.

74 LIMA FILHO, Francisco das C. **A discriminação do trabalhador no contrato de trabalho e o princípio constitucional da igualdade**. Publicada no Juris Síntese nº 30. Jul./Ago. de 2001.

75 Convenção nº 97 da OIT, art. 6º.

76 **Proibição da discriminação nas relações do trabalho**. Publicada no Juris Síntese nº 53. Maio/Jun. de 2005.

sociais e históricas das diversas regiões geográficas, contudo, não pode justificar ou respaldar qualquer conduta discriminatória quanto à procedência das pessoas⁷⁷.

MARQUES cita como exemplo desta prática discriminatória a Lei do Ministério Público do Estado do Acre⁷⁸, que leva em consideração, para efeito de desempate a aferição de antigüidade apenas o tempo de serviço público estadual, entendendo, inclusive, que este tempo de serviço “estadual”, refere-se, tão-somente, ao serviço prestado exclusivamente ao Estado do Acre, não inclui, inclusive, o serviço público municipal, servindo como escopo de priorizar ou valorizar apenas os agentes públicos deste Estado⁷⁹.

A referida Lei está em nítida afronta ao artigo 19 da Constituição Federal que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si⁸⁰.

Ressalta-se que a discriminação quanto à procedência regional não é objeto de nenhuma previsão legal. A Lei 7.716/89 não contempla a conduta da discriminação em razão da procedência regional, somente a discriminação de procedência nacional, conforme se infere de seus artigos 1º e 20⁸¹.

III. DISCRIMINAÇÃO QUANTO AO SEXO E A LIBERDADE SEXUAL

III.1) Mulheres

A Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, da ONU, Adotada pela Resolução nº 34/180 da Assembléia das Nações Unidas, em 18 de dezembro de 1979, conceitua no seu artigo 1º, discriminação como:

Toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

O artigo 5º, I, da Constituição Federal determina que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” e o artigo 7º, XXX, prevê norma antidiscriminatória especificamente para a relação empregatícia determinando a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo⁸², idade, cor ou estado civil”.

Afirma DELGADO que:

Ao lado desse firme comando antidiscriminatório, estipulou a Constituição, em seu art.7º, XX, a ‘proteção dos mercados de trabalho da mulher, mediante

77 MARQUES, Alessandra Garcia; SOUZA, Celso Jerônimo de; LIMA, Rita de Cássia Nogueira. **Discriminação de procedência regional como ofensa a direitos fundamentais**, p. 01. Disponível em: <http://www.mp.ac.gov.br/4/files/tese06.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2007.

78 Prevê a Lei Complementar Estadual nº 08, de 18 de julho de 1983, artigo 127, § 1º, II - “Ocorrendo empate na classificação por antigüidade terá preferência sucessivamente: II - o de maior tempo de serviço público estadual;”. Id., p. 03.

79 Id., p. 03.

80 Id., p. 03.

81 “Art. 1º. Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa.”. **Juris Síntese**. CD-ROM.

82 Grifo acrescido.

incentivos específicos⁸³, nos termos da lei'. Observe-se que aqui a Constituição permite uma prática diferenciada desde que efetivamente dirigida a proteger (ou ampliar) o mercado de trabalho da mulher⁸⁴.

O art. 11, da Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, da ONU, refere-se à eliminação da discriminação do emprego da mulher mediante: a) o direito ao trabalho; b) o direito às mesmas oportunidades de emprego, inclusive a aplicação de iguais critérios de seleção para admissão em emprego; c) o direito a igual remuneração, inclusive benefícios, e igualdade de tratamento no trabalho de igual valor; d) o direito à seguridade social; e) o direito à proteção da saúde e segurança do trabalho, inclusive a salva-guarda da função de reprodução; f) a proibição da dispensa por motivo de gravidez ou licença-maternidade, e a discriminação nas dispensas motivadas pelo estado civil; g) o direito à licença-maternidade; h) a proteção especial durante a gravidez, nos tipos de trabalho comprovadamente prejudiciais a esse estado.

A necessidade de proteção do salário da mulher, contra discriminações em razão do sexo, reflete-se sobre a legislação brasileira através do artigo 7º, XXX, da Constituição, que declara a proibição de diferença de salários por motivo de sexo ou estado civil. Assim, o princípio da isonomia salarial é acolhido pela legislação, com o fim de impedir que contra a mulher haja discriminação salarial. Todavia, essa garantia só se efetiva quando observados os requisitos do artigo 461, CLT. O artigo 377 da CLT esclarece que “a adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres é considerada de ordem pública, não justificando, em hipótese alguma, a redução do salário”.

Não é o que se observa na prática. De acordo com a Síntese de Indicadores Sociais 2002, lançada pelo IBGE, as mulheres ganham menos que os homens em todos os estados brasileiros e em todos os níveis de escolaridade⁸⁵.

A população feminina ocupada concentra-se nas classes de rendimento mais baixas: 71,3% das mulheres que trabalham recebem até 2 salários mínimos, contra 55,1% dos homens. A proporção de homens que ganham mais de 5 salários mínimos é de 15,5% e das mulheres, 9,2%. A diferença entre homens e mulheres permanece em todas as regiões do país. No Sudeste, 61,1% das mulheres ganham até 2 salários mínimos e no Sul, essa proporção é 72%. Entre os homens, as proporções nessas regiões são 41,8% e 49,1%, respectivamente⁸⁶.

A Lei 9.029/95 proíbe a “adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade” (artigo 1º).

Destaca DELGADO que a lei não considera indução ou instigação ao controle de natalidade, o oferecimento de serviços ou aconselhamento ao planejamento familiar, desde que realizado por instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde – SUS⁸⁷.

O artigo 4º da Lei 9.029/95 prevê como penalidade ao rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, alternativamente, a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, ou a percepção em dobro, da remuneração do período de afastamento. A Lei 9.799/99 acrescentou o artigo 373-A na CLT que prevê expressamente algumas condutas antidiscriminatórias.

As mulheres congregam maioria nos chamados subempregos, bem como no setor informal da

83 Grifo acrescido.

84 **Proteções contra discriminação na relação de emprego.** In VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhaes (coord). **Discriminação: estudos.** São Paulo: LTr, 2000, p. 102.

85 **Síntese de indicadores sociais confirma as desigualdades da sociedade brasileira, jun. 2003.** Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/12062003indic2002.shtm>. Acesso em: 27 dez. 2006.

86 Id.

87 **Proteções ...** In VIANA, M.; RENAULT, L. (coord). **Discriminação...** cit., p. 102.

economia, principalmente na categoria das domésticas⁸⁸.

A proporção de mulheres dedicadas aos trabalhos domésticos (19,2%) e que não recebem remuneração (10,5%) é bem maior do que a dos homens (0,8% e 5,9%, respectivamente). Mais de 70% da população feminina ocupada concentra-se em atividades do setor de serviços (prestação de serviços, prática do comércio, da administração pública e outros serviços). A distribuição dos homens é mais homogênea, destacando-se a atividade agrícola, que reúne quase um quarto da população masculina ocupada do país. A proporção de mulheres aposentadas (45,9%) é menor que a de homens (77,7%), conseqüência do tardio ingresso delas no mercado de trabalho. Há mais mulheres idosas que não recebem nem aposentadoria nem pensão⁸⁹.

III.2) Homossexuais

A garantia do livre exercício da sexualidade merece integrar as três gerações de direitos, porque está relacionada com os postulados fundamentais da liberdade individual (1ª geração), da igualdade social (2ª geração) e da solidariedade (3ª geração). Além de estarem amparadas pelo princípio fundamental da isonomia, cujo corolário é a proibição de discriminações injustas, imperiosa sua inclusão no rol dos direitos humanos fundamentais, como expressão de um direito subjetivo ao mesmo tempo individual e difuso. Também se albergam as relações homossexuais sob o teto da liberdade de expressão, como garantia do exercício da liberdade individual, cabendo incluí-las, da mesma forma, entre os direitos de personalidade, precipuamente no que se refere à identidade pessoal e à integridade física e psíquica. Acresce ainda visualizar a segurança da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, que é a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual, como direito personalíssimo, atributo da pessoa humana⁹⁰.

DIAS afirma com maestria que:

O princípio constitucional da igualdade, erigido como cânone fundamental, outorga específica proteção no que diz com as questões de gênero. Expressamente, tanto o inc. IV do art. 3º como o inc. I do art.5º e inc. XXX do art. 7º proíbem qualquer desigualdade em razão do sexo. Ditas normas alcançam a vedação de discrimine à conduta afetiva do indivíduo no que diz com sua opção sexual. Com efeito, a discriminação de um ser humano em virtude de sua orientação sexual constitui, precisamente, uma hipótese (constitucionalmente vedada) de discriminação sexual⁹¹.

RIOS define a expressão “orientação sexual” como “a afirmação de uma identidade pessoal cuja atração e/ou conduta sexual direciona-se para alguém do mesmo sexo (homossexualismo), sexo oposto (heterossexualismo), ambos os sexos (bissexuais) ou a ninguém (abstinência sexual)”⁹².

O fato de a atenção ser direcionada a alguém do mesmo ou de distinto sexo não pode ser alvo de tratamento discriminatório, pois tem por base o próprio sexo da pessoa que faz a escolha.

Todos dispõem da liberdade de optar, desimportando o sexo da pessoa eleita, se igual ou diferente

88 FURTADO, E. *Preconceito...* cit., p. 205.

89 *Síntese de indicadores sociais confirma as desigualdades da sociedade brasileira, jun. 2003. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/12062003indic2002.shtm>. Acesso em: 27 dez. 2006.*

90 DIAS, Maria Berenice. *União sexual: o preconceito & a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 63-64.

91 Id., p. 65-66.

92 *Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade*. Revista CEJ do Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal. Brasília, dez. 1998, nº 6, p.29, Apud DIAS, M. *União...* cit., p. 66.

do seu. Se um indivíduo nada sofre ao se vincular a uma pessoa do sexo oposto, mas recebe o repúdio social por dirigir seu desejo a alguém do mesmo sexo, está sendo discriminado em função de sua orientação sexual⁹³.

Desta forma conclui RIOS:

...o tratamento diferenciado, pela inclinação a um ou a outro sexo, evidencia uma clara discriminação à própria pessoa, em função de sua identidade sexual. Como a orientação sexual só é passível de distinção diante do sexo da pessoa escolhida, é direito que goza proteção constitucional ante a vedação de discriminação por motivo de sexo. O gênero da pessoa eleita não pode gerar tratamento desigualitário com relação a quem escolhe, sob pena de se estar diferenciando alguém pelo sexo que possui: se igual ou diferente do sexo da pessoa escolhida⁹⁴.

A Lei 9.029/95 faz menção à discriminação quanto ao sexo, contudo, não menciona quanto à orientação sexual, do que se conclui, que o legislador repugnou a discriminação tão-somente entre o homem e a mulher heterossexuais. Entretanto, os princípios da dignidade humana e da isonomia, suprem essa lacuna da lei, razão pela qual, não se pode discriminar a trabalhadora pelo simples fato dela ser mulher, assim como, não se pode discriminar o trabalhador(a) por ser ele(a) homossexual⁹⁵.

Quanto ao processo de seleção e admissão afirma com maestria FURTADO:

Pelo só fato, pois, de o trabalhador ser notoriamente homossexual, não pode existir discriminação, a partir já do processo de seleção. Não que o fato de homossexual que participe de seleção tenha o direito de ser compulsoriamente contratado pelo empregador, sob pena de poder denunciar discriminação. O poder de direção patronal confere o direito de o empregador contratar quem quiser para os quadros de sua empresa. Mas jamais poderá, não contratando trabalhador homossexual, propagar que não o fez pelo só fato de o mesmo não ser heterossexual, ainda que seja verdade a homossexualidade de tal trabalhador⁹⁶.

IV. DISCRIMINAÇÃO ESTÉTICA

Conceitua-se estética como “a ciência que tem por objeto o juízo de apreciação, determinante do belo nas produções artísticas. Trata-se da ciência do belo ou da filosofia da arte”⁹⁷. O conceito de beleza e belo está relacionado a harmonia, o que é agradável; e feio, está associado aquilo que é desagradável⁹⁸.

Na sociedade capitalista em que vivemos, uma sociedade de consumo e de massa, onde a beleza

93 DIAS, M. *União...* cit., p. 66-67.

94 *Direitos ...* cit., p.29, Apud DIAS, M. *União...* cit., p. 67.

95 FURTADO, E. *Preconceito...* cit., p. 258.

96 *Id.*, p. 260.

97 DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*, p. 425. Apud MARQUES, C. *O contrato...* cit., p. 98.

98 FREIRE, Laudelino. *Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa*. Vol. II, p. 1010. Apud MARQUES, C. *O contrato...* cit., p. 98.

está ligada à moda, tudo o que não está dentro do padrão estético é fruto de preconceito e discriminação.

