



DEPARTAMENTO DE DIREITO

DOUTORAMENTO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**EXAMES TOXICOLÓGICOS NO AMBIENTE LABORAL:
compatibilização entre o direito à intimidade do trabalhador e o poder
diretivo do empregador**

Tese para obtenção do grau de Doutor em Direito

Autora: Carine Murta Nagem Cabral

Orientador: Professor Doutor Carlos Carranho Proença

Número do candidato: 20151862

Setembro de 2021

Lisboa

DEDICATÓRIA

Com todo meu amor, dedico esse trabalho, primeiramente, aos meus dois maiores tesouros: meus filhos Thiago e Arthur. Vocês são a razão maior de todo o meu esforço. Embora ainda pequenos, são grandes seres humanos.

Dedico, ainda, ao meu querido companheiro de vida, de sonhos e projetos: meu esposo Ézio.

Aos meus pais Tanus e Sônia e à minha irmã Tanise, por me apoiarem e me incentivarem sempre.

Aos queridos Jorge Leitão Leal, Ana, Gonzalo, Eva e Cristina, nossos familiares portugueses, que sempre receberam a mim e à minha família com todo carinho, em nossas diversas idas a Portugal;

Ao estimado Professor, grande incentivador de meus projetos e estudos, o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho do Brasil, Professor Doutor Mauricio Godinho Delgado. Grata por tantas lições e aprendizados. Vossa generosidade em compartilhar com tantos alunos os seus conhecimentos é uma atitude grandiosa.

E, com minha eterna gratidão, ao meu caro Professor Orientador, Dr. Carlos Carranho Proença, que, com suas sábias palavras, me conduziu de forma serena e confiante nos estudos e me aproximou ainda mais da querida cidade de Lisboa.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os docentes da UAL que tornaram possível esse projeto de doutoramento, aproximando ainda mais as culturas brasileira e portuguesa.

Após Portugal, minha vida se encheu ainda mais de luz, renovação, alegrias, estudos, entusiasmo e novos projetos. Meus sinceros agradecimentos.

“O trabalho é mutante: a cada gesto, em cada obra, há sempre um algo novo, que o homem extrai de si mesmo, e que – em troca – também recebe. A cada pequeno instante, não só o grão que o lavrador semeia como o próprio lavrador ganham e perdem alguns de seus traços.”¹

¹ MÁRCIO TÚLIO VIANA in AMADO, João Leal - *Trabalhar e amar. Poderes patronais, relações amorosas e direitos de personalidade dos trabalhadores*. Coimbra: GESTLEGAL, 2019. p. 14.

RESUMO

A presente tese de doutoramento pretende analisar a pertinência e os limites da realização dos exames toxicológicos no ambiente laboral dentro do contexto da preservação do direito à intimidade do trabalhador, de um lado, e o poder do empregador, de outro. Para isso, será realizado estudo de doutrina e jurisprudência do tema tanto no Brasil quanto em Portugal. A busca da preservação da vida e da saúde do trabalhador será tema central determinante nessa análise.

Palavras-chave: exames toxicológicos; direito do trabalho; poder diretivo; intimidade.

ABSTRACT

This doctoral thesis intends to analyze the pertinence and the limits of the performance of toxicological exams in the work environment within the context of the preservation of the right to intimacy of the worker, on the one hand, and the employer's power of employment, on the other. For this, a study of the doctrine and jurisprudence of the theme will be carried out both in Brazil and in Portugal. The search for the preservation of workers' life and health will be a central determinant theme in this analysis.

Keywords: toxicological exams; labor law; directive power; intimacy.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

INTRODUÇÃO	11
CONSIDERAÇÕES INICIAIS	11
RAZÕES DE ESCOLHA DO TEMA	14
QUESTÕES METODOLÓGICAS	19
DIVISÃO DOS CAPÍTULOS	19
 1 O CONSTITUCIONALISMO HUMANÍSTICO DO PÓS-GUERRA E O UNIVERSO DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR: DIRETRIZES CARDEAIS.....	21
1.1 O CONSTITUCIONALISMO HUMANÍSTICO DO PÓS-GUERRA	21
1.2 O CONSTITUCIONALISMO HUMANÍSTICO DO PÓS-GUERRA: DIRETRIZES CARDEAIS PARA O TRATAMENTO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ÂMBITO DO CONTRATO DE EMPREGO	31
1.2.1 Dignidade da pessoa humana	34
1.2.2 Centralidade da pessoa humana	38
1.2.3 Inviolabilidade do direito à vida	43
1.2.4 Igualdade e não discriminação	47
1.2.5 Direito à privacidade e o direito à intimidade	54
1.2.6 Direito à honra e imagem	60
 2 O CONSTITUCIONALISMO HUMANÍSTICO DO PÓS-GUERRA E OS NOVOS PARÂMETROS JURÍDICOS PARA O PODER do empregador: DIRETRIZES CARDEAIS	64
2.1 A INFLUÊNCIA DOS NOVOS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS NO PODER DO EMPREGADOR.....	64
2.1.1 Justiça social	66
2.1.2 Função social da propriedade	72
2.1.3 Função social do contrato	79
2.1.4 Valorização do trabalho e emprego	84
2.1.5 Princípio da segurança.....	90
2.1.6 Princípio do bem-estar individual e coletivo.....	94
 3 AS DIMENSÕES DO PODER do empregador E SEUS MECANISMOS CLÁSSICOS E MODERNOS DE ATUAÇÃO.....	97
3.1 CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO DO PODER DO EMPREGADOR.....	99
3.2 FUNDAMENTOS DO PODER DO EMPREGADOR	103
3.3 NATUREZA JURÍDICA DO PODER DO EMPREGADOR.....	106
3.4 ALCANCE DO PODER DO EMPREGADOR	109
3.4.1 Poder diretivo	109
3.4.2 Poder regulamentar	114
3.4.3 Poder de fiscalização	116
3.4.4 Poder disciplinar.....	120
3.5 LIMITES AO PODER DO EMPREGADOR	127
3.5.1 <i>Ius variandi</i> e <i>ius resistentiae</i>	128
 4 A ATUAÇÃO DO PODER DO EMPREGADOR NO CAMPO DO UNIVERSO DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR: POSSIBILIDADES E LIMITES JURÍDICOS	136

4.1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR NO DIREITO BRASILEIRO E NO DIREITO PORTUGUÊS	136
4.2 OS DIREITOS DE PERSONALIDADE DO EMPREGADOR.....	153
4.3 COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR E O PODER DO EMPREGADOR: POSSIBILIDADES E LIMITES	157
4.4 SITUAÇÕES FÁTICAS: APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE	162
4.4.1 Revistas íntimas e em pertences do empregado.....	168
4.4.2 Controlo de utilização dos banheiros.....	171
4.4.3 Controlo sobre a vida extralaboral	176
4.4.4 Interferência na aparência física e vestimenta	181
4.4.5 Interferência na vida pessoal amorosa	183
4.4.6 Interferência na liberdade religiosa.....	187
4.4.7 Controlo por meio de câmeras televisivas (<i>videovigilância</i>) e direito à imagem....	190
4.4.8 Proteção de dados pessoais dos empregados: o Regulamento Geral de Proteção de Dados na Europa e a Lei Geral de Proteção de dados pessoais no Brasil	195
4.4.9 Respeito ao direito do empregado ao esquecimento quanto aos seus dados pessoais	204
4.4.10 Controlo de correspondências, inclusive eletrônicas, e telefones	207
4.4.11 Controlo de acesso à internet e uso de equipamentos eletrônicos	214
4.4.12 Controlo do tempo e respeito ao “direito” à desconexão do trabalhador	217
4.4.13 Controlo sobre dados médicos do empregado	224
4.4.14 Critérios para seleção e admissão de pessoal.....	226
4.4.15 Outros.....	229
5 OS EXAMES TOXICOLÓGICOS NO MUNDO DO TRABALHO E OS DILEMAS DAS TENSÕES JURÍDICAS DECORRENTES.....	235
5.1 O PROBLEMA SOCIAL DA DEPENDÊNCIA DE ÁLCOOL E DROGAS: PERSPECTIVA MUNDIAL.....	236
5.2 TRATAMENTO GERAL DO TEMA NO ÂMBITO DA OIT.....	243
5.3 OS EXAMES TOXICOLÓGICOS NO AMBIENTE LABORAL: ANÁLISE DA REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA EXISTENTE NO DIREITO PORTUGUÊS.....	251
5.4 OS EXAMES TOXICOLÓGICOS NO AMBIENTE LABORAL: ANÁLISE DA REGULAMENTAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	266
5.5 O TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL DA POSSIBILIDADE DE SE REALIZAR EXAMES TOXICOLÓGICOS NO AMBIENTE DE TRABALHO	278
5.5.1 Portugal.....	278
5.5.2 Brasil.....	286
5.6 INTERFERÊNCIA DA UTILIZAÇÃO DE ÁLCOOL E DROGAS NO AMBIENTE DE TRABALHO SOB A ÓTICA DA SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHADOR E DE TERCEIROS	291
5.7 DIRETRIZES CARDEAIS PARA A REALIZAÇÃO DE EXAMES TOXICOLÓGICOS NO AMBIENTE DO TRABALHO	297
6 ELEMENTOS PARADIGMÁTICOS RELATIVOS À ANÁLISE JURÍDICA DAS SITUAÇÕES-LIMITE: POR UMA TEORIA DIRECIONAL, SOB A ÓTICA DA PRESERVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DO TRABALHADOR E DO DIREITO AO RECONHECIMENTO	303
6.1 O DIREITO DO EMPREGADO À SAÚDE	303

6.2 O DEVER DO EMPREGADOR DE ZELAR PELA SAÚDE DO TRABALHADOR..	318
6.3 ANÁLISE DE SITUAÇÕES-LIMITE: A CONTRAPOSIÇÃO ENTRE O PODER DO EMPREGADOR E SEU DEVER DE ZELAR PELA SAÚDE/SEGURANÇA DO TRABALHADOR E O DIREITO À INTIMIDADE DO EMPREGADO	325
6.4 POR UMA TEORIA DIRECIONAL SOB A ÓTICA DA PRESERVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DO TRABALHADOR E DO DIREITO AO RECONHECIMENTO	332
7 CONCLUSÃO	354
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	364

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANAC	– Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	– Agência Nacional de Telecomunicações
ARSO	– Atividade de Risco à Segurança Operacional na Aviação Civil
CCB	– Código Civil Brasileiro
CCP	– Código Civil Português
CEE	– Comunidade Económica Europeia
CID	– Código Internacional de Doenças (ICD – International Classification of Diseases)
CIPA	– Comissão Interna de Prevenção de Acidentes
CLT	– Consolidação das Leis do Trabalho
CNPD	– Comissão Nacional de Proteção de Dados
COPASA	– Companhia de Saneamento de Minas Gerais
CPB	– Código Penal Brasileiro
CPP	– Código Penal Português
CRFB	– Constituição da República Federativa do Brasil
CRP	– Constituição da República Portuguesa
CTP	– Código do Trabalho de Portugal
DUDH	– Declaração Universal dos Direitos Humanos
EPI	– Equipamento de Proteção Individual
ESP	– Especialista em transtornos mentais e de comportamento decorrentes do uso de substância psicoativa da empresa
ETSP	– Exame toxicológico de substâncias psicoativas
GPS	– Global Positioning System
LGPD	– Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais
LPSST	– Lei de Promoção da Segurança e Saúde no Trabalho
MTE	– Ministério do Trabalho e Emprego
NR	– Norma Regulamentadora
OIT	– Organização Internacional do Trabalho
OMS	– Organização Mundial de Saúde
ONU	– Organização das Nações Unidas
PCMSO	– Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional
PPRA	– Programa de Prevenção de Riscos Ambientais

PSSP	– Programa de prevenção do risco associado ao uso indevido de substâncias psicoativas na aviação civil
RBAC	– Regulamento Brasileiro da Aviação Civil
RGPD	– Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados
SESMT	– Serviço Especializado em Engenharia e Medicina do Trabalho
SST	– Serviço de Segurança do Trabalho
TST	– Tribunal Superior do Trabalho
UNDCP	– United Nations International Drug Control Programme
UNESCO	– Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

INTRODUÇÃO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema principal objeto da presente tese de doutoramento é a análise da pertinência e limites da realização dos exames toxicológicos no ambiente laboral, haja vista que a dependência química e alcóolica se enquadra, atualmente, como um problema de saúde mundial.

No ordenamento jurídico brasileiro e no português, ainda não há uma legislação específica que analise a licitude, ou não, da realização dos exames toxicológicos pelo empregador nos trabalhadores por ocasião dos processos admissionais e demissionais, exames periódicos, exames pós-acidentes, entre outros realizados no curso do contrato de trabalho.

No Direito brasileiro, há breve menção na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) sobre a obrigação do empregador de realizar exames médicos gerais nos seus empregados quando da admissão, demissão e periodicamente; e, quanto aos exames toxicológicos, há autorização expressa para a atividade de motorista profissional. Nesse viés, o artigo 168 do referido diploma legal preconiza que, quando se tratar de motorista profissional, serão exigidos exames toxicológicos previamente à admissão e por ocasião do despedimento, assegurado o direito à contraprova em caso de resultado positivo e garantida a confidencialidade dos resultados dos respectivos exames.²:

No Direito português, o Código do Trabalho de Portugal (CTP) optou por uma regulamentação mais geral no que diz respeito à realização de exames nos empregados, sem detalhar ou especificar o exame toxicológico.

Nesse viés, destaca-se o artigo 19º, *litteris*:

² “Art. 168. Será obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho:

I - na admissão;

II - na demissão;

III - periodicamente.

[...] §2º Outros exames complementares poderão ser exigidos, a critério médico, para apuração da capacidade ou aptidão física e mental do empregado para a função que deva exercer.

[...] §6º Serão exigidos exames toxicológicos, previamente à admissão e por ocasião do desligamento, quando se tratar de motorista profissional, assegurados o direito à contraprova em caso de resultado positivo e a confidencialidade dos resultados dos respectivos exames.

§7 Para os fins do disposto no §6º, será obrigatório exame toxicológico com janela de detecção mínima de 90 (noventa) dias, específico para substâncias psicoativas que causem dependência ou, comprovadamente, comprometam a capacidade de direção, podendo ser utilizado para essa finalidade o exame toxicológico previsto na Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, desde que realizados nos últimos 60 (sessenta) dias.” (DECRETO-LEI n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) [Em linha]. [Consult. 12 ago. 2019. Disponível em [www: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)]

“Art. 19º – Testes e exames médicos

I – Para além das situações previstas em legislação relativa a segurança e saúde no trabalho, o empregador não pode, para efeitos de admissão ou permanência no emprego, exigir a candidato a emprego ou a trabalhador a realização ou apresentação de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas, salvo quando estes tenham por finalidade a protecção e segurança do trabalhador ou de terceiros, ou quando particulares exigências inerentes à atividade o justifiquem, devendo em qualquer caso ser fornecida por escrito ao candidato a emprego ou trabalhador a respectiva fundamentação”.

Logo, de forma geral, a legislação trabalhista brasileira autoriza, de forma expressa, o exame toxicológico em motoristas profissionais, omitindo-se em relação às demais atividades, em que pese ser regularmente utilizado também no setor aeronáutico, por orientações da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC)³.

Por sua vez, a legislação portuguesa não menciona expressamente no Código do Trabalho de Portugal quanto aos exames toxicológicos, mas quando exames médicos tiverem por finalidade a protecção e segurança do próprio trabalhador ou de terceiros, ou seja, quando envolver situações de risco, admite que o empregador realize exames nos empregados, inclusive por ocasião de testes de admissão e permanência, para comprovação das condições físicas ou psíquicas.

Interessante observar que, mesmo em ditas situações, a legislação portuguesa exige que haja fundamentação por escrito ao trabalhador ou candidato ao emprego que justifique a exceção e proíbe qualquer discriminação ao assegurar, no artigo 24º do Código do Trabalho de Portugal, o direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho⁴.

A referida protecção à não discriminação também se encontra tutelada nas Constituições do Brasil e de Portugal, respectivamente nos artigos 3º, inciso IV, da CRFB (sendo um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, promover o bem-estar de todos sem

³ A respeito, *vide* ANAC - Regulamento Brasileiro de Aviação Civil n. 120: Programa de prevenção do risco associado ao uso indevido de substâncias psicoativas na aviação civil [Em linha]. Aprovado pela Resolução nº 190, de 31 de maio de 2011. Redação dada pela Resolução nº 326, de 10 de junho de 2014. [Consult. 25 out. 2018]. Disponível em WWW: https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/rbha-e-rbac/rbac/rbac-120/@@display-file/arquivo_norma/RBAC120EMD02.pdf

⁴ “Art. 24º – Direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho

I – O trabalhador ou candidato a emprego tem direito a igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção ou carreira profissionais e às condições de trabalho, não podendo ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, identidade de género, estado civil, situação familiar, situação económica, instrução, origem ou condição social, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica ou raça, território de origem, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical, devendo o Estado promover a igualdade de acesso a tais direitos.

Art. 25º – Proibição de discriminação

I – O empregador não pode praticar qualquer discriminação, directa ou indirecta, em razão nomeadamente dos factores referidos no n. 1º do artigo anterior.”(LEI n.º 7/2009 - Código do Trabalho [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>.)

preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação) e 26º da CRP (que garante a todos proteção legal contra quaisquer formas de discriminação).

Do exposto, observa-se que, apesar das menções na legislação trabalhista a respeito da realização de exames médicos em empregados, a celeuma relativa aos exames toxicológicos e seus contornos e consequências no ambiente laboral não se esgota com a orientação legal, como bem explicita AMADEU GUERRA⁵ em sua obra *A privacidade no local de trabalho*:

“Ou seja, tem-se colocado a questão de saber se os serviços de segurança, higiene e saúde podem submeter os trabalhadores a exames (v.g. sanguíneos) para verificação do consumo de droga, álcool ou diagnóstico de HIV. [...] em face dos perigos que o estado de embriaguez e toxicod dependência pode causar para o próprio e para terceiros, justifica-se que a entidade empregadora tenha cuidados especiais, em matéria de prevenção de acidentes de trabalho, cabendo aos serviços de higiene e medicina de trabalho fazer um acompanhamento integrado do trabalhador (481). Está em causa a protecção do trabalhador e, também, a protecção de terceiros (beneficiários da prestação do trabalhador ou colegas de trabalho) (482), que podem ver atingida a sua integridade física ou, até, a sua própria vida, em resultado de uma falta de cuidado ou falta de discernimento ocasional do trabalhador. (483)

Nestas circunstâncias, parece-nos ser legítimo submeter o trabalhador aos exames necessários no âmbito da alcoolemia ou consumo de droga, especialmente quando se perspectivem riscos para o trabalhador ou para terceiros”. (484)

O tratamento jurídico em ambos os ordenamentos jurídicos permite, pois, interpretações amplas; nesse cenário, inexistente segurança jurídica para os empregadores no que concerne à realização dos exames toxicológicos nos empregados, havendo, inclusive, situações de questionamentos judiciais a respeito da licitude dos procedimentos eventualmente adotados.

Por outro lado, a dependência química e alcóolica tem se tornado um problema de saúde mundial, sendo que grande parte dos dependentes se encontra atualmente empregada. Há dados que demonstram que o alcoolismo ou dependência química são fatores responsáveis por muitos acidentes ocorridos nas empresas.⁶

Nesse contexto, apesar de ser dever do empregador zelar pela saúde e segurança dos seus empregados, muitas vezes ele se depara com situações-limite em que, como detentor do poder de direção da atividade econômica, não pode desrespeitar a intimidade dos seus empregados.

⁵ GUERRA, Amadeu - *A privacidade no local de trabalho: as novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados. Uma abordagem ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 262-264.

⁶ A respeito, vide: ANÁLISES Toxicológicas e Programas de Prevenção do Uso de Álcool e outras drogas no ambiente de trabalho. In *Prevenção ao uso de álcool e outras drogas no ambiente de trabalho: conhecer para ajudar* [Em linha]. Brasília: Secretaria Nacional Antidrogas: Serviço Social da Indústria, 2008. Cap. 7, p. 108-119. [Consult. 25 out. 2019]. Disponível em WWW: https://www.uniad.org.br/images/stories/arquivos/Curso_SEAD_UFSC_SENAD_SESI.pdf. p. 110.

Sob essa ótica surgem os principais problemas que envolvem a realização dos exames toxicológicos no ambiente laboral, considerando-se que, apesar do direito dos empregados à intimidade, é dever do empregador zelar pela segurança e saúde daqueles, tendo este o poder diretivo para fazê-lo.

Entretanto o grande desafio que existe é a compatibilização entre tais direitos igualmente importantes na relação empregatícia, de forma a permitir uma atuação zelosa e preventiva pelo empregador no intuito de prevenir acidentes e zelar pela saúde de seus empregados sem, contudo, lhes agredir a esfera individual e privada.

Portanto, por meio de uma pesquisa a respeito do tema, da legislação existente e de precedentes tanto no Brasil quanto em Portugal, buscou-se analisar, com o presente trabalho, as possibilidades e limites jurídicos dos exames toxicológicos no ambiente laboral, com a proposição final de uma teoria própria para a compatibilização dos direitos fundamentais relacionados, sob a ótica do direito à saúde e reconhecimento do trabalhador dependente.

RAZÕES DE ESCOLHA DO TEMA

Observa-se que o acesso das pessoas às drogas e álcool tem se tornado cada vez mais fácil na atualidade nas diversas camadas da sociedade.

Por outro lado, as agruras da vida moderna acabam por gerar angústias de ordem pessoal que costumam conduzir o ser humano a buscar alternativas para *sair da realidade, esquecer seus problemas*. Não por acaso a utilização excessiva do álcool e drogas tem se tornado uma preocupação de ordem mundial⁷.

Note-se que, no setor dos desportos, existe uma grande preocupação em evitar a influência da utilização de tais drogas no desempenho do competidor, sendo uma realidade a realização de exames toxicológicos para verificar o uso de substâncias *proibidas* nessa área e em competições mundialmente conhecidas, como Campeonatos do Mundo, Olimpíadas.

Contudo, no âmbito da relação empregatícia, dúvidas persistem a respeito da legalidade do empregador de adotar tais exames nos seus empregados ou candidatos ao emprego, mormente em virtude do direito à intimidade deles.

Apesar do direito inerente da pessoa humana em manter sua vida privada e tudo que concerne à sua esfera íntima em confidencialidade, – *incluindo dados relativos ao seu estado*

⁷ A respeito, *vide*: ANÁLISES Toxicológicas e Programas de Prevenção do Uso de Álcool e outras drogas no ambiente de trabalho. In *Prevenção ao uso de álcool e outras drogas no ambiente de trabalho: conhecer para ajudar* [Em linha]. Brasília: Secretaria Nacional Antidrogas: Serviço Social da Indústria, 2008. Cap. 7 , p. 108-119. [Consult. 25 out. 2019]. Disponível em WWW: https://www.uniad.org.br/images/stories/arquivos/Curso_SEAD_UFSC_SENAD_SESI.pdf. p. 110.

de saúde e condições físicas –, observa-se que, no contexto da relação empregatícia, algumas vezes a situação prática vivenciada em determinado ambiente laboral exige cautela por parte do empregador, como nas atividades que envolvem risco para o próprio trabalhador ou para terceiros.

Em tais situações, enquanto de um lado está o poder-dever do empregador de adotar medidas para preservar a saúde e a vida dos seus empregados e de terceiros, de outro encontra-se a pessoa humana como detentora do direito à preservação da sua vida privada e intimidade.

Com efeito, no contexto da relação empregatícia, o empregador é dotado do poder de dirigir a atividade econômica que, no Brasil, encontra-se previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 2^o⁸ (denominado poder empregatício ou poder do empregador) e, em Portugal, no Código de Trabalho Português, em seus artigos 97^o a 99^o (poder de direção *lato sensu*).

Ocorre que, em algumas situações, o referido poder pode sofrer restrições; quando, por exemplo, se contrapõe aos direitos fundamentais dos empregados, tais como o direito à privacidade.

De fato, o direito à privacidade é um direito basilar do ser humano, assegurado tanto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), como na Constituição da República Portuguesa (CRP). Os referidos diplomas normativos estabelecem como direitos fundamentais o direito à privacidade e intimidade nos artigos 5^o, incisos X, e 26^o, respectivamente, *verbis*:

CRFB: “Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”¹⁰

⁸ “Art. 2^o– Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.” (DECRETO-LEI n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) [Em linha]. [Consult. 12 ago. 2019. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm).

⁹ “Art. 97.º - Poder de direção. Compete ao empregador estabelecer os termos em que o trabalho deve ser prestado, dentro dos limites decorrentes do contrato e das normas que o regem.”

“Art. 98.º - Poder disciplinar. O empregador tem poder disciplinar sobre o trabalhador ao seu serviço, enquanto vigorar o contrato de trabalho.”

“Art. 99.º - Regulamento interno da empresa. 1. O empregador pode elaborar regulamento interno da empresa sobre organização e disciplina do trabalho. [...]” (LEI n.º 7/2009 - Código do Trabalho [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>).

¹⁰ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

CRP: “Art. 26º 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. [...]”¹¹

A preservação da esfera privada e íntima do indivíduo é tão relevante que é objeto de expressa regulamentação na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)¹², que assim preceitua no artigo XII: “Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

É nesse cenário que se insere o debate acerca da possibilidade, ou não, de serem realizados exames toxicológicos nos empregados. De um lado, encontra-se o poder diretivo do empregador e, de outro, o direito dos empregados à preservação da sua intimidade.