MARQUES ressalta que os primeiros atos de discriminação decorrentes da estética, surgiram nas profissões de maior visibilidade, por exemplo, no setor de serviços – garçonetes, garçons, serviços de bufê -, modelos de moda, atrizes e bailarinas, dentre outras⁹⁹.

No momento da admissão do empregado é verificada, pelo empregador, a questão da aparência, sendo exigido como critério de seleção “ter boa aparência”. São analisados os fatores estéticos, tais como, peso, altura, cabelo e barba, tatuagem e piercing, cicatrizes, quelóides, queimaduras e deficiências físicas ou mentais. Em sua constatação, não estando dentro do padrão estético esperado, o candidato não é contratado.

A aparência estética tem sido avaliada como êxito profissional, pois reflete na auto-imagem, com repercussões na auto-estima e no desempenho do exercício profissional¹⁰⁰.

Há um Projeto de Lei¹⁰¹ tramitando no Senado Federal, que proíbe a utilização da expressão “boa aparência” nos anúncios e seleção de pessoal, em razão de tal exigência ser discriminatória.

Contudo, cabe ressaltar que, já existe uma lei que veda qualquer ato discriminatório ou limitativo ao acesso ao emprego, é a Lei 9.029/95, que em seu artigo 1º proíbe a “adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade”¹⁰².

Conforme esclarece MARQUES:

A exigência da boa aparência, nos processos de admissão no emprego, é subjetiva, discriminatória e fere o princípio da igualdade. E, mais, impede as pessoas de terem acesso ao emprego, como, por exemplo, pessoas com problemas dermatológicos (manchas na pele), ou, ainda, aqueles que estejam acima do peso. O critério a ser adotado deve ser objetivo, ou seja, analisar a capacidade profissional do trabalhador em relação à função a ser exercida. Não existe relação lógica ao estabelecer como critério de admissão a “boa aparência”, pois a competência e o desempenho profissional não são avaliados pela “boa aparência”, mas sim pelo exercício profissional¹⁰³.

São os seguintes fatores estéticos analisados no momento da admissão:

□ **Peso:** a obesidade é, muitas vezes, motivo para não admissão de profissionais. O excesso de peso é motivo de discriminação na relação de trabalho, os obesos ganham menos e têm dificuldade de colocação no mercado de trabalho, conforme relata a reportagem “Minoria da Pesada” da Revista Veja, de 22 de novembro de 2000:

Um estudo da Universidade de Michigan, nos Estados Unidos, coordenado pelo professor de administração Mark Roehling, concluiu que a probabilidade de uma pessoa obesa ser preterida na hora da contratação pode ser maior que a de um negro e até de um ex-presidiário, dois segmentos historicamente colocados à margem da sociedade (...) No Brasil, a ditadura da balança

99 O contrato... cit., p. 108.

100 Id., p. 116-117.

101 Projeto de Lei do Senado nº 302 de 1999. Autor Senador Geraldo Cândido (PT/ RJ).

102 Grifo acrescido.

103 O contrato... cit., p. 118-119.

também faz suas vítimas no mercado de trabalho, atingindo aqueles que se enquadram na classificação de obesos, baseada em uma equação simples que leva em conta o peso e a altura de cada indivíduo. Em um levantamento da consultoria Catho, foi apresentada a 1.400 executivos uma lista de razões que podem barrar um pretendente a emprego. Nada menos do que 73% dos presidentes e diretores e 68% dos gerentes cravaram um 'x' na alternativa 'ser gordo'. (...) O obeso é visto como alguém lento e não sadio¹⁰⁴.

O Ministério Público da 15ª Região instaurou ação civil pública contra a rede de supermercado Carrefour, que deixou de contratar uma jovem para função de operadora de caixa, por considerá-la gorda, afirmando que o espaço do caixa era pequeno demais¹⁰⁵.

Preterir um candidato ao emprego em virtude do peso é uma conduta discriminatória, que fere o princípio da dignidade humana do trabalhador.

No entanto, decisão proferida pela 5ª Turma do Tribunal do Trabalho da 2ª Região, não considerou discriminatório o ato do empregador de incluir empregado seu em programa de reeducação alimentar. Ao proferir a decisão a 5ª Turma ponderou valores e, neste caso, fez a opção pela valorização da atividade econômica em detrimento ao princípio da dignidade humana, em razão de que a atitude da empresa visava a continuidade da relação de emprego, porque há normas internacionais a serem seguidas quanto ao modelo de conduta e apresentação no setor aeroviário, e porque não houve prejuízo ao trabalhador tanto na esfera econômica quanto na física e psicológica, eis que a reeducação alimentar foi custeada pela empresa e a atitude visava a melhoria das condições de saúde do trabalhador, portanto, não era discriminatória¹⁰⁶.

□ Tatuagem e piercing: são modificações realizadas no corpo humano e que, sem dúvida, refletem na imagem da pessoa. Contudo, não constituem critérios para eliminação na admissão do emprego, por não serem critérios objetivos de análise da capacidade laborativa.

O empregador não tem o direito de pedir a retirada dessas alterações em virtude de ferir com o direito à intimidade do empregado, nem tão pouco, poderá preterir a admissão por tal razão, por ser tal atitude discriminatória e atentatória a dignidade do trabalhador.

Contudo, BARROS afirma que tais métodos afetam o contrato de trabalho, podendo o empregador restringir tais transformações, é possível:

...coibir trajes ou aparências suscetíveis de chocar as pessoas, principalmente o empregador, e não só quando isso seja prejudicial ao bom funcionamento da empresa. Em conseqüência, dependendo da situação o uso visível de tatuagens, de 'piercing' e de maquiagem extravagante poderá sofrer restrições¹⁰⁷.

□ Cicatrizes, quelóides e queimaduras: cicatrizes, quelóides e queimaduras quando expostas tornam-se motivos de preconceitos e discriminação, principalmente quando estão visíveis no rosto, parte do corpo de maior expressão.

□ Cabelo e barba: o empregador não pode interferir em qualquer aspecto à imagem do empregado por desrespeito ao direito à intimidade, e tais fatores não afetam a capacidade de trabalho. A não ser que o trabalho a ser realizado justifique tal vedação, como por exemplo,

104 Apud MARQUES, C. O contrato... cit., p. 122.

105 MARQUES, C. O contrato... cit., p. 123.

106 Disponível em: <<http://www.trt02.gov.br:8035/020030524797.html>>. Acessado em: 29 nov. 2006.

107 Apud MARQUES, C. O contrato... cit., p. 125.

profissionais da área de saúde, ou que manipulem alimentos. Nestes casos, a necessidade do serviço justifica a vedação do empregador.

□ Altura: dependendo do caso a exigência de uma altura mínima ou máxima no momento da admissão poderá ou não ser considerada discriminatória, tudo dependerá do fim para o qual está sendo exigido, por exemplo, na admissão do jôquei, a altura é imprescindível. O porte físico na maioria das vezes não é essencial para o desempenho da atividade profissional. MARQUES afirma que:

Se a função efetivamente exigisse empregados de grande estatura, a distinção seria legítima e não há que se falar em discriminação, visto que a altura é inerente para o exercício da atividade profissional. Mas, por outro lado, se restar demonstrado que essa altura não influencia na atividade laboral, e se o empregador impor (sic) tal requisito na contratação, verifica-se que, indiretamente, estará praticando uma conduta discriminatória e preconceituosa, porque podem existir inúmeros cidadãos com altura inferior que possuam todos os demais requisitos; logo, violado estará o princípio da não discriminação de forma implícita, porque, para o exercício da função, independe o tamanho físico exigido¹⁰⁸.

Para Souto Maior a discriminação estética pode parecer, em princípio, menos perversa, mas, efetivamente, agride a auto-estima e, em certos aspectos, até a intimidade da pessoa¹⁰⁹.

V. DISCRIMINAÇÃO QUANTO AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA

A Declaração dos Direitos dos Deficientes, adotada pela Assembléia Geral da ONU, trás o seguinte conceito de deficiente:

Art. 1º - O termo “deficiente” designa toda pessoa em estado de incapacidade de prover por si mesma, no todo ou em parte, as necessidades de uma vida pessoal ou social normal, em conseqüência de uma deficiência congênita ou não de suas faculdades físicas ou mentais¹¹⁰.

Para a Convenção nº 159 da OIT (art. 1º) a pessoa deficiente é aquela “cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada”¹¹¹.

O Decreto nº 3.289/99¹¹² define, em seu artigo 3º, deficiência como “toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano”; e incapacidade como “uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência

108 MARQUES, C. *O contrato...* cit., p. 129.

109 *Anúncios ...* cit., p. 41. CD-ROM.

110 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica ao Trabalhador dos Portadores de Deficiência*. In VIANA, M. *Discriminação...* cit., p. 150.

111 *Id.*, p. 150.

112 Este Decreto regulamenta a Lei 7.853/89 que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - CORDE, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes e dá outras providências.

possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida”¹¹³.

A pessoa deficiente luta em posição de desvantagem para garantir trabalho e saúde, dois pilares essenciais do direito fundamental à vida e, na maioria das vezes, perde na competição acirrada e desigual do mundo atual. Para os deficientes, o índice de desemprego é duas ou três vezes superior; a baixa qualidade de vida, a pobreza e a desnutrição são muito mais acentuadas e a exclusão social predomina, bastando citar o reduzido acesso deles às universidades¹¹⁴.

No Brasil, são 24,5 milhões de portadores de algum tipo de deficiência, sendo que 9 milhões têm idade para trabalhar. Destes, 1 milhão (11%) exerce alguma atividade remunerada, ao passo que 200 mil (2,2%) têm Carteira de Trabalho anotada. De acordo com a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde, 14,5% da população do Brasil apresenta algum tipo de deficiência, sendo 8,3% deficiência mental, 4,1% deficiência física, 22,9% deficiência motora, 46,1% deficiência visual e 16,7% deficiência auditiva¹¹⁵.

A Constituição Federal prevê expressamente em seu artigo 7º, XXXI, quanto à discriminação aos portadores de deficiência, determinando a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

A lei 8.213/91 ao prever normas de habilitação e reabilitação profissional classifica os portadores de deficiência em três categorias:

- Deficientes sem habilitação para o trabalho;
- Deficientes com habilitação para o trabalho;
- Deficientes Reabilitados.

Aos portadores de deficiência que não têm habilitação para o trabalho e que comprovem não possuir meios de prover a própria subsistência ou de tê-la provida pela família, a Constituição (art. 203) assegura a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independentemente de contribuição à seguridade social.

Já, os portadores de deficiência habilitados para o trabalho, abrangidos pelo Regime Geral da Previdência Social, são submetidos ao processo de habilitação desenvolvido pelo INSS ou por entidades reconhecidas legalmente para este fim. E por fim, os reabilitados são os segurados da Previdência Social, que foram submetidos a processo de reabilitação profissional desenvolvido ou homologado pelo INSS¹¹⁶.

Para os deficientes habilitados e reabilitados são garantidas as seguintes reservas de vagas previstas na legislação brasileira:

- até 20% das vagas oferecidas no concurso para as pessoas portadoras de deficiência, desde que as atribuições sejam compatíveis com a deficiência¹¹⁷;
- as empresas privadas com 100 (cem) ou mais empregados estão obrigadas a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas¹¹⁸.

Diante da obrigação legal de preenchimento de cotas, as empresas têm alegado que as pessoas com deficiência no Brasil carecem de qualificação mínima para atender às exigências do mercado de

113 FONSECA, R. **O trabalho...** cit., p. 268.

114 Id., p. 139.

115 Censo realizado em 2000 pelo Instituto Brasileiro de geografia e Estatística (IBGE). Apud FURTADO, E. **Preconceito...** cit., p. 232-233.

116 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica ao Trabalhador dos Portadores de Deficiência.** In VIANA, M. **Discriminação...** cit., p. 148.

117 Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União – Lei 8.112/90, art. 5º, § 2º.

118 Lei 8.213/91, art. 93 - § 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final do contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

trabalho, o que de fato é verdade. Contudo, as empresas devem desenvolver plano de treinamento específico, internamente ou com apoio do “sistema S” de organizações não-governamentais especializadas, e, até mesmo, de prestadoras de serviços técnicos especializados¹¹⁹.

Quanto ao acesso aos cargos e empregos públicos às pessoas com deficiência, Fonseca destaca que, embora o artigo 37, VIII, da Constituição Federal determine reserva de cargos e de empregos públicos em favor de pessoas com deficiência, muitas legislações estaduais e municipais fixam percentuais ínfimos de 1% (um por cento), ou criam mecanismos para obstar, por meio de exames médicos admissionais, o efetivo acesso destas pessoas. “Atribuem-se, aos médicos, o poder de dizer, antes do início da atividade, se a deficiência do candidato aprovado é compatível com a função, (...) normalmente inclina-se pelo contrário, diante do inusitado da situação”¹²⁰.