Entretanto a questão não é tão simples quanto parece. Em realidade, existem diversas situações fáticas em que o empregador, detentor do seu poder diretivo/organizacional, deve zelar pela saúde dos seus empregados, por exemplo, aquelas que envolvem labor em atividades de risco.

Em tais situações, apesar do direito dos trabalhadores à preservação de sua esfera privada e de sua integridade física, fato é que direitos fundamentais igualmente importantes podem colidir com a intimidade do trabalhador.

Assim é que, em determinadas situações, justamente para preservar direitos maiores, como a vida e segurança dos próprios trabalhadores ou de terceiros, o empregador não só teria o direito de tomar medidas efetivas para assegurar isso no contexto do seu poder, – *muitas vezes em aparente contradição com a preservação da intimidade/privacidade dos empregados* –, quanto teria o dever de fazê-lo, sob pena de ser responsabilizado em casos de acidentes. Isso, contudo, não invalidaria nem retiraria a importância de um ou outro princípio no ordenamento jurídico, como explica MAURICIO GODINHO DELGADO¹³, *litteris*:

“A inviolabilidade moral da pessoa humana atinge também a *vida privada* dos indivíduos, inclusive sua *intimidade*. Tal dimensão protegida da dignidade do ser humano pode, obviamente, também manifestar efeitos na seara juslaborativa. (...) No plano justalaborista, essa dimensão do princípio da inviolabilidade do direito à vida (respeito à privacidade e intimidade do indivíduo) tem produzido tensões relativamente comuns, concernentes a situações fáticas submetidas à atuação do poder diretivo e fiscalizador empresarial. O reconhecimento da existência de tal zona de

¹¹ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de 1976 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaorepublikaportuguesa.aspx>

¹² DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos [Em linha]. [1948]. [Consult. 24 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf

¹³ DELGADO, Mauricio Godinho - *Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 5.ª ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 54-55.

tensão não implica a invalidação de qualquer das duas esferas (a obreira e a empresarial), conduzindo, preferentemente, à razoável, proporcional e justa adequação entre elas.

Fica bem claro que nesta zona de tensão entre princípios e prerrogativas aparentemente conflitantes, as diretrizes jurídicas cardeais da proporcionalidade, da razoabilidade, do exercício regular e não abusivo do direito, todas, em conjunto, devem iluminar o intérprete conclusivo do Direito no tocante ao correto enquadramento jurídico da situação enfrentada. É que não há princípio nem direito absoluto na ordem jurídica; embora possa haver até mesmo certa prevalência e gradação entre eles, isso não significa que, regra geral, não devam todos ser exercidos na justa proporção. Em consequência, não podem ser tidos como absolutos nem o princípio protetor da privacidade e intimidade do empregado, nem as prerrogativas empresariais de direção, fiscalização e punição”.

Em sentido similar, esclarece STELA BARBAS¹⁴ em sua obra *Direito do Genoma Humano*:

“Quando há um conflito entre o dever de defesa do interesse do paciente (no sigilo médico) e o dever de assistência médica a pessoas cuja saúde esteja em perigo deve prevalecer esse dever. Para ilustrar esta colisão de direitos, chamo à colação o preceituado artigo 2º (Primado do ser humano) da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biometria e o previsto no artigo 26º (Restrições ao exercício dos direitos) do mesmo Diploma. Nos termos desta disposição, o exercício dos direitos e as disposições de protecção consagrados na Convenção (778) podem ser objeto de restrições previstas na lei que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança pública, a prevenção de infrações penais, a protecção da saúde pública ou a salvaguarda dos direitos e liberdades de terceiros”.

Quanto à realização de exames toxicológicos no ambiente do trabalho e suas consequências jurídicas, observa-se que o tema é ainda controverso, sendo que há diversos aspectos que podem contribuir para o aprofundamento do estudo quanto ao mesmo, sempre tendo como base a pessoa humana, sua centralidade e dignidade, intrínsecas ao Estado Democrático de Direito.

Afinal, qualquer debate jurídico deve ter sempre em foco a dignidade da pessoa humana, que, nos dizeres de PAULO OTERO¹⁵:

“(…) é a dignidade do ser humano: de todo e qualquer ser humano individual e concreto, em qualquer circunstância e em qualquer fase da sua existência, isto independentemente de ser titular de direitos ou encontrar-se adstrito a obrigações”.

Com propriedade, não se pode olvidar que a dignidade e a centralidade da pessoa humana são fundamentos básicos nas Constituições atuais, inclusive, como não poderia deixar de ser, na brasileira e na portuguesa.

¹⁴ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - *Direito do Genoma Humano*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 411.

¹⁵ OTERO, Paulo - Pessoa Humana e Constituição: contributo para uma concepção personalista do Direito Constitucional. In CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara, coord. - *Pessoa Humana e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 377.

No Brasil, a dignidade da pessoa humana encontra-se regulada no artigo 1º, inciso III, da CRFB, ou seja, no início do diploma normativo, o que comprova o destaque que tal conceito possui frente aos demais ali estabelecidos¹⁶.

Em Portugal, a dignidade da pessoa humana também é pilar fundamental da República soberana, tal como exposto no artigo 1º da CRP¹⁷, que assim dispõe:

“Artigo 1.º
República Portuguesa
Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

De igual forma, o preâmbulo da DUDH¹⁸, aprovada em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, preconiza o reconhecimento da dignidade como inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis, sendo ela fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Por tal motivo, dada a relevância dos direitos fundamentais no constitucionalismo atual como diretrizes basilares para estudo do tema, buscamos, inicialmente, realizar estudos e incursões a respeito do constitucionalismo humanístico do pós-guerra e dos novos paradigmas impulsionados pelo Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, os princípios basilares que colidem são igualmente importantes, o que não raro gera dúvidas tanto no jurisdicionado quanto nos próprios julgadores na análise das situações fáticas existentes.

Portanto, pretendemos construir, no contexto do novo paradigma ditado pelo neoconstitucionalismo, uma teoria direcional para nortear o enfrentamento dessas questões, de forma a buscar respostas práticas concretas a respeito das possibilidades e dos limites da realização dos exames toxicológicos pelo empregador em seus empregados, nas diversas etapas da relação de emprego, inclusive nos exames admissionais.

Antes, foram analisadas questões relacionadas ao poder diretivo do empregador, – dentro dos novos paradigmas constitucionais da função social da propriedade, da justiça social e da centralidade da pessoa humana, entre outros princípios constitucionais –, em contraposição

¹⁶ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] a dignidade da pessoa humana.” (CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).

¹⁷ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de 1976 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoepublicaportuguesa.aspx>

¹⁸ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos [Em linha]. [1948]. [Consult. 24 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf

ao direito dos empregados dependentes de álcool e drogas de terem sua intimidade e saúde preservadas e, ainda, de não sofrerem discriminação.

A questão sob enfoque revelou-se instigante e desafiadora.

Por tais motivos, buscamos, por meio do trabalho acadêmico proposto, contribuir para o aprofundamento dessas situações de difícil resposta no meio jurídico, a fim de consolidar estudos e debates já efetuados sobre o tema, tanto no Brasil quanto em Portugal, bem como desenvolver uma teoria norteadora própria a respeito da licitude ou ilicitude da realização dos exames toxicológicos no ambiente do trabalho, sempre com foco na pessoa humana e sua dignidade.

QUESTÕES METODOLÓGICAS

A metodologia utilizada na elaboração da presente tese de doutoramento foi o estudo e aprofundamento do tema em livros, artigos e outros trabalhos científicos já produzidos, bem como o estudo de precedentes jurisprudenciais sobre o tema, empregando-se procedimentos comparativos, históricos e o estudo de casos.

Adotamos como técnica para a recolha de informações pesquisa bibliográfica e documental tanto em Portugal quanto no Brasil, tendo como referências principais doutrinas especializadas de juristas de renome, artigos jurídicos recentes sobre o tema, bem como legislação e jurisprudência em ambos os países.

DIVISÃO DOS CAPÍTULOS

Para melhor sistematização do tema proposto, a presente tese foi dividida em 6 capítulos principais.

No capítulo inaugural da tese foram feitas reflexões a respeito de como o neoconstitucionalismo fez desabrochar um novo campo de direitos afetos à personalidade, inaugurando uma nova era de direitos no quadro jurídico laboral, além dos direitos básicos outrora existentes, como férias, jornada *etc.*

No capítulo seguinte, foram feitas considerações a respeito dos impactos do constitucionalismo humanístico no poder empregatício ou do empregador, inaugurando novos paradigmas, como a função social da propriedade, a justiça social, entre outros.

Por sua vez, nos capítulos 3 e 4 da tese, foram analisados mais especificamente os poderes do empregador e situações rotineiras e atuais existentes no âmbito da relação laboral,

como situações relacionadas a revistas íntimas, fiscalização de *e-mails*, controlo de uso de meios de telecomunicação e informática.

Já no capítulo posterior, adentramos na análise específica dos exames toxicológicos no ambiente laboral para, em seguida, analisar situações-limite de contraposição entre o poder de direção do empregador, considerando-se inclusive seu dever de zelar pela saúde do trabalhador, e o direito à intimidade do empregado.

Por fim, para a construção de uma teoria direcional própria, no último capítulo, nos dedicamos a analisar a questão sob a ótica da compatibilização dos direitos ponderados e da preservação da saúde do trabalhador, tendo como ponto focal, na busca de uma solução pacificadora e norteadora de condutas futuras, o indivíduo e o direito do empregado dependente de ser reconhecido como tal e não ser discriminado.

Afinal, toda e qualquer contribuição na área de investigação e científica, assim como no âmbito das ciências jurídicas, deve sempre levar em conta que todos somos seres humanos e, independentemente das razões lógicas, jurídicas ou fáticas que fundamentem as construções acadêmicas, seremos sempre nós mesmos os criadores e, ao mesmo tempo, os destinatários finais das conclusões alcançadas, o que exige profundo respeito e responsabilidade no trato das questões postas em exame.

É sob essa perspectiva que apresentamos, a seguir, a consolidação dos estudos e as conclusões alcançadas, com a esperança de que possam contribuir para a ampliação do debate, a sistematização e a elaboração de diretrizes para a realização dos exames toxicológicos no ambiente laboral.

1 O CONSTITUCIONALISMO HUMANÍSTICO DO PÓS-GUERRA E O UNIVERSO DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR: DIRETRIZES CARDEAIS

As atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial fizeram surgir, após o seu término, um período humanístico em que o ser humano e sua dignidade passaram a nortear os diplomas constitucionais diversos, eclodindo um novo universo de direitos, inclusive para os trabalhadores. É o que se verá neste capítulo.

1.1 O CONSTITUCIONALISMO HUMANÍSTICO DO PÓS-GUERRA

“É pela consciência psicológica e moral que o homem fundamenta e constrói sua identidade enquanto ser humano, tornando-se verdadeiro representante de si, para melhor desenvolver suas potencialidades e direcionar sua própria história. Por meio de sua identidade, posiciona-se com autonomia na seara social revelando sua condição jurídica de sujeito de direitos e deveres”.¹⁹

O mundo não poderia se calar diante das atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial.

O ser humano, algumas vezes, necessita de fatores externos e impactantes para reagir, para posicionar-se, para expor novas ideias e pensamentos. O ciclo da vida diária, não raramente, nos impele a uma posição de inércia, de meros telespectadores.

Não obstante, é nos momentos de crise, de dificuldades e de adversidades que o ser humano costuma demonstrar toda a sua força como ser dotado de uma mente com enorme capacidade produtiva e todo o seu potencial criativo e reativo.

Foi em um desses momentos históricos que surgiu uma nova forma de pensar a Constituição como garantidora de direitos humanísticos, possuindo em seu cerne os direitos da pessoa humana e o Estado de Direito Democrático. Essa nova fase que permeou os sistemas jurídicos do pós-guerra ficou conhecida, no meio intelectual e acadêmico, como *neoconstitucionalismo*.

Todavia nenhum pensamento ou movimento novo surge de forma isolada, pelo contrário, “ocorre por meio da conjugação consensual ou conflituosa da ação dos sujeitos históricos”²⁰.

¹⁹ DELGADO, Gabriela Neves - Estado Democrático de Direito e Direito Fundamental ao Trabalho Digno. In DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves - *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4.^a ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 63 referindo-se à CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 13.^a ed. São Paulo: Ática, 2004. p. 130-132.

²⁰ DELGADO, Gabriela Neves - Os Paradigmas do Estado Constitucional Contemporâneo. In DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves - *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4.^a ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 18.

Nesse contexto, o *constitucionalismo humanístico* do pós-guerra não pode ser analisado ou estudado sem, antes, contextualizarmos seu surgimento.

Apesar de haver inúmeras possibilidades de abordagens históricas do surgimento do novo constitucionalismo que pressupõe, como figura central, a centralidade da pessoa humana, pedimos vênua para adotar, no presente trabalho, a sistematização sugerida por MAURICIO GODINHO DELGADO e GABRIELA NEVES DELGADO²¹, que estabelecem 3 marcos principais, quais sejam: (i) o paradigma do Estado Liberal de Direito, (ii) o paradigma do Estado Social de Direito e o (iii) paradigma do Estado Democrático de Direito.

Nesse viés, referidos autores lecionam ter sido a primeira fase – *a do Estado Liberal de Direito* – marcada pelos interesses da burguesia no século XIX que, num cenário de desenvolvimento económico contínuo pelas atividades da indústria, necessitava de mecanismos que garantissem maior liberdade e poderes a essa classe, com diminuição do poder e interferência do Estado no setor económico.

A referida fase opõe-se ao absolutismo, que, até então, vigorava de forma predominante; nesse sentido, mediante sucessivas revoluções burguesas ocorridas mormente na Inglaterra e França, deu-se início a um novo modelo de Estado. A liberdade passa a ser pressuposto essencial e a propriedade privada dos meios de produção ganha destaque.

No Estado Liberal de Direito, os direitos fundamentais, classificados como de primeira dimensão²², refletem o pensamento liberal burguês, sendo garantidores de uma zona de não interferência estatal na esfera individual, como mecanismo de defesa do indivíduo frente ao Estado. A atitude exigida ou esperada do Estado era de abstenção, e os direitos consagrados visavam tão somente defender os cidadãos da interferência daquele, considerados, nesse sentido, direitos ou liberdades negativas.²³ Direitos como liberdade e fraternidade enquadram-se nessa categoria e passam a fazer parte da ideologia predominante na época. A respeito dessa noção dos direitos fundamentais apenas como direitos de defesa em face ao potencial violador que seria o Estado, leciona JOSÉ JOÃO ABRANTES que “são pois, direitos absolutos, que só tem por limite os direitos iguais de todos os outros homens”²⁴.

²¹ Cf. DELGADO, Gabriela Neves - Os Paradigmas do Estado Constitucional Contemporâneo. In DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves - *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4.^a ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 19 e ss.

²² Cf. SARLET, Ingo Wolfgang - *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13.^a ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 46-47.

²³ Cf. ABRANTES, José João - *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, Lisboa: AAFDL, 1990. p. 10-11.

²⁴ *Idem*, *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 217.

Tal modelo, entretanto, acabou por produzir um desequilíbrio forte nas relações de poder entre os interesses da burguesia, cujo objetivo era produzir mais e mais, e os interesses da classe operária, que surgiu com o desenvolvimento contínuo da atividade industrial.

As disparidades contínuas desencadeadas pelo poder da burguesia em contraposição à força de trabalho não tardaram a gerar entre os trabalhadores um forte sentimento de “solidariedade e a afirmação da consciência de classe”²⁵.

A noção de riqueza e pobreza e de capitalismo monopolista ganha contorno relevante, afetando o modo de vida dos seres humanos e demonstrando que o mero discurso formal de liberdade e igualdade não garantia seu efetivo gozo²⁶. Nesse cenário, surgem os direitos fundamentais tidos como de segunda dimensão, cujo foco principal é a necessidade do Estado de assegurar a todos os indivíduos condições mínimas de vida, como saúde, educação, assistência social e trabalho.

Surge, então, o Estado Social de Direito.

Essa segunda fase, que eclodiu fortemente após a Primeira Guerra Mundial, teve como marcos iniciais a Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar, da Alemanha, de 1919. A criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), também em 1919, teve grande relevância para o Direito do Trabalho mundial²⁷. Surge “uma nova fase do capitalismo, que se caracteriza pelo intervencionismo do Estado e que visa estabelecer regras para atingir uma igualdade substancial de todos”²⁸, criando direitos sociais e estabelecendo um compromisso entre o capital e o trabalho.

Posteriormente, o surgimento de uma profunda crise nos Estados Unidos, com a quebra da Bolsa de Valores de Nova York em 1929, desencadeia um momento crítico do capitalismo, com repercussões em todo o mundo. Surge espaço para regimes totalitários, tais como o nazismo na Alemanha (1933-1945), o fascismo de Mussolini na Itália (1922-1943) e o salazarismo em Portugal (1932-1974).

²⁵ DELGADO, Gabriela Neves - Os Paradigmas do Estado Constitucional Contemporâneo. In DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves - *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4.^a ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 22.

²⁶ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang - *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13.^a ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 47.

²⁷ Conforme ARNALDO SÜSSEKIND: “No entanto, a grande fonte das constituições aprovadas entre as duas grandes guerras foi o Tratado de Versailles, que enumerou os princípios fundamentais do Direito do Trabalho e instituiu a Organização Internacional do Trabalho (OIT) para realizar estudos e elaborar convenções (tratados multilaterais) e recomendações destinadas a universalizar a justiça social.” (SÜSSEKIND, Arnaldo - *Direito Constitucional do Trabalho*. 2.^a ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 14).

²⁸ MOREIRA, Teresa Coelho - Crise e Direito do trabalho: um breve olhar sobre a atual função do Direito do trabalho. *Direito e Justiça*, 2015, **revistas.ucp.pt**. p. 546. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=teresa+coelho+moreira+das+revistas+aos+trabalhadores&btnG=

A crise do capitalismo e o fortalecimento de regimes totalitários acabam por desencadear a Segunda Guerra Mundial, cujas consequências devastadoras são indiretamente sentidas até os dias de hoje.

Os impactos desse conflito bélico, além de promoverem um “aprofundamento do processo de constitucionalização dos direitos sociais, com a incorporação dos princípios da dignidade do ser humano e da justiça social nas constituições vigentes”²⁹, acabaram por estimular novamente a prática intervencionista do Estado na economia, como suposta alternativa de reestabelecer a igualdade material.

Do Estado Liberal, em que prevalecia a liberdade de propriedade e a intervenção mínimas, evolui-se para um Estado Social, mais intervencionista e no qual a propriedade deve ser vinculada à sua função social.

Importante esclarecer, contudo, que, como alerta J.J. CANOTILHO³⁰, “os direitos sociais são caros”. Portanto, os direitos fundamentais de segunda geração, embora tenham dominado o século XX e sido introduzidos no constitucionalismo das diversas formas de Estado Social, nem sempre possuem eficácia na prática pelas próprias limitações de meios e recursos do Estado em promovê-los a todos os cidadãos, sendo, ainda nos dias atuais, uma realidade utópica na maioria dos países. A respeito, afirma PAULO BONAVIDES³¹:

“Da mesma maneira que os da primeira geração, esses direitos foram inicialmente objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico; uma vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra.

Mas passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos...”

Com efeito, vivenciados os efeitos da Segunda Guerra Mundial sobre os seres humanos e suas vidas, “já não se podia mais admitir o Estado nos moldes liberais clássicos de não intervenção”, como preleciona JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES³². Surgiu a

²⁹ DELGADO, Gabriela Neves - Os Paradigmas do Estado Constitucional Contemporâneo. In DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves - *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4.^a ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 26.

³⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes - O direito constitucional como ciência de direcção - o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da "constituição social") In CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha, coord. - *Direitos fundamentais sociais*. 2.^a edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 19.

³¹ BONAVIDES, Paulo - *Curso de Direito Constitucional*. 18.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 564.

³² MAGALHÃES, José Luiz Quadros de - *Direito Constitucional*. 2.^a ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 50.

necessidade de que fossem criados eficientes mecanismos para o estabelecimento e proteção de *um núcleo fundamental de Direitos Humanos Internacionais*³³.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, a pessoa humana e sua dignidade como foco central pode ser notada logo no preâmbulo³⁴.

Feitas essas considerações relevantes sobre os direitos sociais e estabelecidas, pois, as bases principais para a valorização da pessoa humana e direitos mínimos, estavam prontas as premissas para a evolução do paradigma constitucional do pós-guerra, cujo foco é o *Estado Democrático de Direito*, tal como preceitua a Constituição da República Brasileira de 1988 (CRFB), ou *Estado de Direito Democrático*, no conceito da Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP).

Na CRP³⁵, logo nos artigos 1º e 2º, os conceitos de Estado de Direito Democrático e de dignidade da pessoa humana emergem como fatores norteadores de todo o diploma legal:

“Artigo 1.º

República Portuguesa

Portugal é uma República soberana, baseada na **dignidade da pessoa humana** e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. [...]

“Artigo 2.º

Estado de direito democrático

A República Portuguesa é um **Estado de direito democrático**, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa”. (grifos nossos)

No mesmo sentido, os conceitos destacam-se na CRFB³⁶:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

³³ MAGALHÃES. José Luiz Quadros de - *Direito Constitucional*. 2.ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 50.

³⁴ “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.” (Preâmbulo da DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos [Em linha]. [1948]. [Consult. 24 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf).

³⁵ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de 1976 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoorepublicaportuguesa.aspx>

³⁶ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

Nesse ponto, importante estabelecer a distinção entre os conceitos *Democrático* e de *Direito* utilizados nas Constituições brasileira e portuguesa.

Discorrendo a respeito, ALEX SANDER XAVIER PIRES³⁷ afirma que, por *Estado de direito*, tem-se aquele que, “instituído e regulamentado pela Constituição, compromete-se em respeitar-lhe por todo o conteúdo”. Logo, deve respeitar tanto o procedimento para elaboração das demais normas (conteúdo formal), quanto garantir, também através do respeito, os direitos previstos em seu texto, inclusive mediante políticas públicas, o acesso dos indivíduos aos bens sociais (conteúdo material).

Por sua vez, continua PIRES, por *Estado democrático* pode-se entender aquele que “tem o indivíduo – enquanto núcleo do povo – como centro de atração do poder político”³⁸, detendo referido poder, que, transferido para os representantes por questões de gestão mediante o exercício regular do voto, resguarda, contudo, o direito de receber a fruição de tal gestão pública, “isto é, que as políticas públicas sejam implementadas de tal forma que retornem ao povo”³⁹.

Na CRFB, o conceito de *Estado Democrático de Direito* previsto no artigo 1º, funda-se, como preleciona DELGADO⁴⁰, em um *tripé conceitual* ou possui *natureza multidimensional*, sendo o primeiro a *pessoa humana e sua dignidade*, o segundo a *sociedade política, concebida como democrática e inclusiva* e, por fim, a *sociedade civil, também democrática e inclusiva*.

Destaca o autor que o conceito de democracia não se circunscreve à seara política, abrangendo, também, conceitos da vida social e econômica, *verbis*:

“A natureza de regime político da Democracia é inegável, porém ela não se circunscreve apenas a um temário e a uma realidade jungida à sociedade política. Ela é bem mais do que isso (embora esse primeiro aspecto destacado seja, de fato, muito importante). A Democracia, na verdade, abrange praticamente todos os aspectos da *vida social*, invadindo, inclusive, cada vez mais, a *seara econômica*. Nessa medida, o conceito ultrapassa bastante sua estrita dimensão política e institucional. Desse modo, é evidente a natureza multidimensional do fenômeno democrático”.⁴¹

³⁷ PIRES, Alex Sander Xavier - *Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais*. Rio de Janeiro: Projeto Pensar a Justiça, 2016. p. 226.

³⁸ *Idem*, p. 227.

³⁹ *Idem*, p. 227.

⁴⁰ DELGADO, Mauricio Godinho - Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho. In DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves - *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4.ª ed. São Paulo: LTr, 2017. Cap. II, p. 49.

⁴¹ *Idem*, p. 36.

Note-se que a democracia é conceito central e que, a partir de sua plena incorporação na sociedade, tanto nas esferas civis ou políticas, não só incentiva e propicia a inclusão das pessoas humanas, como permite formar a base para a sustentação da pessoa humana e sua dignidade no vértice da proteção constitucional⁴², dando suporte a todo o ordenamento jurídico.

Por sua vez, o Estado de Direito Democrático, fundamento da República Portuguesa, como previsto no artigo 2º da CRP de 1976, baseia-se na soberania popular, no pluralismo de expressão, na organização política democrática, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando à realização da democracia económica, social e cultural e ao aprofundamento da democracia participativa. Explicita PEDRO TROVÃO DO ROSÁRIO que “na democracia os governados determinam a atividade dos governantes, encontrando-se no constitucionalismo o princípio da soberania popular”⁴³.

Assim é que a República Portuguesa elege, como valor máximo, ser um Estado de Direito e, “ao <<decidir-se>> por um estado de direito a constituição visa conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a medida do direito”⁴⁴. Destarte, a lei constitucional possui supremacia, devendo tanto o legislador quanto os atos do Poder Público estarem em conformidade com seus preceitos, irradiando toda a sua força normativa pelo ordenamento jurídico⁴⁵.