Para FURTADO:

O processo de inclusão não deve se limitar a empregar pessoas, o que já é um imperativo legal, tanto no serviço público, quanto na iniciativa privada. Impõe-se que sejam asseguradas condições de interação das pessoas portadores de deficiência com os demais empregados da empresa, bem assim com todos os parceiros e clientes com os quais lhe caiba manter relacionamento¹²¹.

Normas de combate à discriminação à pessoa com deficiência – a Lei 7.853/89, art. 8º, prevê a pena de reclusão de 1 a 4 anos para quem obstar, sem justa causa, o acesso a alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados da deficiência que porte, bem como negar, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho.

VI. DISCRIMINAÇÃO QUANTO AOS PORTADORES DE DOENÇA

A jurisprudência tem desenvolvido reflexões significativas quanto à discriminação aos portadores de doença. Já existem decisões que consideram discriminatórias e, via de consequência, inválidas dispensas de trabalhadores com doenças crônicas de suma gravidade, como câncer e AIDS. É que a doença crônica de elevada gravidade torna o trabalhador um deficiente físico (ou mental) permanente, favorecido por uma proteção especial da ordem jurídica¹²².

VI.1) PORTADORES DE HIV

Entende-se por síndrome de imunodeficiência adquirida (SIDA ou AIDS)

O conjunto de alterações provocadas pela perda de imunidade mediada por células, a partir da ação de um agente viral, provavelmente o HTLV 3 ou LAVÉ e que se manifestam pelo aparecimento de infecções oportunistas e/ou neoplasias, particularmente o sarcoma de kaposi¹²³.

119 FONSECA, R. *O trabalho...* cit., p. 280-1.

120 Id., p. 273-4.

121 FURTADO, E. *Preconceito...* cit., p. 232.

122 DELGADO, M. *Proteções contra discriminação na relação de emprego*. In VIANA, M. *Discriminação...* cit., p. 106.

123 PEDROTTI, Irineu Antônio. *Da aids e do Direito*. Revista dos Tribunais. Ano 1982. Abril de 1993, vol. 690, p. 295. Apud RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Proteção ao portador do vírus HIV e o aids: enfoque trabalhista a um*

A AIDS tem os seguintes estágios, os quais se propagam a partir do momento de contato com o vírus. Em um primeiro momento, há a infecção propriamente dita pelo vírus HIV, onde este penetra no organismo humano, sob as seguintes formas de contágio: troca de fluidos genitais (esperma ou secreção vaginal) entre pessoas infectadas, transfusão de sangue contaminado com o vírus, pela mãe soropositiva na formação do feto ou no momento do parto, ou em transplantes de órgãos. Não há indícios de outras formas de contágio. Posteriormente, ocorrem as manifestações das chamadas infecções oportunistas, ou seja, como o vírus ataca de modo implacável o sistema imunológico do indivíduo, deixando suas defesas reduzidas a zero, é quando ocorre o ataque de outras doenças¹²⁴.

Pelos estágios anteriormente descritos, podemos denominar como portador do vírus HIV aquela pessoa que tem o vírus, mas ainda não desenvolveu a síndrome da imunodeficiência adquirida, e, por aidético a pessoa que já está sob o ataque do vírus, apresenta os sintomas da doença, e por esta razão deverá tomar coquetéis e remédios para não desenvolver a síndrome.

FURTADO destaca que:

É inegável que a AIDS tem conseqüências no mundo do trabalho, uma vez que 90% dos aidéticos estão na faixa de idade economicamente ativa, (...) gerando, por tal razão, afora os imensuráveis sofrimentos próprios da doença, perda da mão-de-obra qualificada e custos para a seguridade social¹²⁵.

Contudo, ser portador do vírus HIV nem sempre acarreta a impossibilidade de trabalhar, tanto por parte do doente, como também não acarreta riscos aos companheiros de trabalho e nem tão pouco para a sociedade.

Do documento formado em conjunto pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), intitulado como Declaração da Reunião Consultiva sobre a AIDS e o Local de Trabalho, observa-se que a grande maioria das profissões ou atividades de trabalho não propicia risco algum de um empregado para seu colega de trabalho, quer de um visitante ou cliente da empresa para o empregado, e vice-versa. A referida instrução recomenda-se que, aos soropositivos que não apresentem ainda sintomas da doença, o tratamento deverá ser igual ao de qualquer outro empregado, e àqueles que já apresentam sintomas ou enfermidades ocasionadas pelo HIV há de ser dispensado tratamento idêntico ao do empregado enfermo. Não se deve exigir a investigação do HIV no ato da admissão do trabalhador, como etapa do processo seletivo¹²⁶.

Para FURTADO:

Não há como se dizer que referida investigação da saúde e aptidão física e mental do empregado não seja ato legítimo e de direito do empregador, uma vez que a este é dado zelar pela saúde e segurança no âmbito de sua empresa. Contudo, até segunda ordem, tais investigações não poderão chegar ao ponto de se exigir exame para a constatação da presença do vírus da AIDS no trabalhador, por ser tal prática discriminatória e atentar contra os direitos fundamentais, inexistindo, regra geral, interesse público que justifique tal pesquisa¹²⁷.

projeto de lei. In VIANA, M. *Discriminação...* cit., p. 129.

124 FRANÇA, Rafael Francisco. A AIDS e seus impactos nas relações de trabalho. *Jus Navegandi*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1201>. Acessado em: 22 ago. 2007.

125 *Preconceito...* cit., p. 238.

126 Id., p. 239.

127 Id., p. 241.

O artigo 168, da CLT, determina que o exame médico admissional deve avaliar a capacidade física e mental do empregado para a função que deva exercer. Por esta razão, o empregador não poderá exigir exame anti-HIV de qualquer candidato, eis que ser portador do vírus HIV ou aidético, não o torna incapaz ao trabalho. “Se por acaso exigir o exame, o empregador estará infringindo normas éticas e legais, visto que violará o direito à intimidade do candidato, que poderá negar-se à realização do teste de admissão”¹²⁸.

Quanto à restrição no momento de contratar, há situações em que a exigência do exame de HIV/AIDS é lícita e justificável, visto que, para tal atividade específica, em que o risco de transmissão é alto, o candidato não terá a qualificação exigida para o emprego. Neste sentido é a lição de RENAULT que considera existir algumas áreas sujeitas a um maior cuidado médico-científico, no momento da contratação, como por exemplo, de cozinheiros, padeiros, enfermeiros, dentre outros. Contudo, mesmo que algumas atividades possam, em princípio e apenas por cautela, ficar sem acesso ao doente, o que não se pode negar é que existe uma gama enorme de atividades, cujo exercício é plenamente compatível com os infectados e os aidéticos¹²⁹.

Na mesma linha afirma FURTADO ser tolerável a exigência de prévio exame anti-HIV em algumas atividades onde o risco de transmissão e contágio estejam presentes, como na área de saúde, desde que seja realizado com expressa autorização do empregado, até porque é possível que o próprio empregado não queira ter ciência de sua condição de soropositivo¹³⁰.

Afirma MARQUES:

Todavia, para o candidato a uma vaga diretamente na área da saúde, o teste do HIV é legítimo, não para excluir esse indivíduo da sociedade, mas porque tal exigência é feita com o caráter de proteção ao trabalhador, que poderá estar vulnerável a doenças infecto-contagiosas¹³¹.

Normas de combate à discriminação aos portadores de HIV – o Conselho Federal de Medicina do Brasil, pela Resolução nº 1.359/92, estabelece que aos profissionais de saúde que prestam serviço às empresas estão proibidos de revelar ao empregador o diagnóstico do candidato, devendo se limitar a informar se o postulante tem condição ou não de iniciar ao trabalho no qual pretende inserir. A divulgação ou não de ser soropositivo é direito à privacidade do trabalhador.

A Lei 9.029/95 que proíbe discriminações para efeito de acesso à relação de emprego, ou a sua manutenção, não tratou especificamente do portador do vírus HIV e do aidético, apesar da existência de intensas e numerosas práticas discriminatórias decorrentes desta doença.

O Projeto de Lei nº 41, de 1999, em seu artigo 6º, parágrafo único, prevê a responsabilidade pré-contratual, ou seja, o candidato ao emprego do qual for exigido o exame de AIDS, terá direito a indenização por danos morais e/ou materiais, sujeito, ainda, o infrator às sanções penais e administrativas.

Conclui-se com as palavras de RENAULT:

De todas as discriminações talvez as de maior grau de dificuldade de superação sejam as que, como a AIDS, acarretam a perda do emprego: sem emprego, não há salário; sem salário não há como enfrentar-se com dignidade

128 FRANÇA, R. A AIDS... cit.

129 Proteção ao portador do vírus HIV e ao aidético: enfoque trabalhista a um projeto de lei. In VIANA, M. Discriminação... cit., p. 130.

130 Preconceito... cit., p. 241-2.

131 O contrato... cit., p. 132.

a doença terminal. E o círculo vicioso não pára por aí. Na crise atual, obter novo emprego é tarefa praticamente impossível para quem é portador do vírus da AIDS ou aidético¹³².

VI.2) DOENÇAS EMOCIONAIS

Quando se fala em discriminação ao portador de doença, não se refere apenas a doença física, mas também a emocional. Depressão é a desmotivação, a falta de interesse por qualquer que seja o projeto, a lentidão, a dispersão, o mau humor, a fadiga aumentada, as baixas auto-estimas e autoconfiança, idéia de culpa, sensação de inutilidade, lentidão motora e de raciocínio. De acordo com a Organização Mundial de Saúde, uma em cada cinco pessoas é, foi ou será afetada pela depressão¹³³.

A depressão apresenta-se em três estágios: leve, moderada e grave. Na depressão leve, o baixo astral pode ir e voltar, e a doença freqüentemente inicia-se após um acontecimento estressante específico. Na depressão moderada, o baixo astral é persistente e, além disso, o indivíduo manifesta sintomas físicos, que variam de pessoa para pessoa. Neste estágio o auxílio médico já é necessário. A depressão grave os sintomas são intensos e põem em risco a vida do indivíduo. A pessoa sente sintomas físicos, delírios e alucinações¹³⁴.

ABREU destaca que um dos sintomas da depressão é a perda de interesse pelo trabalho. “Quando a pessoa está deprimida costuma se ausentar do trabalho, muitas vezes, o motivo é a fraqueza ou a fadiga, e como conseqüência a atenção, a concentração e a produtividade diminuem”¹³⁵.

Dados de uma pesquisa realizada pela Fundação de Saúde Mental da Inglaterra demonstram que 47% das pessoas com distúrbios mentais sofreram discriminação no emprego e 55% omitiram o problema para os colegas de trabalho. Tal conduta discriminatória também é observada nas empresas brasileiras, tanto é assim que, na hora de contratar o empregado não admitem problemas de ordem emocional, como a depressão, quer seja fato presente ou passado na vida do trabalhador. O governo dos Estados Unidos estima que o gasto anual com a perda da produtividade e despesas médicas por conta da depressão beira a casa dos 70 bilhões de dólares, eis que pessoas deprimidas faltam ao trabalho três vezes mais que o empregado sem a doença¹³⁶.

É em virtude da ignorância e do medo que os empregadores e colegas de trabalho têm às doenças emocionais que, pacientes encontram dificuldades de encontrar e manter o emprego.

VII. DISCRIMINAÇÃO QUANTO AO IDOSO

O Estatuto do Idoso¹³⁷ define idoso como a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos. Contudo, no que se refere ao mercado de trabalho no Brasil, a idéia de “mais idade” começa aos 35 anos, em razão de que, ao trabalhador que chega a esta idade, é presumida, pelas empresas brasileiras, uma incapacidade para continuar a produzir. Em uma sociedade que idolatra a beleza, a juventude e a força física, o fato de ser velho acaba por ocorrer preconceitos, rejeições, exclusões e discriminações.

A população brasileira com mais de 60 anos aumentou de 4% em 1940, para 8,6% em 2002. Neste último ano a estimativa era de 15 milhões de brasileiros com mais de 60 anos, devendo atingir o percentual de 15% em 2020¹³⁸.

De acordo com FURTADO a discriminação com o idoso ocorre em razão da idéia de que os de mais idade nada mais têm a contribuir com a sociedade na qual estão inseridos, quando, na verdade,

132 In VIANA, M. *Discriminação...* cit., p. 128.

133 FURTADO, E. *Preconceito...* cit., p. 234-235.

134 ABREU, Fernanda Moreira de. *Depressão como doença do trabalho e suas repercussões jurídicas*. São Paulo: LTr, 2005, p. 28.

135 Id., p.32.

136 FURTADO, E. *Preconceito...* cit., p. 235.

137 Lei 10.741/2003 – artigo 1º.

138 *Preconceito...* cit., p. 312.

a experiência, vivência e idéia das coisas, em muito, podem ajudar aos mais jovens. A pior discriminação é a que ocorre no mundo do trabalho, no qual, tanto é discriminada a pessoa de mais idade como, o trabalhador que beira a faixa dos 35 anos e, por tal razão, é alijado do mercado¹³⁹.