Ainda no sistema português, segundo CANOTILHO, a Constituição não deixou dúvidas de que a dignidade da pessoa humana e os demais direitos fundamentais constituem sua base antropológica⁴⁶ e, ainda, “elemento básico para a realização do princípio democrático”⁴⁷. Com efeito,

“(…) o princípio democrático, constitucionalmente consagrado, é mais do que um *método* ou *técnica* de os governantes escolherem os governados, pois, como princípio normativo, considerado nos seus vários aspectos políticos, económicos, sociais e culturais, ele aspira a tornar-se *impulso dirigente* de uma sociedade”⁴⁸.

⁴² DELGADO, Mauricio Godinho - Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho. In DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves - *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4.ª ed. São Paulo: LTr, 2017. Cap. II, p. 37.

⁴³ ROSÁRIO, Pedro Trovão - Constitucionalismos e Democracias - um paradoxo? In ROSÁRIO, Pedro Trovão; DAL RI, Luciene; HAMMERSCHMIDT, Denise (Coord.) - *Direito Constitucional Luso e Brasileiro na Contemporaneidade*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 21.

⁴⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 243.

⁴⁵ *Idem*, p. 245-248.

⁴⁶ *Idem*, p. 248.

⁴⁷ *Idem*, p. 291.

⁴⁸ *Idem*, p. 288.

O *Estado Democrático de Direito* ou *Estado de Direito Democrático* é, pois, um marco para o constitucionalismo contemporâneo. Sob esse cenário, emergem, ao final do século XX, os denominados direitos de terceira dimensão ou difusos, entre os quais os direitos ao meio ambiente, à paz, à solidariedade e à fraternidade universais.⁴⁹

No âmbito europeu, afigura-se essencial, em relação aos direitos fundamentais do ser humano, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁵⁰ e, mais recentemente, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁵¹, consoante será detalhado adiante.

A respeito da evolução do sistema de proteção dos direitos fundamentais na União Europeia, CARLOS CARRANHO PROENÇA⁵², em sua obra intitulada *Tutela Jurisdicional Efetiva no Direito da União Europeia*, destaca que houve uma evolução paulatina e escalonada da consagração de referidos direitos.

De acordo com o autor, houve três vias principais para essa evolução, quais sejam: (i) uma primeira fase, em que havia omissão dos Tratados Comunitários quanto à necessidade de proteção dos direitos fundamentais; (ii) uma segunda fase, em que prevaleceu o ativismo judiciário do Tribunal de Justiça (TJ) perante a omissão dos Tratados relativamente à necessidade de proteção dos direitos fundamentais; e (iii), por fim, o método político de tutela dos direitos fundamentais iniciado no Tratado de Maastricht e reforçado por outros Tratados, inclusive pelo Tratado de Lisboa⁵³.

Como explicita PROENÇA, na primeira fase, “apesar da ordem jurídica europeia se alicerçar, desde o seu surgimento, no respeito pelos princípios da **liberdade**, da **democracia** e do **Estado de direito**”⁵⁴, não havia menção a eles nos Tratados de Paris e de Roma, cujo intuito era meramente económico da integração, dos direitos fundamentais.

Entretanto a evolução natural do processo de integração europeu acabou por desencadear a necessidade de algum tratamento ao tema, de forma que, nessa segunda fase,

⁴⁹ Cf. DELGADO, Mauricio Godinho - Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho. In DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves - *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4.ª ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 29.

⁵⁰ COUNCIL OF EUROPE - Convenção Europeia dos Direitos Humanos [Em linha]. (1950). Strasbourg: Council of Europe, [2014?]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf

⁵¹ CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000 [Em linha]. Atualizado pela entrada em vigor do Tratado de Lisboa [1º dez. 2009]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2012.326.01.0391.01.POR

⁵² PROENÇA, Carlos Carranho - *Tutela Jurisdicional Efetiva no Direito da União Europeia - Dimensões Teóricas e Práticas*. Lisboa: Editora Petrony, 2017. p. 249-313.

⁵³ *Idem*, p. 249-313.

⁵⁴ *Idem*, p. 250.

coube ao *ativismo judicial* do Tribunal de Justiça tratar a questão. Nesse sentido, os ensinamentos de PROENÇA⁵⁵, *litteris*:

“Na verdade, a paulatina ampliação das atribuições da primitiva CEE a matérias que extravasavam o domínio meramente económico, como as áreas social, educacional, cultural, ambiental e até política, implicou que aquela, agindo por intermédio das suas instituições, passasse a ser autora de atos que questionaram a compatibilidade com os direitos fundamentais previstos nas Constituições nacionais ou em instrumentos de direito internacional”.

O Tratado de Maastricht, que iniciou a terceira fase, referiu-se expressamente em seu texto que a União respeitará os Direitos Fundamentais, e determinou explicitamente a observância à Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 1950⁵⁶.

Entre outros temas, o Tratado de Maastricht abandonou o antigo conceito de pessoa humana como “mero agente económico ou mesmo simples fator de produção”⁵⁷, alçando-a ao “status de cidadão”⁵⁸.

Outrossim, mais recentemente, o Tratado de Lisboa fez expressa menção à adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁵⁹. Desse modo, os Estados passam a se submeter à jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, sendo que a Convenção Europeia dos Direitos Humanos deve ser respeitada por conter um *standard* mínimo de tutela de direitos fundamentais⁶⁰ formalmente reconhecidos pelos Estados membros.

Por fim, necessário destacar, ainda, outro importante instrumento que consagra a tutela dos direitos fundamentais no âmbito da União Europeia, qual seja, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁶¹. Trata-se de documento proclamado pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia, em 7 de dezembro de 2000, sendo vinculativo para todos os países da União Europeia, à exceção da Polónia e Reino Unido.

⁵⁵ PROENÇA, Carlos Carranho - *Tutela Jurisdicional Efetiva no Direito da União Europeia - Dimensões Teóricas e Práticas*. Lisboa: Editora Petrony, 2017. p. 253.

⁵⁶ *Idem*, p. 275.

⁵⁷ *Idem*, p. 277

⁵⁸ *Idem*, p. 277.

⁵⁹ CONVENÇÃO Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 1950. In *Convenção Europeia dos Direitos Humanos* [Em linha]. (1950). Strasbourg: Council of Europe, [2014?]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf

⁶⁰ A respeito, *vide* PROENÇA, Carlos Carranho *op. cit.*, p. 291.

⁶¹ CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000 [Em linha]. Atualizado pela entrada em vigor do Tratado de Lisboa [1º dez. 2009]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2012.326.01.0391.01.POR

Da mesma forma que ocorre com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, a Carta de Direitos Fundamentais contém um *plus* de direitos e liberdades fundamentais a serem protegidos e não um mínimo⁶², como pode se observar do preâmbulo, *litteris*:

“CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

O Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão proclamam solenemente como Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia o texto a seguir reproduzido.

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

Os povos da Europa, estabelecendo entre si uma união cada vez mais estreita, decidiram partilhar um futuro de paz, assente em valores comuns.

Consciente do seu património espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito. Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, segurança e justiça, coloca o ser humano no cerne da sua ação.

A União contribui para a preservação e o desenvolvimento destes valores comuns, no respeito pela diversidade das culturas e tradições dos povos da Europa, bem como da identidade nacional dos Estados-Membros e da organização dos seus poderes públicos aos níveis nacional, regional e local; procura promover um desenvolvimento equilibrado e duradouro e assegura a livre circulação das pessoas, dos serviços, dos bens e dos capitais, bem como a liberdade de estabelecimento.

Para o efeito, é necessário, conferindo-lhes maior visibilidade por meio de uma Carta, reforçar a proteção dos direitos fundamentais, à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica.

A presente Carta reafirma, no respeito pelas atribuições e competências da União e na observância do princípio da subsidiariedade, os direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-Membros, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, das Cartas Sociais aprovadas pela União e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Neste contexto, a Carta será interpretada pelos órgãos jurisdicionais da União e dos Estados-Membros tendo na devida conta as anotações elaboradas sob a autoridade do Praesidium da Convenção que redigiu a Carta e atualizadas sob a responsabilidade do Praesidium da Convenção Europeia.

O gozo destes direitos implica responsabilidades e deveres, tanto para com as outras pessoas individualmente consideradas, como para com a comunidade humana e as gerações futuras.

Assim sendo, a União reconhece os direitos, liberdades e princípios a seguir enunciados”. (grifo nosso)

A evolução da proteção aos direitos fundamentais foi, portanto, movimento essencial para a consagração, também em nível infraconstitucional, de diversas normas de proteção ao ser humano e sua dignidade, bem como de direitos sociais diversos.

Com propriedade, a pessoa humana e sua dignidade passam a ser o valor principal, e a ordenação do Estado se funda em “baluartes constitucionais de legalidade, do direito adquirido,

⁶² A respeito, vide PROENÇA, Carlos Carranho - *Tutela Jurisdicional Efetiva no Direito da União Europeia - Dimensões Teóricas e Práticas*. Lisboa: Editora Petrony, 2017. p. 307.

da proteção jurídica e das garantias processuais, com vistas a alcançar o *princípio da segurança jurídica* em sentido amplo”⁶³.

É sob essa influência humanística construída no período pós-guerra que foram estabelecidas as diretrizes cardeais, no Direito do Trabalho, dos direitos de personalidade do trabalhador e que terão influência determinante na análise que pretendemos desenvolver na presente tese de doutoramento quanto à possibilidade, ou não, de se realizar exames toxicológicos nos empregados e seus eventuais limites.

1.2 O CONSTITUCIONALISMO HUMANÍSTICO DO PÓS-GUERRA: DIRETRIZES CARDEAIS PARA O TRATAMENTO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ÂMBITO DO CONTRATO DE EMPREGO

As bases principais do constitucionalismo humanístico – em que a pessoa humana, seu bem-estar, sua dignidade se constituem em fundamentos essenciais e principais que devem nortear toda a estrutura normativa de determinado ordenamento jurídico – foram, assim, estabelecidas.

Com propriedade, nesse novo constitucionalismo, foram estipuladas diretrizes cardeais, que acabaram desencadeando um novo movimento, qual seja, a crescente valorização de direitos inespecíficos das pessoas e, nesse viés, também dos trabalhadores.

Conceitos como dignidade da pessoa humana e centralidade da pessoa humana formaram as bases constitucionais que, posteriormente, permitiram florescer uma nova gama de direitos, inclusive no âmbito do contrato de emprego, qual seja, os direitos da personalidade do trabalhador.

Consoante será evidenciado mais adiante, foram as premissas do novo constitucionalismo e seus conceitos que possibilitaram, posteriormente, o surgimento de uma nova gama de direitos dos trabalhadores, além daqueles direitos sociais anteriormente estabelecidos nas Constituições vigentes como direitos básicos: ao salário-mínimo, férias, repouso semanal remunerado, entre outros.

A respeito, tanto na Constituição do Brasil quanto na de Portugal, os direitos sociais e direitos básicos dos trabalhadores possuem previsão expressa.

⁶³ DELGADO, Gabriela Neves - Os Paradigmas do Estado Constitucional Contemporâneo. In DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves - *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4.^a ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 29.

Na CRFB, os direitos sociais encontram-se previstos no artigo 6º, quais sejam: direitos à educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência privada, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

No artigo 7º do mesmo diploma legal, situam-se os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, como: salário mínimo (IV); irredutibilidade salarial (VI); décimo terceiro salário (VIII); jornadas legais (XIII e XIV); repouso semanal remunerado (XV); remuneração do período extraordinário de, no mínimo, 50% (XVI); férias (XIII); aviso prévio (XXI); redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (XXII); proibição de discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (XXXI); proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre profissionais respectivos (XXXII), *etc.*

Em Portugal, além da previsão de direitos gerais dos trabalhadores nos artigos 53º (segurança no emprego), 54º (direito de reunirem-se mediante comissão de trabalhadores), 55º (liberdade sindical), 56º (direito de associações sindicais e contratação coletiva) e 57º (greve), os direitos básicos dos trabalhadores como direito ao repouso, limites de duração do trabalho, assistência material no caso de acidentes de trabalho, igualdade de salário para condições de trabalho iguais, condições adequadas de saúde, higiene e segurança e outros possuem previsão expressa no artigo 59º da CRP.

Ocorre que, com o novo constitucionalismo e a valorização da pessoa humana, ao lado de direitos sociais mínimos citados acima, os direitos da personalidade assumiram paulatinamente papel de destaque.

Em Portugal, as leis laborais passaram a dedicar diversos artigos específicos à tutela dos direitos da personalidade, quais sejam os artigos 14º a 22º do CTP.

Assim é que a Subsecção II da Secção II (Sujeitos) do Capítulo I do Título II do Livro I do CTP dedica nove artigos inteiros aos direitos da personalidade, sendo: (i) liberdade de expressão e de opinião; (ii) integridade física e moral; (iii) reserva da intimidade da vida privada; (iv) proteção de dados pessoais; (v) dados biométricos; (vi) testes e exames médicos; (vii) meios de vigilância a distância; (viii) utilização de meios de vigilância a distância e, por fim, (ix) confidencialidade de mensagens e de acesso à informação.

No Brasil, em que pese não haver, no diploma legal trabalhista, qual seja, a CLT, um capítulo exclusivo destinado aos direitos da personalidade, estes podem ser encontrados no texto constitucional, mormente nas disposições do artigo 5º, incisos V e X, que determinam, respectivamente, que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” e que “são invioláveis a intimidade, a vida

privada, a honra e a imagem das pessoas”, bem como no artigo 1º, inciso III, que assegura a dignidade da pessoa humana.

Há, ainda, menção em legislação esparsa, como no Código Civil de 2002 (CCB), Lei n.º 10.046/2002, que dedica todo um capítulo também aos Direitos da Personalidade, a partir dos artigos 11º ao 21º⁶⁴.

Entretanto, consoante explicitado, não apenas direitos sociais ou direitos básicos passaram a ser tutelados no constitucionalismo moderno, mas também direitos inespecíficos, como os da personalidade, que serão objeto de estudo em capítulo específico.

De toda forma, tais questões e o enquadramento jurídico do tema nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português são de grande relevância para o presente estudo, haja vista que, conforme será evidenciado ao longo deste estudo a respeito dos exames toxicológicos no ambiente laboral, os direitos de personalidade do trabalhador, em especial o direito à reserva da intimidade da vida privada, poderão entrar em confronto direto com o poder empregatício ou do empregador, o que demandará uma análise em cada situação para a devida compatibilização, objetivando uma resposta adequada à situação posta em exame.

⁶⁴ “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

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

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

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

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.” (LEI n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm).

Posto isso, analisemos os conceitos base ou diretrizes cardeais que permitiram o surgimento posterior de novos direitos da pessoa, do ser humano em geral, quais sejam, os direitos de personalidade.

1.2.1 Dignidade da pessoa humana

O que é ser digno?

Apesar de a dignidade ser um conceito que merece diversas interpretações, já que para uns pode ter significado e abrangência diferente do que para outros, fato é que todo ser humano tem, ao menos, uma breve noção do que é uma existência digna.

Pode significar ter acesso à saúde, possuir uma boa moradia, ser respeitado pelos demais em sua vida privada. Ou pode representar ter um emprego ou trabalho reconhecidos, ter acesso a bens materiais, a momentos de lazer...

Independentemente do conceito mais ou menos amplo, todos nós conseguimos reconhecer algo ou alguma situação que demonstra a falta da dignidade na vida de um ser humano, como crianças morrendo de fome na África, pessoas aguardando horas em frente à uma fila de hospital para serem atendidas, pessoas morrendo de sede por falta de acesso à condições básicas, pessoas sem local adequado para fazerem suas necessidades físicas básicas, pessoas que não possuem sequer uma moradia, dormindo em bancos ou debaixo de proteção de túneis em madrugadas frias ou chuvosas.

Essas situações, quando presenciadas por nós, nos deixam perplexos e nos fazem recordar que, apesar das diferenças financeiras que possam separar uns seres humanos dos outros, todos nós merecemos uma vida com um mínimo de dignidade. A dignidade, pois, embora algo difícil de se definir, algumas vezes, é fácil de ser *sentida* quando falta.

A esse respeito, importante, desde já, destacar que o conceito de dignidade, contudo, não se confunde com o conceito de *mínimo existencial*. Em outras palavras, nos dizeres de INGO WOLFGANG SARLET⁶⁵, “a garantia efetiva de uma existência digna (vida com dignidade) abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física (que cobre o chamado mínimo vital e guarda relação direta com o direito à vida)”.

Nesse viés, o conceito de dignidade da pessoa humana vai além do mero direito à vida ou aos direitos sociais básicos, para abarcar, ainda, a fruição dos direitos da personalidade.⁶⁶

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang - Notas sobre direito ao um mínimo existencial para uma vida com dignidade e os direitos fundamentais sociais. In NOVAIS, Jorge Reis; FREITAS, Tiago Fidalgo de, org. - *A dignidade da pessoa humana na justiça constitucional*. Coimbra: Almedina, 2018. v. 1, p. 122.

⁶⁶ *Ibidem*.

De toda forma, o conceito de dignidade não é simples.

ROBERT ALEXY⁶⁷, em sua célebre obra *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo* a respeito da dignidade humana, leciona que o conceito de dignidade humana é “*altamente complexo*” e conjuga aspectos “*descritivos ou empíricos*” com “*elementos normativos ou avaliativos*”.

Por *elementos descritivos*, o jurista menciona a *autonomia de Kant*, destacando, entretanto, que “a proteção jurídica da dignidade humana não se limita à proteção da autonomia, no sentido de autolegislação moral”⁶⁸, senão que também inclui “o direito de existir e o direito de tomar decisões de qualquer tipo”⁶⁹.

Por esse motivo, ALEXY inclui, como aspecto essencial descritivo da dignidade, o conceito de pessoa e destaca que: “aquele que preenche as condições, em primeiro lugar, possuir inteligência; segundo, possuir sentimento, e, em terceiro lugar, possuir a reflexividade na forma cognitiva, volitiva e normativa, é considerado uma pessoa”⁷⁰.

Já o aspecto normativo do conceito, segundo também o jurista, seria “representado pela conexão entre o conceito de pessoa e do conceito de dignidade humana”⁷¹, ou, em suas palavras, o que se poderia chamar de “conceito ponte”⁷². Explica ALEXY⁷³:

“Um conceito-ponte é um conceito de conexão – que conecta um conceito empírico ou descritivo com um conceito normativo ou avaliativo. No caso ora em estudo, o conceito descritivo é o conceito de pessoa. O conceito normativo é, na primeira formulação, **o dever de levar a sério todos os seres humanos como pessoas** e, na segunda formulação, **o direito de todos os seres humanos de serem levados a sérios como pessoas**. Essas duas formulações expressam o que se poderia chamar de normas operativas da dignidade humana”. (grifo nosso)

Não é à toa, portanto, que a dignidade se tornou um valor ou princípio⁷⁴ cuja tutela e salvaguarda tem merecido destaque em diversos diplomas jurídicos, ao longo dos últimos anos. A busca por uma construção normativa que visa proteger os princípios fundamentais que

⁶⁷ ALEXY, Robert - A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. Tradução de Rogério Luiz Nery da Silva. In ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da, org. - *Dignidade Humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 24.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Idem*, p. 26.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Idem*, p. 27.

⁷³ A respeito das primeira e segunda formulações citadas, *vide* ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 27.

⁷⁴ A respeito da dignidade como princípio e da possibilidade de sua ponderação ou balanceamento com outros princípios, *vide* ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 13-38.

pautam o Estado de Direito Democrático, entre os quais a dignidade da pessoa humana, é tarefa das mais importantes.⁷⁵

Como ensina PROENÇA⁷⁶, “mais do que um princípio, a dignidade humana é reconhecida pela doutrina como sendo uma referência valorativa que está na base de todos os direitos fundamentais”.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana, como diretriz cardeal e fundamento para a liberdade, justiça e paz no mundo, encontra-se consagrada logo no *preâmbulo* da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁷⁷.

No âmbito da Convenção de Oviedo⁷⁸, aprovada em 4 de abril de 1997, cuja entrada em vigor na ordem internacional ocorreu em 1º de dezembro de 1999, a preocupação em zelar pela dignidade da pessoa humana no contexto dos progressos da medicina e da biologia acima de tudo encontra-se explicitada tanto no preâmbulo, ao reconhecer “a importância de assegurar a sua dignidade”, quanto no artigo 1º, ao afirmar que as partes, na convenção, “protegem o ser humano na sua dignidade e na sua identidade”.

Também está presente em diversos outros documentos jurídicos atuais, inclusive relacionados à abordagem de temas recentes no que se refere aos limites de pesquisa e tratamento das informações ligadas ao genoma humano, tais como a Declaração Universal Sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos⁷⁹ e a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos⁸⁰.

⁷⁵ A respeito, *vide* DELGADO, Gabriela Neves - Os Paradigmas do Estado Constitucional Contemporâneo. In DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves - *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4.^a ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 27. *Vide*, ainda, a obra DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves - *Tratado Jurisprudencial de Direito Constitucional do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. I, p. 34.

⁷⁶ PROENÇA, Carlos Carranho - *Tutela Jurisdicional Efetiva no Direito da União Europeia - Dimensões Teóricas e Práticas*. Lisboa: Editora Petrony, 2017. p. 288.

⁷⁷ Preâmbulo: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.” (DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos [Em linha]. [1948]. [Consult. 24 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atualizacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf).

⁷⁸ CONVENÇÃO de Oviedo (Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina), aprovada em 4 de abril de 1997, cuja entrada em vigor na ordem internacional ocorreu em 1 de dezembro de 1999 [Em linha]. [Consult. 9 ago. 2019]. Disponível em WWW: <http://www.arsalentejo.min-saude.pt/utentes/ces/Documents/Convenção%20de%20Oviedo.pdf>

⁷⁹ DECLARAÇÃO Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos [Em linha]. Brasília: UNESCO, 2000. [Consult. 20 out. 2019]. Disponível em WWW: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>

⁸⁰ DECLARAÇÃO Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos [Em linha]. Paris: UNESCO, 2004. [Consult. 23 nov. 2019]. Disponível em WWW: http://unesdoc.org/fileadmin/user_upload/shs/BEfiles/chapterC.por/C10P.pdf

No primeiro documento acima citado, adotado pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) em sua 29ª sessão, em 1997, há um item (letra A) inteiramente dedicado à dignidade humana e os direitos humanos. Vejamos:

“Artigo 1

O genoma humano constitui a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana bem como de sua inerente dignidade e diversidade. Num sentido simbólico, é patrimônio da humanidade.

Artigo 2

a) A todo indivíduo é devido respeito à sua dignidade e aos seus direitos, independentemente de suas características genéticas.

b) Esta dignidade torna imperativa a não redução dos indivíduos às suas características genéticas e ao respeito à sua singularidade e diversidade”.⁸¹ (grifos nossos)

Com propriedade, no segundo documento, aprovado em 16 de outubro de 2004, pela Conferência Geral da UNESCO, entre seus objetivos principais assim está estipulado: “garantir o respeito da dignidade humana e a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em matéria de recolha, tratamento, utilização e conservação de dados genéticos humanos”⁸².

Note-se, ainda, que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, do ano de 2000, também tutela, no seu artigo 1º, a dignidade do ser humano, afirmando ser um direito inviolável que deve ser respeitado e protegido.⁸³

No bojo das Constituições portuguesa e brasileira, a valorização do preceito legal não é diferente.

Na CRP, o conceito está insculpido logo no artigo 1º, do Título Princípios Fundamentais: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular...”.

A relevância do princípio norteador de diversos outros também se faz presente na CRFB, no item III do artigo 1º, como fundamentos da República Federativa do Brasil.

⁸¹ DECLARAÇÃO Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos [Em linha]. Brasília: UNESCO, 2000. [Consult. 20 out. 2019]. Disponível em WWW: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>

⁸² *Ibidem*.

⁸³ CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000 [Em linha]. Atualizado pela entrada em vigor do Tratado de Lisboa [1º dez. 2009]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2012.326.01.0391.01.POR “Art. 1º (Dignidade do Ser Humano). A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida.”

Conforme preconiza LUÍS ROBERTO BARROSO⁸⁴, fato é que “a dignidade humana, como atualmente compreendida, se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo”.

No Direito do Trabalho, o conceito também é considerado relevante.

A uma, porque o trabalho é, *per si*, um instrumento que dignifica a vida do ser humano. Sentir-se útil e produtivo, com certeza, engrandece a vida do ser humano, que se sente capaz, incluído e valorizado. Nos dizeres de GABRIELA NEVES DELGADO e ANA CAROLINA PARANHOS DE CAMPOS RIBEIRO⁸⁵, “o direito do trabalho consiste em instrumento jurídico de promoção da dignidade humana na medida em que contribui para a afirmação da identidade individual do trabalhador”.

A duas porque, como direito fundamental que é, a dignidade, também no âmbito trabalhista, norteia a aplicação de todos os demais direitos e, em determinadas situações, pode, inclusive, servir de parâmetro principiológico para auxiliar na solução de questões controversas, não como um fundamento único ou isolado, mas em conjunto com outras normas legais.

Por tal motivo, a dignidade da pessoa humana, destacada no presente trabalho como o principal direito fundamental, irá nortear a aplicação de todos os demais, inclusive no quadro jurídico laboral, por meio do próprio conceito de trabalho digno, servindo de parâmetro mãe ou mestre para toda e qualquer conclusão jurídica que possa advir de um questionamento ou situação difícil que se pretenda enfrentar ou solucionar.

Isso porque não podemos ignorar que “a dignidade é um princípio que coenvolve todos os princípios relativos aos direitos e, também, deveres das pessoas e à posição do Estado perante elas”⁸⁶. É, pois, direito fundamental básico, estruturante e orientativo para todos os demais. Daí sua relevância e posição de destaque no presente trabalho.