Normas de proteção ao idoso – o Estatuto do Idoso¹⁴⁰ estabelece o direito ao exercício de atividade profissional ao idoso e proíbe, na admissão, a discriminação por idade, vedando a fixação de limite máximo de idade inclusive em concursos públicos. Determina também que, em concurso público, o primeiro critério de desempate será a idade, tendo preferência o candidato mais velho.

Sugere FURTADO que o artigo 26 do Estatuto do Idoso “houvesse feito menção ao direito de profissionalização não só aos já insertos nos 60 anos ou mais, mas igualmente em relação aos que contam com idade mais avançada, sem, contudo, serem ainda sexagenários”¹⁴¹.

O artigo 27 veda a discriminação no momento da admissão do idoso, proibindo a instituição de limite máximo de idade. Portanto, foi vedado expressamente pela lei, qualquer tipo de anúncio (em jornais, periódicos ou bancos de emprego) de vaga de trabalho que limitem a idade. Assim como é discriminatória a atitude das empresas na iniciativa privada que, implicitamente, limitam a idade na contratação. Não propagam o limite de faixa etária para a contratação, mas, na prática, não contratam trabalhadores de mais idade.

Para evitar esta atitude implícita e discriminatória das empresas, a lei previu em seu artigo 28, III, o estímulo às empresas privadas para admissão de idosos ao trabalho. FURTADO sugere em seu livro *Preconceito no Trabalho e a Discriminação por Idade*, a redução gradativa, de acordo com a idade e o número de empregados admitidos, das alíquotas das contribuições sociais destinadas ao SESI, SESC, SENAI, SENAC, SEST, SENAT, SEBRAE e INCRA¹⁴².

Conforme estudo realizado verifica-se que há várias formas de discriminação no trabalho. E estão são postas em prática inclusive na fase pré-contratual, ou seja, no ato de seleção do candidato ao emprego.

4. A invasão da intimidade e da privacidade do trabalhador na fase pré-contratual

Por serem direitos da personalidade, intrinsecamente relacionados ao direito à liberdade e à vida e com a dignidade humana, a intimidade e a vida privada nunca se dissociam do indivíduo e o acompanham em todas as suas relações, inclusive na relação de emprego. Ainda que o poder de direção do empregador seja incontestável, e tenha como fundamento o direito de propriedade, não há como negar o respeito ao direito à privacidade e à intimidade dos trabalhadores¹⁴³.

Na fase da contratação do empregado, apesar de tratar-se do acerto de um contrato, onde deveria imperar a autonomia da vontade, pelas circunstâncias específicas que envolvem a relação de emprego, o trabalhador geralmente fica numa posição de inferioridade em relação ao empregador, eis que este é detentor dos meios de produção, e no exercício do seu direito de propriedade, normalmente impõe as condições que regerão o contrato de trabalho¹⁴⁴.

Afirma MOREIRA que:

... é na fase do acesso ao emprego que o trabalhador se encontra mais

139 Id., p. 336.

140 Capítulo VI – Da profissionalização e do trabalho.

141 *Preconceito...* cit., p. 339.

142 Id., p. 348-9.

143 SIMÓN, op. cit., p. 101.

144 Ibid., p. 129.

fragilizado já que é nessa altura que a desigualdade real mais se evidencia, concretizada numa inferioridade pré-contratual do candidato, derivada da sua “singular debilidade económica e da escassa expectativa de emprego, o que o induz a abdicar parcialmente da sua personalidade (...) em garantia de adesão do seu comportamento futuro à vontade ordenadora e dispositiva do empregador”. Na verdade, parece ser nesta fase que se podem produzir as violações mais flagrantes da lei e dos direitos fundamentais dos trabalhadores e, por isso mesmo, é necessária uma maior vigilância e protecção de possíveis intromissões na vida privada do candidato¹⁴⁵.

Em face do notório estado de inferioridade em que se encontra a pessoa que aspira a um emprego, são igualmente notórias as oportunidades que o empregador tem, no processo de selecção, de violar a sua intimidade e privacidade. Muito embora, o que interessa ao empregador seja a prova de aptidão do empregado para ocupar o cargo oferecido, freqüentemente se ultrapassa esta, realizando-se a prova da personalidade¹⁴⁶. “Premido pela necessidade económica e pela dificuldade de obtenção de trabalho, não raro o aspirante a um emprego abdica de aspectos de sua personalidade, em garantia da adesão de seu comportamento futuro à vontade ordenadora do empregador”¹⁴⁷.

SIMÓN destaca algumas regras a serem observadas durante o processo de selecção do empregado: a primeira é a da não-discriminação, corolário do princípio da igualdade (art. 5º, caput, da Constituição). Alice Monteiro de Barros afirma que “o princípio da não-discriminação possui conexão com a garantia dos direitos de personalidade e atua como limite imposto pela Constituição Federal à autonomia do empregador, quando da obtenção de dados a respeito do candidato ao emprego”¹⁴⁸. É proibido ao empregador fazer qualquer pergunta de foro íntimo, como opção sexual, convicção política ou religiosa, ou privado, como situação familiar, atividades recreativas, etc., que possam dar ensejo a qualquer tipo de discriminação¹⁴⁹.

A segunda regra é a do empregador limitar-se a tomar informações relacionadas às atividades profissionais que o candidato desempenhará se contratado, para aferir as suas aptidões. Conclui SIMÓN que “não significa que não possam ser realizados exames psicotécnicos, grafológicos ou, até mesmo, astrológicos, mas a investigação deve ater-se aos aspectos profissionais”¹⁵⁰.

MOREIRA considera que, na falta de previsão específica sobre esta matéria, o empregador pode, unicamente, averiguar sobre aspectos conexos com a capacidade do candidato, sobre sua aptidão profissional, ficando-lhe vedada todas as indagações sobre aspectos pessoais que não sejam relevantes para a constituição ou desenvolvimento da relação de trabalho¹⁵¹.

A Convenção nº 111 da OIT, sobre discriminação em matéria de emprego e profissão, reconhece que qualquer empregador pode valorar, investigar e organizar todas as qualidades ou características pessoais quando sejam necessárias e imprescindíveis para a correta execução da prestação laboral. A distinção baseia-se em um critério objetivo, ou seja, a natureza contratual¹⁵².

O problema não é a extensão do princípio da não-discriminação, já existente em nosso ordenamento jurídico, mas a dificuldade de comprovar o tratamento diferenciado, cujo encargo

145 Op. cit., p. 148.

146 BARROS, Alice Monteiro de. Apud GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p.82.

147 BARROS, op. cit., p. 54.

148 Ibid., p. 58. Apud SIMÓN, op. cit., p. 130.

149 SIMÓN, *ibid.*, p. 130.

150 Ibid., p. 130.

151 MOREIRA, op. cit., p. 152.

152 Ibid., p. 152.

competer exclusivamente ao empregado que se considera discriminado. Alice Monteiro de Barros sugere a inversão do ônus da prova em um “Código-Tipo do Direito do Trabalho”¹⁵³.

O ordenamento jurídico brasileiro não possui uma norma disposta sobre a licitude dos métodos utilizados na seleção de candidatos, os mais utilizados são, a entrevista, os questionários, os testes psicotécnicos e grafológicos, e até a astrologia empresarial. “Quaisquer que sejam os métodos adotados, deve-se verificar sua aceitação ética e limitar a avaliação da aptidão profissional do candidato para a execução das funções”¹⁵⁴.

4.1. Procedimentos de controle

Segundo MOREIRA, o empregador, em respeito ao princípio da boa-fé, deve adotar uma conduta reta na seleção dos métodos de investigação para evitar discriminações ilícitas. Nos ensina que:

em primeiro lugar, o candidato ao trabalho deve ser previamente informado, de forma expressa, dos métodos e técnicas de seleção aos quais vai ser sujeito e, em segundo lugar, estes devem estar estreitamente ligados à finalidade a prosseguir. Por último, só podem solicitar-se informações com o fim de determinar a capacidade do candidato a trabalhador para ocupar o posto de trabalho proposto, ou seja, para indagar das respectivas aptidões profissionais¹⁵⁵.

1. Entrevista, questionário, teste psicológico, polígrafo, grafológico

MOREIRA conceitua a entrevista pessoal como um:

diálogo entre o candidato ao trabalho e o empregador ou um seu representante tendo por objecto identificar o que melhor se adequa ao posto de trabalho, sendo uma técnica bastante habitual e com a vantagem de ser simples, permitindo aos trabalhadores obter maior intercâmbio de informação e aos empregadores uma observação directa das reacções espontâneas daqueles¹⁵⁶.

Durante a entrevista de emprego há o direito à informação do empregador e o direito à privacidade do emprego. Para Estevão Mallet é necessário que haja pertinência da indagação com os termos do contrato. Afirma que nestas circunstâncias “possa até mesmo falar em dever do empregado de prestar a informação do gênero, independentemente de questionamento do empregador, em decorrência da boa-fé objetiva”¹⁵⁷.

Afirma MOREIRA que a entrevista reveste-se de alguns riscos para o candidato ao trabalho, eis que o empregador, no desejo de conhecer as características do trabalhador para o posto de trabalho, poderá fazer perguntas que excedam o necessário para avaliar a aptidão, invadindo, assim, a sua esfera

153 Op. cit., p. 57.

154 BARROS, *ibid.*, p. 61.

155 Op. cit., p. 185.

156 Op. cit., p. 186.

157 MALLETT, *op. cit.*, p. 31.

privada¹⁵⁸.

JEAN-EMMANUEL afirma que o trabalhador só terá que responder de boa-fé perante as indagações sobre as suas capacidades profissionais. Caso contrário, o candidato tem direito de se recusar a responder. O problema que se coloca é o de que uma recusa deste tipo praticamente conduz à exclusão do candidato na medida em que o trabalhador se coloca numa posição muito difícil ao pôr em causa a legalidade e, inclusive, a constitucionalidade das perguntas que lhe são feitas¹⁵⁹.

O artigo 5º, IV, da Constituição Federal assegura aos indivíduos a liberdade de manifestação do pensamento, vedando-se o anonimato. Em seu aspecto negativo, a liberdade de pensamento compreende a possibilidade de não expressar o pensamento, mantendo-o na esfera íntima. Por esta razão, o empregador não pode perguntar sobre certos dados do empregado como, por exemplo, convicção religiosa, política, opção sexual, e o empregado tem a prerrogativa de não dar o conhecimento ao empregador de suas opiniões; em seu aspecto positivo, compreende a possibilidade de comunicá-lo apenas a um restrito grupo de pessoas, mantendo-o na esfera privada, neste aspecto o empregador tem o dever de respeitar a honra, dignidade, intimidade e atuar de acordo com a boa-fé¹⁶⁰.

Os questionários são utilizados pelas empresas quando o número de candidatos é bastante elevado, sendo que as questões em vez de se colocarem sob a forma oral se colocam sob a forma escrita, permitindo também avaliar a precisão do candidato, sobretudo a sua caligrafia, a qualidade da sua ortografia e a sua sintaxe. Para que as questões sejam lícitas, tem de existir estreita e íntima relação com o cargo a ser exercido, ou seja, com o conteúdo objetivo da tarefa e a capacidade requerida para prestá-la¹⁶¹.

É necessário ter em atenção um elementar princípio de proporcionalidade que impõe que as perguntas formuladas ao candidato, quando intrusivas da sua vida privada, sejam proporcionais à importância que o aspecto tem para o desempenho normal da actividade. Mas, mais uma vez, há que atender que se trata de situações excepcionais e que a regra geral é a da total irrelevância da vida privada do trabalhador na valoração da sua aptidão profissional e que, por isso, se o empregador pode realizar questionários para averiguar da capacidade dos candidatos, não pode efectuar perguntas que excedam o necessário para obter este fim, sendo-lhe proibido imiscuir-se na esfera privada destes¹⁶².

GOÑI SEIN estende esta exceção aos diretores, caixas de banco e trabalhadores domésticos¹⁶³.

Em observância ao artigo 5º, X, da Constituição Federal, os esclarecimentos e as informações requeridas nos questionários devem limitar-se à formação profissional do candidato, sob pena de ferir o direito à intimidade e à privacidade do trabalhador.

PACHÉS sugere que os questionários sejam controlados pelos representantes dos trabalhadores com o objetivo de comprovar a licitude das perguntas que se formulam, verificando se alguma delas é ofensiva à intimidade e à vida privada ou de qualquer outro direito fundamental¹⁶⁴.

Os testes psicológicos estão sendo utilizados cada vez mais pelas empresas, quer diretamente, quer

158 Op. cit., p. 186.

159 Apud MOREIRA, *ibid.* p. 151.

160 SIMÓN, *op. cit.*, p. 168-169.

161 MOREIRA, *op. cit.*, p. 187-188.

162 *Ibid.*, p. 188.