1.2.2 Centralidade da pessoa humana

O ser humano e a defesa dos seus direitos como tal é e deve ser o foco de atenção principal da legislação e de toda interpretação jurídica.

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto - *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Trad. Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 14.

⁸⁵ DELGADO, Gabriela Neves; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos - Os Direitos Sociotrabalhistas como Dimensão dos Direitos Humanos [Em linha]. *Revista TST*. Brasília. Vol. 79, n.º 2 (abr./jun. 2013), p. 199-219. [Consult. 14 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/39825>. p. 199.

⁸⁶ MIRANDA, Jorge - *Curso de Direito Constitucional. Vol. I, Estado e constitucionalismo, constituição, direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. p. 279-280.

Sob a perspectiva kantiana, “o ser humano jamais poderia ser utilizado como meio para alcançar determinado fim, pois o homem é o próprio fim de qualquer ação e toda ação que contrarie essa máxima é considerada como moralmente inaceitável”⁸⁷.

Ocorre que nem sempre isso foi assim. A centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida socioeconômica, como *corolário lógico do princípio da dignidade da pessoa humana*, passou a ter importância nas Constituições recentes promulgadas a partir da influência do constitucionalismo humanístico do pós-guerra.⁸⁸

De acordo com o jurista MAURICIO GODINHO DELGADO⁸⁹, “o princípio da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica é, no fundo, subprincípio necessariamente derivado do princípio da dignidade da pessoa humana”.

Bem resume, no mesmo sentido, RADINDRANATH CAPELO DE SOUZA⁹⁰ que a pessoa é o “bem supremo da nossa ordem jurídica, o seu fundamento e o seu fim”.

A ideia, pois, do ser humano e sua dignidade como foco central na ordem *juspolítica e social* é consequência do desenvolvimento da democracia, sendo um dos avanços jurídicos de maior relevância na história *juspolítica* da humanidade⁹¹.

Historicamente, a Declaração da Filadélfia de 1944⁹², também denominada Declaração dos Fins e Objetivos da Organização Internacional do Trabalho, texto internacional aprovado ainda durante a Segunda Guerra Mundial, evidenciou a importância da pessoa humana em detrimento das relações mercantis ao enfatizar, logo no início, que “a) o trabalho não é uma mercadoria”.

Em continuidade, afirmou outros preceitos importantes que comprovam a preocupação com o ser humano e sua dignidade, a paz e a justiça sociais, e também com o bem comum e oportunidades iguais ao destacar que: “c) a pobreza, onde quer que exista, constitui um perigo para a prosperidade de todos”⁹³.

No mesmo viés, o item “a” da parte II afirma que: “todos os seres humanos, qualquer que seja a sua raça, a sua crença ou o seu sexo, têm o direito de efectuar o seu progresso material e o seu desenvolvimento espiritual em liberdade e com dignidade, com segurança económica e

⁸⁷ RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire - *Vida humana: da manipulação genética à neoeugenia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 66.

⁸⁸ A respeito, *vide* DELGADO, Mauricio Godinho - *Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 5.^a ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 42.

⁸⁹ *Idem*, p. 43.

⁹⁰ SOUSA, Rabindranath A. V. Capelo de - *O Direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 96-97.

⁹¹ DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit.*, p. 43.

⁹² DECLARAÇÃO de Filadélfia 1944: Declaração dos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho [Em linha]. [Consult. 12 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.dgert.gov.pt/declaracao-de-filadelfia>.

⁹³ *Ibidem*.

com oportunidades iguais”, preconizando que o objetivo central de qualquer política internacional ou nacional deve ser a realização de condições que permitam que este resultado seja atingido⁹⁴. Logicamente, a proteção à vida e saúde dos trabalhadores também foi uma diretiva essencial da Declaração.

Outros documentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, ao enfatizarem a dignidade da pessoa humana como fundamento para a justiça social e paz no mundo, também demonstram que o ser humano e suas necessidades e bem-estar passam a ser o núcleo central, fundante e orientativo de outros princípios e normas.

Nas Constituições portuguesa de 1976 e brasileira de 1988, a dignidade da pessoa humana e, como corolário lógico, a centralidade da pessoa humana como fundamento principal do Estado de Direito Democrático ou Estado Democrático de Direito, respectivamente, foram expressamente previstas nos artigos 1º e 1º, inciso III.⁹⁵

O mesmo ocorre quando as ditas Constituições se referem à ordem econômica e financeira, sendo que, no Brasil, o artigo 170 preceitua ser a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano, tendo como fim assegurar a todos uma existência digna e remetendo, ainda, ao conceito de justiça social.⁹⁶ A CRP, por sua vez, quando estabelece os objetivos dos planos de desenvolvimento económico e social, no Capítulo da Organização Económica, menciona expressamente a “qualidade de vida do povo português”⁹⁷.

Note-se que, em que pese a relevância que os sistemas económico e produtivo possuem para todo e qualquer País, as Constituições mais recentes no contexto do constitucionalismo humanístico do pós-guerra dedicaram preceitos específicos ao tema da dignidade e da

⁹⁴ DECLARAÇÃO de Filadélfia 1944: Declaração dos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho [Em linha]. [Consult. 12 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.dgert.gov.pt/declaracao-de-filadelfia>.

⁹⁵ CRP: “Art. 1º (República Portuguesa): Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana.” (CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de 1976 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaorepublikaportuguesa.aspx>).

CRFB: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana.” (CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).

⁹⁶ CRFB: “Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.” (CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).

⁹⁷ CRP: “Art. 90º: Os planos de desenvolvimento económico e social têm por objetivo promover o crescimento económico, o desenvolvimento harmonioso e integrado de sectores e regiões, a justa retribuição individual e regional do produto nacional, a coordenação da política económica com as políticas social, educativa e cultural, a defesa do mundo rural, a preservação do equilíbrio ecológico, a defesa do ambiente e a qualidade de vida do povo português.” (CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de 1976 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaorepublikaportuguesa.aspx>).

centralidade da pessoa humana, no intuito de demonstrar que não apenas aspectos económicos ou financeiros devem ser considerados como fundantes de um Estado Democrático de Direito⁹⁸, mas, ao lado e acima disso, a pessoa humana com seus valores, direitos e prerrogativas.

Nos ensinamentos de PAULO OTERO⁹⁹:

“Colocar o Homem no centro do fenómeno constitucional determina que a essência de cada Constituição se encontre numa busca incessante de um modelo de organização do poder político que vise a edificação de uma sociedade mais justa, mais segura e mais livre ao serviço do respeito e da garantia da dignidade de cada ser humano: ‘O Estado e a Sociedade são por causa do Homem e não o Homem por causa deles.’ O Estado e todas as restantes instituições políticas apenas se compreendem ao serviço da pessoa humana, sabendo-se que não é o homem que existe para elas, antes são elas que encontram na pessoa humana o fundamento da sua existência e o critério teleológico de acção.”

Logo, observa-se que a pessoa humana passa a ser o mote central do Estado e não o contrário.

No contexto das relações de emprego, igual importância possui o tema. Nos ensinamentos de JOÃO LEAL AMADO¹⁰⁰, “o trabalhador, antes e mais do que trabalhador, é um ser humano, é uma pessoa”. O mesmo jurista destaca:

“Antes de cada trabalhador há, sempre, uma pessoa. Um ser racional, decerto, mas também uma pessoa com sentimentos, emoções, afeições, paixões, desejos, ciúmes, invejas, ódios...É da natureza humana. Uma natureza rica, densa, complexa, contraditória. E isso é tudo menos irrelevante para o Direito do Trabalho...”¹⁰¹

Com razão.

As Constituições recentes não descuraram da pessoa do trabalhador e sua dignidade, sendo a valorização do trabalho e emprego também um princípio cardeal das ordens constitucionais brasileira e portuguesa.

Assim é que os artigos 58º e 59º da CRP valorizam o trabalho e asseguram a todos o direito a ele (art. 58º, I), preceituam ser incumbência do Estado a execução de políticas de pleno emprego, a igualdade de oportunidades e a valorização profissional dos trabalhadores (art. 58º, 2. a, b e c) e, ainda, a organização do trabalho em condições socialmente dignificantes (art. 59º, 1. b).

⁹⁸ Ou, no conceito da Constituição da República Portuguesa, *Estado de Direito Democrático*.

⁹⁹ OTERO, Paulo - Pessoa Humana e Constituição: contributo para uma concepção personalista do Direito Constitucional. In CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara, coord. - *Pessoa Humana e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 349-379. p. 353.

¹⁰⁰ AMADO, João Leal - *Trabalhar e amar: Poderes patronais, relações amorosas e direitos de personalidade dos trabalhadores*. Coimbra: GESTLEGAL, 2019. p. 19.

¹⁰¹ *Idem*, p. 20.

Por sua vez, a CRFB também assegura como princípio fundante os *valores sociais do trabalho* (art. 1º, inciso IV), ao lado da livre iniciativa, corroborando a assertiva de que o desenvolvimento económico deve caminhar lado a lado com o desenvolvimento social e dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho.

O equilíbrio entre o correto e necessário desenvolvimento económico de todo País e a qualidade de vida e dignidade de seu povo, ou seja, dos seres humanos que ali residem, é, pois, diretriz fundante e principal do novo constitucionalismo do pós-guerra, centrado na pessoa humana e seu bem-estar.

Contudo, é importante ressaltar que, em que pese todo o tratamento jurídico do tema em recentes diplomas normativos, a realidade ainda é bem distante do ideal.

A tarefa de colocar o ser humano e sua centralidade como eixo principal do fenómeno constitucional é desafiadora e os avanços ocorridos não significam, entretanto, que tal objetivo já tenha sido obtido na prática, tratando-se, em realidade, de um *processo em constante evolução*.¹⁰²

A par dos necessários avanços que ainda virão, existem as enormes dificuldades práticas na concretização desses ideais.

Possuir os pés na realidade ao discutirmos, mesmo que doutrinariamente ou filosoficamente, os direitos fundamentais ou princípios fundantes do constitucionalismo humanístico do pós-guerra é essencial, haja vista que entre o ideal e a prática existe um longo caminho a seguir.

O Direito não pode viver alheio à realidade prática, sob pena de se distanciar de seus objetivos principais, entre outros o de regular e orientar a vida das pessoas, dos seres humanos e o dia a dia das organizações sociais.

Afinal, falar em dignidade ou em centralidade da pessoa humana só faz sentido se, juntamente com a evolução jurídica de tais temas, ocorrer uma evolução prática de sua aplicação.

Nada pior do que palavras soltas ou letras vazias para, em vez de estimular e proteger o ser humano, retirar-lhe algo intrínseco e necessário para viver: a esperança de dias melhores em sua vida.

¹⁰² A respeito, vide OTERO, Paulo - Pessoa Humana e Constituição: contributo para uma concepção personalista do Direito Constitucional. In CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara, coord. - *Pessoa Humana e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 349-379. p. 354.

1.2.3 Inviolabilidade do direito à vida

“Viver/E não ter a vergonha de ser feliz/Cantar e cantar e cantar/a beleza de ser/Um eterno aprendiz

Ah, meu Deus!/Eu sei, eu sei/Que a vida devia ser bem melhor e será/Mas isso não impede que eu repita/É bonita, é bonita e é bonita...”¹⁰³

Não há nenhum outro valor ou princípio fundamental sem a vida. O direito à vida é, pois, ao lado do direito à vida digna, o principal fundamento do Estado Democrático de Direito.

Nas palavras citadas do renomado cantor brasileiro GONZAGUINHA, a vida poderia ser bem melhor (*e será*), mas, com certeza, é bonita.

Independente da religião ou credo, mesmo aqueles que não acreditam em Deus sentem a vida em toda a sua força e magnitude. Não há nada mais emocionante do que o choro de uma criança ao nascer, o sopro da vida. Por outro lado, não há nada mais difícil e triste de se compreender do que a partida de seres queridos, ou seja, o oposto da vida: a morte.

Portanto, a *inviolabilidade* do direito à vida é inquestionável como princípio fundamental e bem maior que se deva proteger.

A morte, por ser algo natural, faz parte da vida. Disso, todos temos certeza. Um dia, será o meu, o seu, o nosso destino.

Contudo, ser violado por atitudes de terceiros em nosso direito à vida, não só em relação à integridade física, mas em relação a outros aspectos, é algo incompreensível, inadmissível.

A inviolabilidade do direito à vida é sagrada e, como não poderia deixar de ser, mereceu tutela e tratamento jurídicos, mormente nas recentes Constituições humanísticas do pós-guerra.

O direito à vida é, segundo o constitucionalista brasileiro JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES,¹⁰⁴ um direito “individual que, para se concretizar, depende dos direitos sociais à saúde, ao lazer, ao trabalho, amparados por uma política econômica que possibilite trabalho remunerado de forma justa, saúde gratuita e lazer a todos”.