163 Apud MOREIRA, *ibid.*, p. 188.

164 Apud MOREIRA, *ibid.*, p. 190.

por empresas especializadas nestes tipos de testes. Através destes testes, o empregador pode conhecer não só a capacidade do candidato para o posto de trabalho mas, também, características da sua personalidade, atingindo assim, a esfera da vida privada¹⁶⁵.

Estes testes destinam-se a avaliar a inteligência, raciocínio, interesse, personalidade do candidato e, geralmente objetivam a aferir não só a sua aptidão para realizar tarefa, mas também, suas características psíquicas. Devem ser realizados por psicólogos devidamente habilitados, e desde que os dados em questão não se possam obter por outro procedimento, como diplomas ou certificados. O resultado deve ser relatado ao empregador apenas aspectos que têm relevância, ou seja, a capacidade profissional ou psicológica para executar a função, evitando-se elementos detalhados e muito pessoais¹⁶⁶.

Para MOREIRA estes testes podem ser utilizados excepcionalmente, quando certos fatores da personalidade do candidato representem requisitos para a correta execução do trabalho, e desde que este seja o único meio para aferir a sua eventual aptidão. Cita, como exemplo, a aplicação do teste psicológico para avaliar a estabilidade emocional de um piloto de avião, eis que ele poderá passar por situações em que aquela seja colocada em causa. Para a autora deve ser observado os seguintes requisitos: primeiro, o candidato deve concordar com a realização do teste; segundo, deve-se comunicar ao candidato a maneira como se vai desenrolar o teste e qual o fim pretendido; terceiro, o candidato ao trabalho deve ser previamente avisado das qualidades psicofísicas necessárias e requeridas para a correta realização da atividade profissional, para que possa comprovar se está capacitado para superar essa prova; e, quarto requisito, é que estes testes sejam realizados por profissionais especializados, garantindo, desta maneira, que os resultados obtidos sejam analisados com base em critérios profissionais. Se o candidato for excluído do processo seletivo, o psicólogo que realizou o exame tem obrigação de destruir todos os dados que recolheu durante os testes, sob pena de realização de um armazenamento ilícito de dados que só dizem respeito à pessoa do trabalhador¹⁶⁷.

FREITAS explica que práticas ofensivas e humilhantes são usadas por grandes empresas, com a pseudojustificativa de estarem simulando o atual ambiente de stress, no qual todos devem acostumar-se a dar respostas rápidas e não entrar em pânico. “Perguntas imorais, insinuações sexuais e ofensivas à dignidade individual são utilizadas sem maiores pudores em nome de um empirismo perverso, que pretende verificar a capacidade de o candidato manter o sangue-frio e a passividade diante do estupro moral provocado por esses avaliadores”¹⁶⁸.

As provas grafológicas consistem no pedido, formulado ao candidato, para que escreva uma carta ou qualquer texto para que seja submetido a um exame que detecte os traços do seu caráter ou suas características psicológicas. Considera-se este tipo de teste ilícito porque permite ao empregador conhecer a personalidade do candidato sobre aspectos que não tem ligação direta com o emprego, ferindo o direito à intimidade e à vida privada, protegidos constitucionalmente¹⁶⁹.

Para BARROS a “grafologia implica intromissão ilegítima e por isso mesmo não poderá ser utilizada como critério de seleção, nem mesmo se precedida da aquiescência do candidato”¹⁷⁰.

O polígrafo ou detector de mentira é um aparelho de investigação que registra as variações emocionais involuntárias que se produzem num sujeito que se vê submetido a uma série de perguntas. Através deste instrumento comprova-se se uma pessoa está, ou não, a dizer a verdade quando questionada, baseando-se na “resposta galvânica da pele”, contudo, este teste apresenta uma fiabilidade de 80%, sendo que a margem de erro aumenta quando atender à detecção de respostas falsas¹⁷¹.

A jurisprudência brasileira, já admitiu o uso do polígrafo, ante o interesse público na preservação

165 MOREIRA, op. cit., p. 191.

166 BARROS, op. cit., p. 63.

167 Op. cit., p. 192-194.

168 Apud GUEDES, op. cit., p. 83.

169 MOREIRA, op. cit., p. 195.

170 Op. cit., p. 62.

171 MOREIRA, op. cit., p. 196.

da segurança. Determinou assim o acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região - “A subsunção do teste do polígrafo não tem por finalidade a salvaguarda do patrimônio da empresa, mas a segurança da população em geral e clientes em particular”¹⁷². Para MALLETT “O interesse público não justifica toda e qualquer quebra da intimidade, cuja salvaguarda é também de interesse público”¹⁷³.

a. Exames médicos e genéticos

O artigo 168 da CLT obriga que o empregador submeta o trabalhador à realização de exames médicos, no ensejo da admissão e da demissão, e também, periodicamente durante a relação de trabalho.

Para SIMÓN a relação de trabalho é uma relação onde uma das partes encontra-se numa posição privilegiada. Se, no momento da contratação, o candidato recusar-se a realizar os exames que lhe são solicitados, ele simplesmente não será contratado. A realização de exames médicos é uma verdadeira invasão da intimidade do indivíduo. Realizado no ensejo da contratação, dá ao empregador a possibilidade de conhecer o estado geral de saúde do seu futuro empregado, para verificar se este encontra-se apto a desenvolver a função para a qual está sendo contratado¹⁷⁴.

As atividades desenvolvidas pelos empregados fora do local e do horário de trabalho integram a sua esfera íntima e privada, e a realização de exames é procedimento que interfere diretamente na intimidade dos indivíduos, razão pela qual só pode ser exigida pelo empregador para verificação do estado geral de saúde de seus empregados, condicionando-se ao prévio conhecimento por parte destes dos tipos de exames que serão efetivados¹⁷⁵.

Neste sentido, afirma MOREIRA:

Ao empregador incumbe a obrigação de, no cumprimento da organização das atividades de segurança, higiene e saúde no trabalho, atender aos direitos de informação e consulta legalmente atribuídos aos trabalhadores (...) o que parece conduzir a defender a ideia de que o empregador deve avisar o trabalhador de todos os testes a que vai ser sujeito, explicando as razões da sua realização¹⁷⁶.

RUIZ MIGUEL defende que “o direito à intimidade corporal fica afetado quando se impõe ao indivíduo a obrigação de submeter-se a uma prova biológica”¹⁷⁷.

MALLETT afirma que há três categorias de exames médicos exigíveis do empregado: os obrigatórios, determinados pelo art. 168, da CLT; os permitidos; e, os proibidos, tais como, o exame para apuração de gravidez ou de esterilidade (Lei 9.029), e outros, que não estejam expressamente proibidos, mas que envolvam práticas discriminatórias, como, por exemplo, para apurar a origem étnica do empregado¹⁷⁸.

O empregador tem o dever de informar os tipos de exames que serão realizados. É imprescindível que os candidatos tomem ciência dos tipos de exames a que se submeterão, antes da realização dos mesmos, para que possam defender-se no caso de alguma prática discriminatória por parte do

172 SÃO PAULO. TRT - 2ª Região. 10ª Turma. Recurso Ordinário n. 00735200203602002. Relatora Juíza Vera Marta Publio Dias, Acórdão n. 20040242581. Publicado em DOE de 01.06.04. Disponível em: www.trt2.gov.br, Acessado em 29 nov. 2006.

173 Op. cit., p. 34.

174 SIMÓN, op. cit., p. 132-133.

175 Ibid., p. 143.

176 Op. cit., p. 215.

177 **La configuración constitucional del derecho a la intimidad**. Madrid: Tecnos, 1995, p. 81. Apud SIMÓN, op. cit., p. 132.

178 MALLETT, op. cit., p. 34-35.

empregador¹⁷⁹.

Os trabalhadores têm também o dever de cooperação com os empregadores, em decorrência da boa-fé que norteia a contratação, devendo na admissão, prestar informações que permitam avaliar a sua aptidão física e psíquica para o exercício das funções correspondentes à respectiva categoria profissional, bem como sobre fatos ou circunstâncias que visem garantir a segurança e a saúde dos trabalhadores, sendo reservada, ao médico do trabalho, a utilização da informação de natureza médica¹⁸⁰.

- a) Teste de gravidez: a possibilidade de exigir testes de gravidez das mulheres candidatas a um emprego encontrará óbices em dois valores fundamentais, no direito à intimidade e à vida privada e no direito de não-discriminação. Submeter a mulher a esse tipo de tratamento pela condição pura e simples de ser mulher, fere, portanto, o princípio da igualdade¹⁸¹.

A Lei 9.029/95, em seu artigo 2º, considera crime a prática da exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outra forma para demonstrar a esterilização ou a não gravidez, estipulando pena de detenção de 1 a 2 anos e multa.

É reconhecido o direito, à mulher, de não responder quando questionada sobre o seu estado de gravidez, tendo o direito de ocultar, podendo mesmo responder falsamente quando perguntada pelo empregador sem que possa considerar-se que existiu incumprimento de um dever pré-contratual. A possibilidade de mentir quanto ao estado de gravidez só deve ser aceita, em último caso, já que é obrigação das partes de atuarem de boa-fé. Mas a proibição não pode ser entendida em termos absolutos, será admitida a indagação quando o cargo a ser exercido for desaconselhado durante a gravidez¹⁸².

- b) Verificação do estado de enfermidade e acidente: a Súmula nº 15 do Tribunal Superior do Trabalho preceitua que a justificativa da falta deve ser feita através de atestado médico, observada a ordem preferencial estabelecida em lei. A ordem preferencial está estabelecida pelo § 2º, do artigo 6º, da Lei 605/49, a seguir transcrito:

Art. 6º. § 2º. A doença será comprovada mediante atestado de médico da instituição de previdência social a que estiver filiado o empregado, e, na falta deste e sucessivamente, de médico do Serviço Social do Comércio ou da Indústria; de médico da empresa ou por ela designado; de médico a serviço de repartição federal, estadual ou municipal, incumbida de assuntos de higiene ou de saúde pública; ou não existindo estes, na localidade em que trabalhar, de médico de sua escolha.

A Súmula nº 282 do Tribunal Superior do Trabalho determinou que a justificativa dos primeiros 15 dias de ausência do trabalho ficam a cargo do médico da empresa: “Nº 282 - ABONO DE FALTAS. SERVIÇO MÉDICO DA EMPRESA - Ao serviço médico da empresa ou ao mantido por esta última mediante convênio compete abonar os primeiros 15 (quinze) dias de ausência ao trabalho”¹⁸³.

Para SIMÓN “tanto a legislação como o entendimento jurisprudencial sobre a matéria não

179 SIMÓN, op. cit., p. 133.

180 MOREIRA, op. cit., p. 216.

181 SIMÓN, op. cit., p. 134.

182 MOREIRA, op. cit., p. 176-177.

183 BRASIL, Res. 15/1988, DJ 01/03/1988. Disponível em: www.tst.gov.br. Acesso em: 15/02/2007.

provocam substancial lesão à esfera íntima do empregado”¹⁸⁴.

- c) HIV – AIDS - SIDA: a Declaração da OMS/OIT proíbe a investigação do HIV/AIDS, na fase de contratação (processo seletivo). Assim, em virtude do direito à intimidade e à vida privada do trabalhador portador do vírus HIV, é vedado ao empregador exigir exame (investigação por meio direto), tanto no ensejo da contratação como durante o desenvolvimento da relação laboral; como também, não se admite a análise de comportamento (investigação por meio indireto) para verificação de hábitos, atitudes ou opções do trabalhador que o caracterizem como integrantes de determinado grupo de risco¹⁸⁵.

O estado de saúde de uma pessoa faz parte da sua vida privada e, por isso, tem de ser respeitado por todos. Na realização do teste da SIDA existem dois valores em jogo: o direito dos trabalhadores ou candidatos a preservar a sua intimidade e a impedir que se adquira conhecimento do seu estado de saúde, assim como o direito à não discriminação e, por outro, o dever empresarial de adoptar as medidas necessárias para proteger a saúde das pessoas, incluída a do próprio trabalhador, contra os riscos do seu agravamento¹⁸⁶.

A proibição deste tipo de teste não deve ser generalizada, existindo alguns casos em que parece racional a sua realização, ou seja, é legítima a realização do teste quando há risco real de contágio, casos como os profissionais do setor sanitário, médicos, paramédicos. Quando o direito à privacidade e à intimidade do candidato entra em conflito com o direito à saúde e à integridade física de terceiros. MOREIRA destaca que, mesmo nestes casos, deve-se respeitar as regras de confidencialidade e o direito à intimidade e, por esta razão, o médico da empresa, obrigado ao sigilo profissional, só deverá revelar a aptidão ou não do candidato para o trabalho. Para o empregador o que deverá ser relevante não é a doença mas a apreciação definitiva sobre a idoneidade profissional e, por isso, não é necessário colocar em conexão a falta de aptidão com os fatores patológicos que a provocaram¹⁸⁷.

- d) Exame genético: com os avanços da engenharia genética surgiu uma nova situação de risco ao direito à intimidade do empregado, isto porque, estabelecido o código genético da pessoa, é possível identificar enfermidades que futuramente podem vir a atacar o indivíduo, é neste ponto que o direito à intimidade do empregado é atacado.

Segundo nos explica SIMÓN o código genético de cada indivíduo está contido na molécula de DNA, e esta molécula, que forma os cromossomos, contém todas as informações sobre as etapas de nossa vida, dos nossos antepassados, as instruções que definem as nossas características físicas e dirigem a fabricação de proteínas¹⁸⁸.

Para MOREIRA é fácil imaginar-se quais as conseqüências da utilização das informações genéticas pelo empregador, principalmente na fase de acesso ao emprego. Os testes genéticos permitiriam ao empregador ter acesso a certas informações impossíveis de obter através das técnicas tradicionais, informações concernentes à possibilidade do candidato ao emprego ser portador de

184 Op. cit., p. 132-136.

185 SIMÓN, op. cit., p. 137-138.

186 MOREIRA, op. cit., p. 205.

187 Ibid., p. 206-207.

188 Op. cit., p. 139.

certas doenças ou simples anomalias hereditárias, ou se está predisposto a desenvolver certas doenças relacionadas com o ambiente de trabalho ou com substâncias ou materiais utilizados pela empresa, ou sobre eventual esterilidade da candidata e sobre a predisposição genética para contrair doenças degenerativas não hereditárias e não profissionais como diabetes, hipertensão, enfartes, etc.¹⁸⁹.

O empregador não poderá exigir dos candidatos ao emprego a realização de exames que tenham por objetivo identificar o código genético, sob pena de extrapolar o exercício do poder diretivo. Agindo desta maneira, estará invadindo a esfera íntima dos trabalhadores e poderá usar as informações obtidas para discriminar pessoas vítimas de alguma enfermidade, deixando de contratá-las¹⁹⁰.

A Resolução do Parlamento Europeu de 1989 solicitou a proibição legal de seleção de empregados baseada em critérios genéticos e de utilização geral de análises genéticas nos exames dos empregados, permitindo-os apenas para os cargos que implicassem riscos para a saúde¹⁹¹.

MOREIRA defende a proibição dos exames genéticos nos seguintes termos:

Defendemos que tendo em atenção a protecção da reserva da vida privada, que inclui o património genético duma pessoa e o direito à intimidade genética, e o princípio da boa fé, os exames genéticos devem ser, como regra geral, proibidos. (...) Também, perante perguntas sobre eventuais doenças familiares que em nada contendam com a relação laboral ou a sua eventual aptidão, poderá recusar responder ou falsear as respostas se esta for a única alternativa de salvaguardar os seus direitos fundamentais. Defende-se que não pode existir uma selecção genocrática, dividindo entre as pessoas que estão geneticamente mais aptas e as geneticamente débeis¹⁹².

- e) Exame antidoping: a realização de um exame antidoping no empregado poderia indicar apenas o consumo eventual e esporádico do álcool ou de outras drogas, ou, mesmo em caso de dependência, não implica necessariamente o prejuízo da empresa¹⁹³.

AFIRMA MOREIRA QUE:

Do ponto de vista do empregador, a tendência é a da defesa da realização deste tipo de testes para aferir as reais condições dos trabalhadores, alegando que o alcoolismo e a toxicodependência têm inúmeras conseqüências negativas para a prestação de trabalho, diminuindo a produtividade, tornando-se o trabalhador um agente de risco para a empresa, pondo em causa a segurança no trabalho, individual e coletiva¹⁹⁴.

Conclui a autora que é uma conduta ilícita onde os empregadores, através da realização de testes médicos normais, indagam a serologia¹⁹⁵ dos mesmos e a dependência de algum tipo de substância estupefaciente. “São o fruto da desconfiança do empregador perante o candidato e que permitem

189 MOREIRA, op. cit., p. 211-212.

190 SIMÓN, op. cit., p. 141.

191 Ibid., p. 141.

192 MOREIRA, op. cit., p. 213.

193 SIMÓN, op. cit., p. 143.

194 MOREIRA, op. cit., p. 199.

195 Ciência que estuda as propriedades do soro sanguíneo, do ponto de vista químico e biológico, como agente terapêutico e de diagnóstico, nomeadamente nas reacções imunológicas. Disponível em: http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados.aspx. Acesso em: 19 mar. 2007.

decisões baseadas em factos que nada têm que ver com as capacidades profissionais das pessoas”¹⁹⁶.

RÓDENAS defende a proibição dos testes de detecção de drogas em todos os casos. Já MOREIRA defende que é possível a utilização em certos casos excepcionais, onde a especial natureza das funções impõe a utilização, como no caso dos esportistas e trabalhadores do setor de transportes¹⁹⁷.

2. Antecedentes criminais

Os empregadores podem ter interesse em verificar sobre os antecedentes criminais, tendo como justificativa a possibilidade das ações delituosas serem cometidas no local de trabalho.

Diante do art. 5º, XLV, da Constituição, é vedada qualquer indagação em torno de antecedentes criminais do empregado, inclusive de seus familiares, ascendentes ou descendentes, ainda que com ele residam ou mantenham relação estreita e próxima¹⁹⁸.

Para MOREIRA deve analisar-se o tipo da tarefa que o trabalhador vai realizar e a própria natureza da empresa só podendo solicitar-se aqueles antecedentes que tenham uma estreita conexão com a função a desempenhar. Esta circunstância não influencia a sua capacidade profissional, mas também não se pode impor ao empregador que não questione o trabalhador sobre este assunto. Pode aceitar-se que em certos casos muito especiais a requisição de certidão negativa de antecedentes criminais, indicando o fim e demonstrando o legítimo interesse¹⁹⁹.

BARROS considera a indagação indiscreta e implica intromissão na esfera pessoal do indivíduo, a não ser que a conduta delituosa tenha significado contratual, ou seja, guarde coerência com as obrigações que irá assumir²⁰⁰.

3. Listas negras

As listas negras consistem numa relação de trabalhadores rotulados como “conflituosos”, pelo trabalho desenvolvido em sindicatos ou por ter ingressado com ação na Justiça do Trabalho, e cuja contratação é recusada pelos empregadores.

Para a Coordenadoria da Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos do Ministério Público do Trabalho da 18ª Região ocorre a discriminação denominada “lista negra” quando um ex-empregado passa a compor o cadastro de informação da empresa pelo fato de ter exercitado o seu direito de petição ao reclamar seus direitos na Justiça do Trabalho²⁰¹.

A formação de cadastro de ex-empregados que entraram com ações na Justiça do Trabalho é ato discriminatório realizado por alguns empregadores. Tal ato tem por fim vedar o acesso dos ex-empregados ao mercado de trabalho, ou seja, a possibilidade de emprego fica condicionada à inexistência de ações judiciais movidas pelos candidatos, em evidente violação ao direito de ação dos trabalhadores, constitucionalmente assegurado (artigo 5º, XXXIV, “a”), bem como ao próprio direito do trabalho, direito social que é (artigo 6º, CF)²⁰².

Há casos em que o candidato é discriminado pelo simples fato de um parente – cônjuge, filhos, pai ou mãe – ter entrado com ação na Justiça do Trabalho. Os empregadores utilizam-se das seguintes práticas fraudulentas: busca de informações processuais disponibilizadas no sítio dos Tribunais Trabalhistas, com consulta formulada pelo nome da parte; solicitação ou pedido aos candidatos ao emprego de certidões negativas aos distribuidores trabalhistas; formação de listas prontas confeccionadas por empresas especializadas no assunto; obtenção de informações nas empresas

196 Op. cit., p. 200.

197 MOREIRA, op. cit., p. 201.

198 MALLETT, op. cit., p. 32.

199 Op. cit., p. 171.

200 Op. cit., p. 68.

201 Disponível em: <http://www.prt18.mpt.gov.br/codin/discriminacao/outras_formas.htm>. Acesso em: 20 ago. 2007.

202 MELO, Raimundo Simão. **Discriminação, lista negra e direito de ação**. In: MANNRICH, Nelson (Coord.). REVISTA DE DIREITO DO TRABALHO. São Paulo: Ed. RT, n. 109, janeiro-março. 2003, p. 179.

anteriores onde o candidato trabalhou, além de outras formas que não se consegue sequer detectá-las²⁰³.

Por evitar que os empregadores utilizem-se dos sítios dos Tribunais para discriminar os candidatos, o Procurador-Geral do Trabalho Dr. Guilherme Mastrichi Basso requereu providências ao Colendo Tribunal Superior do Trabalho, a qual foi prontamente aceita, sendo emitidas recomendações aos Tribunais Regionais Trabalhistas para que retirassem imediatamente de suas páginas da Internet a possibilidade de consulta processual pelo nome das partes. A consulta só pode ser realizada através do nome do advogado, pelo número da OAB, pelo número do processo, e, em alguns sítios, pelo nome da empresa reclamada²⁰⁴.

Quanto às certidões dos distribuidores, o Presidente do Tribunal Superior do Trabalho também expediu recomendações aos Tribunais Regionais para que somente emitam tais certidões mediante expressa indicação do motivo para o qual se destina.

A Portaria n.º 41, de 28/03/2007, do Ministério do Trabalho, proíbe, em seu artigo 1º, o empregador exigir quaisquer documentos discriminatórios ou obstativos para a contratação, especialmente certidão negativa de reclamatória trabalhista.

O Ministério Público do Trabalho vem atuando em todo o Brasil mediante a instauração de Inquéritos Cíveis para apuração de denúncias e obtenção de termos de ajustamento de conduta por parte dos empregadores responsáveis e, não sendo possíveis estes, ajuizando Ações Cíveis Públicas em que busca o cumprimento de obrigação de não fazer e indenização coletiva genérica por danos materiais e morais causados aos direitos e interesses difusos e coletivos. O Ministério do Trabalho e do Emprego também vem trabalhando para coibir esta prática discriminatória.

O Ministério Público do Trabalho - Procuradoria Regional do Trabalho da 9ª Região ingressou, em dezembro de 2002, com Ação Civil Pública n.º 06/2002 em face de uma empresa sediada na Capital que utilizava e comercializava "listas negras", com objetivo de impedir o acesso ao trabalho de pessoas que ingressaram com ações na Justiça do Trabalho.

Dos fatos narrados na petição inicial da referida Ação Civil Pública, tem-se que os formulários eram utilizados e comercializados para que as informações tivessem a serventia de barrar o processo de contratação de candidatos a emprego que haviam acionado o Judiciário Trabalhista.

No corpo da petição inicial, com sabedoria a Procuradora do Trabalho Cristiane M. Sbalqueiro Lopes, esclarece que:

não pode, em nome do poder diretivo ou disciplinar, pretender o empregador ou ex-empregador perseguir seus ex-empregados, obstando-lhes o acesso e permanência em outros empregos.

Também, não pode discriminar candidatos a emprego por terem exercido o direito de ação, que é assegurado constitucionalmente (art. 5º, inciso XXXV) ou dispensar seus empregados, porque exerceram esse direito em face de terceiros, ou porque testemunharam em Juízo em favor de ex-colegas de trabalho, ou porque têm seus nomes vinculados a alguma espécie de registro criminal²⁰⁵.

Outro caso visto em nossos tribunais foi de ex-empregado que entrou com ação de indenização por danos morais contra as empresas Coamo Agroindustrial Cooperativa e Employer Organização de Recursos Humanos por ter seu nome incluído em "lista negra". Em sua exordial, alegou que estava

203 MELO, R., op.cit., p. 179.

204 Idem., p. 180-181.

205 Disponível em: <http://www.trt9.gov.br/movimentacao/mostra_documento.asp?dt_publicacao=11/05/2005&ds_publicacao=SENTENÇA&tp_publicacao=Atas>. Acesso em: 20 mar. 2007.

desempregado e, soube, por amigos, da existência de uma “lista negra”, elaborada pela Employer, onde constavam os nomes de ex-empregados de várias empresas que ajuizaram reclamações trabalhistas contra seus empregadores ou serviram de testemunhas contra estes. A “lista negra” foi descoberta e denunciada pelo Ministério Público do Trabalho, contendo cerca de sete mil nomes, inclusive o do autor da ação²⁰⁶.

O Ministério Público do Trabalho da 9ª Região também ingressou com uma Ação Cautelar de Busca e Apreensão contra a empresa Employer Organização de Recursos Humanos Ltda. consubstanciada na denúncia formalizada no Procedimento Investigatório 568/02²⁰⁷.

Este não foi o primeiro caso de dano moral envolvendo estas empresas. A 4ª Turma do TST julgou processo idêntico (RR 335/2003-091-09-00.1)²⁰⁸.

Nas palavras de MELO:

não é possível que entre tantas fraudes contra os direitos dos trabalhadores, admita-se que aquele que busca perante o Judiciário a solução de um conflito provocado pelo descumprimento da legislação trabalhista, usando do direito fundamental de ação, seja punido quando procura usufruir de outro fundamental direito – o direito ao emprego –, pois deve-se punir qualquer forma de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, como assegura a Constituição Federal (art. 5º, XLI)²⁰⁹.

4. Fiscalização do comportamento

Os chamados hábitos reprováveis, considerados como aqueles estilos de vida repudiados socialmente ou rejeitados por grandes setores da população, num primeiro momento, só poderão ser objeto de ‘controle’ por parte do empregador se estiverem influenciando, de forma direta, o trabalho desenvolvido pelo empregado²¹⁰.

- a) Investigações particulares: é comum a prática das empresas em contratar detetives particulares, para “investigar” seus futuros empregados. Por não ser ainda empregado da empresa, e não ter o fundado receio de ter cometido um ilícito penal contra a mesma, a justificativa adotada pelos empregadores é a natureza da função pela qual está sendo contratado, a empresa precisa ter plena confiança no caráter do seu futuro empregado. Neste caso, a contratação só seria lícita se o candidato fosse previamente avisado da sua realização, dando-lhe oportunidade para desistir do processo seletivo²¹¹.
- b) Hábitos pessoais e familiares: afirma SIMÓN que

Tudo o que diz respeito aos hábitos pessoais e familiares do trabalhador

206 Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 20 ago. 2007.

207 Ação cautelar de busca e apreensão com pedido de liminar disponível em: <<http://www.prt14.mpt.gov.br/1/Medida%20Cautelar/Busca%20e%20apreens%3o/cautelar%20list%20negra.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2007.

208 Empresa de RH paga dano moral por manter lista discriminatória. **Ministério Público do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.prt23.mpt.gov.br/noticia/noticiatem.php?parid=2096>>. Acesso em: 20 ago. 2007.

209 Op. cit., p. 181.

210 SIMÓN, op. cit., p. 178.

211 Ibid., p. 179-181.

representa matéria atinente à sua esfera íntima e privada, razão pela qual o poder de controle do empregador não poderá incidir sobre esses hábitos. Assim, assuntos absolutamente alheios ao trabalho, seja do trabalhador já contratado, seja do candidato ao emprego, tais como opção sexual, com quem vive, se é casado, se tem dívidas, se possui antecedentes penais, se tem bom relacionamento com a família ou com os vizinhos, não são do interesse do empresário. A não ser, como saliente Del Valle Villar, que o conhecimento desses fatos “seja necessário para a ocupação do cargo para o qual é contratado, e, em tal caso, na averiguação de tais dados, o empregador aparece exercendo seu direito à livre contratação dos trabalhadores que lhe parecem objetivamente idôneos para levar a cabo o encargo profissional que se oferece”²¹².

5. Estado civil, opção religiosa, sexual, política e ideológica

Ninguém pode ser discriminado por razão do seu estado civil, o fato de estar casado, solteiro, viúvo, separado ou divorciado não deve ser considerado motivo para recusar a celebração de um contrato de trabalho. Embora o estado civil de uma pessoa fazer parte da vida pública, no sentido de que pode ser conhecido e divulgado publicamente, o seu conhecimento por parte do empregador é irrelevante²¹³.

Afirma MOREIRA “o estado civil é irrelevante para o empregador (...) juntamente com a proibição de discriminação em razão do estado civil, existe a proibição de os indagar sobre ele”²¹⁴.

Na medida em que se reconhece uma proibição para o empregador de inquirir o trabalhador, também se deve considerar o direito deste a não revelar ou mesmo a mentir quanto ao seu estado civil. Defende MOREIRA que “só em casos extremos existirá a possibilidade de mentir tendo em conta o princípio da boa fé que deve reger todas as fases da relação de trabalho”²¹⁵.

A sujeição da celebração de um contrato de trabalho das mulheres a cláusulas de celibato, ou seja, a cláusulas que condicionem a permanência da mulher no seu posto de trabalho ao seu estado civil (solteira), de tal forma que o contrato se suspende, ou mesmo, se extingue se elas se casarem é claramente ilegal. (...) o Tribunal de Apelação de Paris, contrariamente à tendência jurisprudencial anterior, declarou o despedimento abusivo e a nulidade de tal cláusula por atentar contra a liberdade de contrair matrimónio, referindo como razões para esta posição: ‘a) o direito ao matrimónio, constitui um direito fundamental que não pode limitar-se nem alienar-se; b) a não ser que

212 Ibid., p. 186.

213 MOREIRA, op. cit., p. 173.

214 Ibid., p. 173.

215 Ibid., p. 174.

concorram razões suficientes, provadas, lógicas e razoáveis, para um caso concreto, toda a cláusula de celibato contida em contratos individuais de trabalho ou em convenções colectivas deve ser anulada por contrária àquele direito; c) o empregador não tem competência para julgar as supostas dificuldades familiares, se é que estas existem, que para a trabalhadora possam derivar do seu casamento; d) não é válida a alegação de que o casamento se repercute na produtividade da trabalhadora se não for provada”²¹⁶.

Quanto à opção religiosa, política e ideológica tem-se que ninguém pode ser obrigado a referir qual a sua ideologia, religião ou crença e estas não podem ter qualquer repercussão no momento da contratação, ou seja, não pode o empregador basear-se nelas para recusar um determinado trabalhador²¹⁷.

A liberdade de crença está protegida em nosso ordenamento jurídico no artigo 5º, VIII, da Constituição Federal, que assim prescreve - “Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

A liberdade de pensamento abrange todas as vertentes: opiniões filosóficas, políticas, sindicais e crenças religiosas. E ao empregador é vedado questionar o trabalhador sobre estes aspectos e, se o fizer, este não está obrigado a responder.

É vedada, em face do princípio da liberdade sindical, a formalização de cláusula anti-sindical nos contratos de trabalho, impedindo que o trabalhador filie-se ou deixe de ser membro daquele a que pertence, assim como pelo compromisso de não realizar qualquer atividade sindical²¹⁸.

Para MOREIRA “a medida mais efectiva que um ordenamento jurídico pode adoptar para garantir a não discriminação por motivos ideológicos no acesso ao emprego é proibir ao empregador qualquer indagação sobre a ideologia ou as crenças dos trabalhadores”²¹⁹.

Organizações de tendências - são aquelas entidades empregadoras que, por sua própria natureza, possuem uma determinada e específica linha ideológica, filosófica ou religiosa, tais como colégios religiosos, partidos políticos e sindicatos.

Afirma MOREIRA que, nestas organizações, dadas as peculiaridades das suas características, visto que desenvolvem um objetivo ideológico ou uma determinada crença, as informações sobre a ideologia e crenças do trabalhador possuem uma imediata e direta relevância na valoração da sua idoneidade para desenvolver determinadas funções. Considera a autora que estas entidades poderão investigar e valorar a ideologia e crenças dos trabalhadores, mas só na medida em que estes aspectos pessoais sejam imprescindíveis para o correto desenvolvimento da tarefa a que vão ser destinados. Esta possibilidade de indagação só deve existir nas denominadas tarefas de tendência, ou seja, naquelas tarefas em que o cumprimento da prestação laboral se identifica com a realização dos valores ideais em que a organização se baseia, e são proibidas nas tarefas neutras, ou seja, naquelas tarefas que não requerem, para a sua execução profissional, a partilha da visão ideológica do empregador²²⁰.

Para BARROS a convicção política ou a fé religiosa do empregado devem estar em consonância com a orientação ideológica e crença difundidas pela organização empregadora, sem que tal fato implique atentado à liberdade de consciência do trabalhador. Contudo, as indagações sobre as opiniões ideológicas devem estender-se apenas aos que forem exercer tarefas cujo pensamento

216 MOREIRA, op. cit., p. 180.

217 Ibid., p. 158.

218 Ibid., p. 167.

219 Op. cit., p. 159.

220 Ibid., p. 168-169.

filosófico ou político seja indispensável ao desenvolvimento da organização²²¹.

Afirma SIMÓN que a “única hipótese que justificaria uma maior interferência na intimidade e na vida privada do trabalhador seria a de que seu pensamento influenciasse não no desenvolvimento da organização, mas diretamente na sua prestação de serviços”²²².

A conduta e a orientação sexuais das pessoas estão abrangidas no conceito de reserva da vida privada e fazem parte da esfera mais íntima do ser humano. É um direito de personalidade indisponível e irrevogável. Esta discriminação manifesta-se de forma visível através de questionários que, direta ou indiretamente, indagam sobre a conduta e a orientação sexuais do trabalhador. Qualquer atuação do empregador que indague sobre esses fatos é ilícita e ao trabalhador é legítimo recusar-se a responder, contudo, a falta de resposta envolverá riscos ao trabalhador, eis que poderá não ser contratado²²³.

Para MOREIRA não é a orientação sexual, mas sim a conduta sexual que impedirá, em certos casos, o acesso a um posto de trabalho ideológico, ou seja, quando aquela é manifestamente contrária à ideologia defendida pela organização de tendência. “Assim, por exemplo, não nos choca que uma padre seja questionado sobre a sua conduta sexual”²²⁴. Já para CHACARTEGUI JÁVEGA:

independentemente da natureza das tarefas, a orientação sexual das pessoas não pode ser considerada como uma condição pessoal que afecte a ideologia da empresa. Mesmo no caso das tarefas ideológicas o facto do trabalhador ser homossexual, bissexual ou transexual não impede que este tenha a qualificação profissional necessária para o correcto desempenho das funções. O único fundamento para impedir que uma pessoa possa ter acesso a um posto de trabalho de natureza ideológica é o de ter um comportamento que desacredite a ideologia da organização ou a credibilidade da mensagem que difunde e, por isso, defende que a orientação sexual não pode ser considerada como um factor a ter em atenção na altura da contratação²²⁵.

A Convenção n.º 181 da OIT, relativa a agências privadas de colocação, prevê em seu artigo 6.º que o tratamento de dados pessoais dos trabalhadores pelas agências de emprego privadas deve: a) ser efetuado em condições que protejam esses dados e respeitem a vida privada dos trabalhadores, de acordo com a legislação e a prática nacionais; b) limitar-se às questões que incidam sobre as qualificações profissionais e a experiência profissional dos trabalhadores visados e qualquer outra informação pertinente²²⁶.

A invasão da esfera privada do trabalhador pelo empregador durante o processo de seleção, causa dano ao direito a intimidade e a privacidade daquele, sendo devida uma indenização. Mesmo que o contrato de trabalho não seja formalizado, haverá responsabilidade pré-contratual por parte do empregador. Como se verá no tópico a seguir.

5. Tutela dos direitos de personalidade e a responsabilidade civil pré-contratual

221 Op. cit., p. 111. Apud SIMÓN, op. cit., p. 170-171.

222 Op. cit., p. 171.

223 MOREIRA, op. cit., p. 181-182.

224 Ibid., p. 183.

225 Apud MOREIRA, op. cit., p. 183.

226 Ibid., p. 219.

BARACAT destaca que o trabalho é o único meio lícito que a pessoa “despatrimonializada” possui para obter os meios necessários à sua subsistência. As negociações decorrentes deste contrato quando suscita, pelo comportamento objetivo, a confiança de que será efetivamente celebrado, é fonte de deveres e, por conseqüência, de responsabilidade para com a outra parte²²⁷. Não são todos os atos praticados durante as tratativas pré-contratuais que geram responsabilidade civil. É necessário a ocorrência de dano e do nexos causal entre o dano e o ato, ou omissão, imputável a um dos sujeitos da relação²²⁸.

Sempre que alguém sofre um dano em virtude de fato de outrem, surge a possibilidade de responsabilização civil do causador do dano. Cabe ao direito prever as situações em que os danos causados por uma pessoa a outra são juridicamente relevantes, ou seja, quando estão presentes todos os elementos configuradores do dever de indenizar, de modo que a vítima possa exigir do ofensor a reintegração ao *status quo ante* ou algum tipo de reparação do dano sofrido²²⁹.

JORGE NETO e CAVALCANTE ministram que:

A palavra - responsabilidade deriva do latim “*reparare*”, indicando restabelecer, restaurar, ou seja, denota a indenização do prejuízo causado. Se a natureza do bem lesado é de índole patrimonial ou moral, configura-se a responsabilidade civil. O fundamento deriva da expressão “*neminem laedere*” (não lesar o próximo)²³⁰.

Os autores conceituam responsabilidade civil como:

Conjunto de medidas que visam uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em função de ato próprio ou realizado por terceiro em relação ao qual seja responsável, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal²³¹.

A responsabilidade civil engloba tanto a responsabilidade contratual, ou seja, aquela proveniente da falta de cumprimento das obrigações oriundas dos contratos, incluindo os deveres acessórios de conduta, ou dos negócios unilaterais, ou ainda da lei, e a responsabilidade extracontratual, que é aquela que resulta da violação de direitos absolutos ou da prática de certos atos que, embora lícitos, causam prejuízo a outrem²³².

A responsabilidade extracontratual é a aquela oriunda da violação dos deveres gerais de abstenção,

227 Op. cit., p. 224.

228 Judith Martins-Costa. Apud BARACAT, *ibid.* p. 224.

229 PEREIRA, *op. cit.*, p. 7-8 e 98.

230 JORGE NETO, Francisco F.; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros P. **Responsabilidade e as relações do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998. p. 293.

231 *Ibid.*, p. 294.

232 VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. Vol. I. Ed. Livraria Almeida: Coimbra, 2000. p. 519-520.

omissão ou não ingerência, correspondentes aos direitos absolutos. São três, os núcleos abrangidos pela responsabilidade extracontratual, quais sejam: responsabilidade por fatos ilícitos; responsabilidade pelo risco e, responsabilidade por fatos lícitos²³³.

Já na responsabilidade contratual, é da própria natureza da relação jurídica a obrigação, de cada parte, de cumprir o que prometeu no contrato. O não-cumprimento da prestação acordada causa dano ao credor, que gera a incidência das regras de responsabilidade civil contratual. Porém, a responsabilidade civil contratual não se limita a tratar das conseqüências jurídicas da ausência de cumprimento das obrigações; surge também deveres acessórios, tais como, os deveres de proteção, de informação, de sigilo e de cuidado, que não necessitam estar expressamente previstos no contrato²³⁴.

PEREIRA afirma que ao lado das tradicionalmente reconhecidas responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual figura a responsabilidade civil pré-contratual. Este tipo de responsabilidade constitui um *tertium genus* na doutrina da responsabilidade civil, já que tanto os pressupostos de sua configuração, como os seus efeitos, divergem em relação aos dois outros tipos de responsabilidade tradicionalmente reconhecidos. O autor considera um “terceira via da responsabilidade civil”²³⁵.

A responsabilidade pré-contratual limita-se aos atos ou omissões, decorrentes das negociações, independentemente de ser efetivamente celebrado, ou não, o contrato de trabalho.

Para CUNHA a responsabilidade pré-contratual “consiste em uma obrigação de agir segundo as regras da boa-fé, sob pena de responsabilidade por danos que venham a ser causadas aos partícipes da relação estabelecida”²³⁶.

Na fase das tratativas não há ainda vínculo jurídico contratual entre as partes, portanto, não há prestação a ser cumprida. Para PEREIRA “esse simples fato poderia levar o exame de situações em que uma das partes das negociações causa danos à outra para a esfera da responsabilidade extracontratual”²³⁷.

Contudo, não cabem às tratativas preliminares do contrato as regras da responsabilidade civil extracontratual porque o contato havido entre as partes, em decorrência de estarem negociando com vistas à formação do contrato, não se assemelha ao simples contato social, que é característico das hipóteses de responsabilidade civil extracontratual²³⁸.

PEREIRA com sabedoria explica que:

O contato que as partes desenvolvem com a finalidade de discutirem as bases de um eventual negócio jurídico a ser constituído é **contato qualificado**. Embora não há ainda relação jurídica contratual – afastando a cogitação de responsabilidade civil contratual – entre as partes há, não obstante, deveres jurídicos qualificados, que fazem surgir entre elas uma **relação jurídica especial**, cuja configuração afasta os preceitos da responsabilidade civil extracontratual. (...) Em razão dessas considerações, surgiu a necessidade de se criar, ao lado da responsabilidade civil contratual e da responsabilidade civil extracontratual, um sistema próprio de regras de responsabilidade civil para

233 Ibid. p. 521-523.

234 PEREIRA, op. cit., p. 99.

235 PEREIRA, op. cit., p. 2.

236 CUNHA, Daniela Moura Ferreira. **Responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 37.

237 PEREIRA, op. cit., p. 100.

238 Ibid., p. 101.

os danos que uma pessoa causa à outra, durante o desenvolvimento de negociações tendentes à formação da relação jurídica contratual²³⁹.

A responsabilidade civil pré-contratual está prevista no Código Civil brasileiro no artigo 422. Este artigo é regra geral que consagra o princípio da boa-fé, a qual tem aplicabilidade à fase pré-contratual, como também à sua execução. Cria para os contraentes o dever, mesmo antes de estabelecido o contrato, de guardar os princípios de probidade e boa-fé²⁴⁰.

Afirma CUNHA que, segundo este artigo, as partes devem agir conforme a boa-fé também na pré-contratuação, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado, pelas partes, desde o período que antecede o contrato, até os efeitos por ele produzidos²⁴¹.

A simples ameaça de ofensa a direito de personalidade já é bastante para que se busque a devida proteção, sob a forma cautelar, como prevê o artigo 12, do Código Civil. Sobrevindo violação ao direito de personalidade, pode-se postular tanto que ela cesse, como ainda, reparação do dano, até mesmo, a rescisão motivada do contrato de trabalho (art. 483, “b”, da CLT)²⁴².

Quanto à informação que viole o direito à intimidade do emprego, poderá este postular condenação do empregador a que não se utilize do conhecimento obtido, como também, postular a destruição do registro em que continha a informação²⁴³.

Não há como medir monetariamente a extensão do dano sofrido. Aplicar analogicamente o artigo 478, da CLT (a de um mês de salário por ano de serviço), como parâmetro de fixação do valor da indenização, não é possível no caso da responsabilidade pré-contratual, porque a relação de emprego não foi formalizada, não há definição do salário, se quer tempo de serviço. É preciso levar em conta a relevância do direito violado, o grau de repreensibilidade da conduta do agente causador do dano e o caráter dissuasório da indenização, como afirma Estevão Mallet, “embora não perca a indenização a sua função reparatória, se reveste também de função punitiva”. Conclui-se que, havendo repetição da ofensa ao mesmo direito, deve elevar-se o valor da condenação, para que não se repita novamente²⁴⁴.

O valor da indenização a título de dano moral, não é estabelecido para deixar o trabalhador rico ou o empregador mais pobre. Na realidade trata-se de uma maneira de minorar a dor e o sofrimento pelo qual passou o trabalhador, com a discriminação sofrida durante as tratativas do contrato de trabalho.

Entretanto, nos termos da melhor orientação jurisprudencial, o arbitramento do dano moral deve ser apreciado ao inteiro arbítrio do juiz que, não obstante, em cada caso, deverá atender a repercussão econômica dele, a prova da dor e o grau de dolo ou culpa do ofensor.

6. Conclusão

O princípio da dignidade humana e os direitos de personalidade exigem a satisfação de um mínimo existencial, para que o indivíduo possa realizar-se enquanto pessoa. E este mínimo existencial não pode ser garantido sem um trabalho, um emprego. O trabalhador vende a sua força de trabalho para garantir a sua subsistência e de sua família.

É pela necessidade de ter um emprego, única forma do trabalhador conseguir sustentar-se, eis que

239 Ibid., p. 101.

240 PEREIRA, op. cit., p. 209.

241 CUNHA, op. cit., p. 38-9.

242 MALLET, op. cit., p. 36-37.

243 Ibid., p. 37.

244 Ibid., p. 38-41.

não é possuidor dos meios de produção, e na sociedade capitalista há dois grupos, os proprietários do meio de produção e os que vendem a sua força de trabalho em troca do salário, que o trabalhador no momento da admissão sujeita-se ou está submetido à violação dos direitos de personalidade, intimidade e privacidade, e a dignidade da pessoa humana.

Nesta fase pré-contratual o empregador utiliza-se de meios ofensivos à intimidade e à privacidade do trabalhador para selecionar e garantir, assim, uma melhor equipe de trabalho. E as razões que o levam a ter tal atitude é, às vezes, por discriminação, por não querer na sua empresa determinados empregados. Exclui, assim, do processo de seleção trabalhadores que não considera aptos, mas não por critérios técnicos ou vinculados ao trabalho a ser exercido, mas simplesmente porque não admite aquele “tipo” de trabalhador na sua empresa, ou por não ter “boa aparência”, ou por ter ajuizado ação na Justiça do Trabalho, ou por ser homossexual ou negro, por vários motivos o empregador poderá discriminar uma pessoa durante o processo seletivo.

A discriminação pode ser direta ou indireta. O empregador poderá demonstrar a atitude discriminatória abertamente, no anúncio de emprego, ou na pergunta proferida na entrevista. Ou indiretamente, não demonstra o real motivo que levou a eliminar o candidato ao emprego. Pelo estudo realizado, observou-se que em determinadas situações a invasão à privacidade e à intimidade do trabalhador por parte do empregador é lícita, até mesmo necessária. Quando a exigência está ligada a atividade a ser desenvolvida, é o que a doutrina conceitua como “necessidade do serviço”. São os casos apresentados como a proibição da grávida trabalhar em setor de Raio X, ou portador do vírus HIV no setor de saúde. Nestes, e noutros casos, é lícito o procedimento de controle pelo empregador. Cabe ressaltar que a pergunta ou o exame proferido deve estar estritamente vinculado a atividade a ser desenvolvida pelo empregado. Não sendo assim, ocorre o dano passível de indenização.

A responsabilidade pré-contratual, considerada um terceiro gênero pela doutrina, é a que rege a relação havida entre as partes. Contudo, o juiz deverá, no caso concreto, analisar a conduta do agente causador do dano, a extensão deste e o caráter dissuasório da indenização, para aferir a condenação.

Mesmo não havendo norma expressa que regulamente as tratativas do contrato de trabalho, as partes devem observar o princípio da boa-fé e agir com lealdade, honestidade e respeito, e principalmente respeitar a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ABREU, Fernanda Moreira de. **Depressão como doença do trabalho e suas repercussões**

jurídicas. São Paulo: LTr, 2005.

ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé no contrato de emprego.** São Paulo: LTr, 1996.

BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho.** São Paulo: LTr, 2003.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado.** São Paulo: LTr, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada.** São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Convenção nº 100: igualdade de remuneração. Convenção nº 111: discriminação no emprego e profissão.** 3ª tiragem. Brasília: TEM/GM, Assessoria Internacional, 2001.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Discriminação no trabalho.** São Paulo: LTr, 2002.

CUNHA, Daniela Moura Ferreira. **Responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações.** Coimbra: Almedina, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **União sexual: o preconceito & a justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos, a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem, versus a liberdade de expressão e informação.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, um ação afirmativa.** São Paulo: LTr, 2006.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. **Preconceito no trabalho e a discriminação por idade.** São Paulo: LTr, 2004.

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho.** São Paulo: LTr, 2003.

HEMETÉRIO, Rilma Aparecida. **Proibição da discriminação nas relações do trabalho.** Publicada no Juris Síntese nº 53. Maio/Jun. de 2005.

JORGE NETO, Francisco F.; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros P. **Responsabilidade e as relações do trabalho.** São Paulo: LTr, 1998.

LIMA FILHO, Francisco das C. **A discriminação do trabalhador no contrato de trabalho e o princípio constitucional da igualdade.** Publicada no Juris Síntese nº 30. Jul./Ago. de 2001.

LORENTZ, Lutiana Nacur. **A luta do direito contra a discriminação no trabalho.** Publicada na Síntese Trabalhista nº 146. Ago/2001.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Anúncios de empregos: discriminação e responsabilidades. **Juris Síntese.** São Paulo, n. 43, set./out. 2003, p. 36. CD-ROM.

MALLET, Estêvão. **Direito, trabalho e processo em transformação.** São Paulo: LTr, 2005.

MELO, Raimundo Simão. **Discriminação, lista negra e direito de ação.** In: MANNRICH, Nelson (Coord.). **REVISTA DE DIREITO DO TRABALHO.** São Paulo: Ed. RT, n. 109, janeiro-março. 2003.

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. **Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 100: igualdade de remuneração. Convenção nº 111: discriminação no emprego e profissão.** 3ª tiragem. Brasília: TEM/GM, Assessoria Internacional, 2001.

PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual; teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado.** São Paulo: LTr, 2000.

VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (coord.). **Discriminação: estudos.** São Paulo: LTr, 2000.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. Vol. I. Ed. Livraria Almeida: Coimbra, 2000.

Sites consultados:

1. <http://www.planalto.gov.br>
2. <http://www.socioambiental.org>
3. <http://www.comciencia.br>
4. <http://www.ibge.gov.br>
5. <http://www.direitoshumanos.usp.br>
6. <http://www.mp.ac.gov.br>
7. <http://jus2.uol.com.br>
8. <http://www.priberam.pt>
9. www.tst.gov.br
10. <http://www.trt02.gov.br>
11. <http://www.prt18.mpt.gov.br>
12. <http://www.trt9.gov.br>
13. <http://www.prt14.mpt.gov.br>
14. <http://www.prt23.mpt.gov.br>