Referido direito vai além da simples existência física; nele se expressaria a síntese de todos os demais grupos de direitos que formam o que conhecemos como Direitos Humanos.¹⁰⁵

É, pois, o direito à vida “a própria razão de ser dos Direitos Humanos”¹⁰⁶.

¹⁰³ Trecho da música do renomado cantor brasileiro GONZAGUINHA - *O que é, o que é* [Letra de música em linha]. (1982). [Consult. 12 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.letras.mus.br/gonzaguinha/463845/>

¹⁰⁴ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de - *Direito Constitucional*. 2.^a ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.p. 189

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

No mesmo sentido, afirma DALMO DE ABREU DALLARI¹⁰⁷ que “a vida é o primeiro dos direitos da pessoa humana pois extinta a vida a pessoa não tem a possibilidade de gozar de qualquer outro dos direitos fundamentais”.

Logicamente, a primeira expressão do direito à vida e sua tutela em uma ordem jurídica humanística é, sem dúvida, a proibição de sua violação no sentido de integridade física, ou seja, existência da própria vida em si.

Nesse ponto surgiriam questões ou celeumas interessantes, como os debates a respeito da possibilidade, ou não, da pena de morte, do aborto em determinadas situações e mesmo da eutanásia.

Apesar de tais discussões acarretarem, ainda nos dias de hoje, calorosos debates nos meios acadêmicos e jurídicos, fato é que o direito à vida, *per si*, merece tutela específica nos mais importantes diplomas normativos internacionais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo III, declara: “todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

Outrossim, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos destaca que o direito à vida é protegido por lei (artigo 2º), e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia o consagra, no artigo 2º, ressaltando que “todas as pessoas têm direito à vida” e afastando a pena de morte.

No mesmo sentido, as Constituições de Portugal e do Brasil, respectivamente, assim estabelecem:

CRP:

“Artigo 24º (Direito à vida)

1. A vida humana é inviolável.
2. Em caso algum haverá pena de morte”.¹⁰⁸

CRFB:

“Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:”

[...]

III: ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.¹⁰⁹

¹⁰⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu - Direito à vida e liberdade para morrer. In CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara, coord. - *Pessoa Humana e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 39-46. p. 46.

¹⁰⁸ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de 1976 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaorepublikaportuguesa.aspx>

¹⁰⁹ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

Discorrendo sobre o princípio da inviolabilidade do direito à vida, o jurista MAURICIO GODINHO DELGADO¹¹⁰ estabelece 3 dimensões de sua manifestação, sendo a dimensão física ou *inviolabilidade física da pessoa*, a dimensão moral ou *inviolabilidade moral da pessoa* e, por fim, a dimensão privada e íntima ou *inviolabilidade da vida privada*.

Na primeira dimensão, a inviolabilidade do direito à vida se manifestaria em relação a toda e qualquer ofensa ou malefícios que ofendessem ou colocassem em risco a saúde do ser humano.¹¹¹

Na segunda esfera ou dimensão, qual seja, a moral, pode ser inserido todo e qualquer malefício *natural ou artificial* em face ao patrimônio *ético/psicológico* do ser humano. Contudo, embora a inviolabilidade moral possua conceito diverso da inviolabilidade física, ambos se relacionam na medida em que uma agressão à dimensão física do indivíduo pode acarretar danos à sua dimensão psicológica, afetando também a sua esfera moral.¹¹²

A esfera moral também está tutelada na CRFB, inclusive assegurando-se o direito à indenização pelo dano material ou moral que eventual violação acarretar.¹¹³ No diploma português, também há previsão expressa da proteção à esfera moral das pessoas quando, no artigo 25º, a CRP afirma, no item Direito à Integridade pessoal, que: “1. A integridade *moral* e física das pessoas é inviolável”.

Por fim, a esfera privada do indivíduo, inclusive sua *intimidade*, que serão objeto de análise em tópico específico, também são uma manifestação da inviolabilidade do direito à vida, por serem uma dimensão de sua expressão.

No âmbito do contrato de emprego, o princípio constitucional geral de inviolabilidade do direito à vida repercute, também, em diversas outras tutelas consagradas aos trabalhadores, entre elas a tutela à saúde, que, inclusive, possui previsão constitucional nos ordenamentos jurídicos do Brasil e Portugal.

No Brasil, a tutela da saúde, corolário da proteção do direito à vida, é amparada pelas disposições dos artigos 5º, inciso III (vedação de tratamento desumano ou degradante), e artigo 7º, inciso XXII (“redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”). A CLT, por sua vez, regulamenta a competência do Ministério do Trabalho para

¹¹⁰ A respeito, vide DELGADO, Mauricio Godinho - *Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 5.^a ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 50-55.

¹¹¹ *Idem*, p. 50.

¹¹² *Idem*, p. 51.

¹¹³ “Art. 5º [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” e [...] “V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.” (CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).

o estabelecimento de disposições complementares às normas sobre medicina e segurança do trabalho.

Em Portugal, de forma semelhante, a CRP destaca, como direito dos trabalhadores previsto no artigo 59º, item 1, *c*, “a prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde”, acrescentando o direito ao lazer e repouso no item *d*, assim como a proteção jurídica necessária em caso de acidente de trabalho ou doença ocupacional (item *f*). O Código do Trabalho Português também tutela a integridade física e moral no artigo 15º, na subseção Direitos da Personalidade, ao lado de outros direitos da personalidade, como reserva da intimidade da vida privada, liberdade de expressão e opinião, entre outros.

Destarte, o direito à saúde desponta como uma das manifestações mais importantes, na seara *justralhista*, em relação ao direito de inviolabilidade à vida, seja física ou moral.

Constitui, pois, dever do empregador zelar pela saúde dos trabalhadores e prevenir riscos aos trabalhadores.

No presente trabalho de tese, referido conceito será de grande valia, haja vista que, consoante será detalhado ao longo da tese, em determinadas situações ou atividades de risco, o DEVER do EMPREGADOR de zelar e tutelar a saúde dos empregados e do próprio trabalhador envolvido pode, inclusive, ser superior ao DIREITO do próprio EMPREGADO como ser individual de não se submeter aos testes e exames toxicológicos, desde que, ressalte-se, observados certos cuidados e premissas para respeito à sua integridade física e moral e sua privacidade/intimidade.

Repita-se: a depender de determinadas situações no contexto da relação laboral, o risco existente para uma coletividade, sendo risco à vida ou à saúde, pode, inclusive, ser SUPERIOR ao direito do empregado de não se submeter aos exames toxicológicos necessários para o exercício da atividade de risco, respeitadas certas premissas para salvaguarda de seus direitos e garantias individuais.

Sobre o tema, encontra-se previsão expressa na CRP que é dever do trabalhador “cumprir as ordens e instruções do empregador respeitantes a execução ou disciplina do trabalho, bem como a segurança e saúde no trabalho, que não sejam contrárias aos seus direitos ou garantias” (art. 128º, 1, *e*), “cooperar para a melhoria da segurança e saúde no trabalho” (art. 128º, 1, *i*) e “cumprir as prescrições sobre segurança e saúde no trabalho que decorram de lei ou instrumento de regulamentação colectiva de trabalho” (art. 128º, 1, *j*).¹¹⁴

¹¹⁴ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de 1976 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoorepublicaportuguesa.aspx>

O mesmo ocorre nas normas celetistas brasileiras, que determinam ser obrigação dos empregados observar as normas de segurança e medicina do trabalho para evitar acidentes ou doenças ocupacionais e, ainda, colaborar com a empresa na aplicação desses preceitos de saúde e segurança laboral. Inclusive, o empregado pode ser punido pela recusa injustificada no cumprimento de normas de segurança e medicina do trabalho, incluindo falta de uso de equipamentos de proteção individual (EPIs), quando previstos administrativamente (art. 158 da CLT)¹¹⁵.

Ressalta-se que o tema da tutela do direito à vida, sob o viés, inclusive, da proteção à saúde dos trabalhadores no contexto da relação laboral, será tratado mais especificamente no Capítulo 6 da presente tese, no tópico 6.1: *O direito do empregado à saúde*.

1.2.4 Igualdade e não discriminação

É possível que haja igualdade entre os seres humanos?

Esse questionamento inicial é relevante porque é fato que todo ser humano nasce diferente, com características individuais e próprias que o distinguem dos outros.

Mesmo no caso de gêmeos univitelinos, consoante é de conhecimento geral, cada um possui uma impressão digital diversa, bem como características psicológicas e comportamentais que os tornam seres não idênticos desde o nascimento.

Nesse sentido, parte da doutrina é adepta à corrente denominada nominalista, para a qual a igualdade não teria aplicação concreta no mundo real, constituindo mera nomenclatura. Para uma segunda corrente, denominada idealista, existiria um total igualitarismo entre os indivíduos vinculado ao estado da natureza. Já para uma terceira corrente, a dos realistas, existe o reconhecimento de que, na prática, há uma desigualdade natural entre os homens sob diversos aspectos, não obstante ela defenda a igualdade jurídica para garantia de uma existência digna para os seres humanos.¹¹⁶

¹¹⁵ “Art. 158. Cabe aos empregados:

I – observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior;

II – colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo.

PARÁGRAFO ÚNICO: Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada: a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior; b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa.” (DECRETO-LEI n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) [Em linha]. [Consult. 12 ago. 2019. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm).

¹¹⁶ A respeito, vide SILVA, José Afonso da - *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 214.

Portanto, falar em igualdade no Direito entre os seres humanos não é uma tarefa simples, promovendo reflexões diversas.

O conceito de igualdade também está insculpido nas Constituições da República Portuguesa e Brasileira.

No diploma legal português, o artigo 13º afirma:

“1. todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”.¹¹⁷

Já a CRFB¹¹⁸ tutela a igualdade entre os seres humanos em seu artigo 5º, caput: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos¹¹⁹, em seu artigo 1º, enaltece o conceito ao estabelecer que: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Igual conceito também é tutelado no artigo 20º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹²⁰, que afirma que “todas as pessoas são iguais perante a lei”.

A igualdade, assim como a dignidade, é, portanto, um direito fundamental dos seres humanos.

Do exposto nos diplomas legais citados, observamos, pois, que o conceito de igualdade jurídica perpassa o tratamento isonômico entre todos, o direito de todo ser humano, independentemente de raça, sexo, língua, origem, religião, convicções políticas e outras, de possuir acesso às mesmas condições e, nesse sentido, de não sofrer discriminação de qualquer espécie.

¹¹⁷ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de 1976 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaorepublicaportuguesa.aspx>

¹¹⁸ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

¹¹⁹ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos [Em linha]. [1948]. [Consult. 24 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf

¹²⁰ CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000 [Em linha]. Atualizado pela entrada em vigor do Tratado de Lisboa [1º dez. 2009]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2012.326.01.0391.01.POR

De acordo com os ensinamentos de JORGE MIRANDA¹²¹, o sentido de igualdade assenta-se em três *pontos firmes*, quais sejam:

- “a Que igualdade não é identidade e igualdade jurídica não é igualdade natural ou naturalística;
- b Que igualdade significa intenção de racionalidade e, em último termo, intenção de justiça;
- c Que a igualdade não é uma ‘ilha’ encontra-se conexas com outros princípios, tem de ser entendida – também ela – no plano global dos valores, critérios e opções da Constituição material”.

Discorrendo ainda sobre a igualdade, o constitucionalista esclarece haver duas dimensões ou sentidos para o conceito, sendo *um positivo e outro negativo*¹²².

O *negativo* seria a proibição de privilégios e de discriminação. O princípio da igualdade tem, pois, direta vinculação com a não discriminação.

Assim, o “sentido primário do princípio é negativo: consiste na vedação de privilégios e de discriminações”¹²³, entendendo-se como discriminadas “as pessoas a que não são conferidos os direitos atribuídos ao conjunto das pessoas ou a quem são impostos deveres, ônus, encargos não impostos”¹²⁴ a outras.

A vinculação do conceito à não discriminação e à tutela do ser humano em não ser tratado de forma diferente por suas condições físicas ou pessoais também encontra guarida em outros diplomas legais, entre os quais a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (Convenção de Oviedo) e a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da UNESCO.

Na Convenção de Oviedo¹²⁵, o artigo 11º veda “toda a forma de discriminação contra uma pessoa em virtude de seu património genético” e o artigo 12º preconiza que:

“(…) não se poderá proceder a testes predictivos de doenças genéticas ou que permitam quer a identificação do indivíduo como portador de um gene responsável por uma doença quer a detecção de uma predisposição ou de uma susceptibilidade genética a uma doença, salvo para fins médicos ou de investigação médica e sem prejuízo de um aconselhamento genético apropriado”.

A Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da UNESCO também protege o ser humano de ser estigmatizado em virtude de seus dados genéticos e dados

¹²¹ MIRANDA, Jorge - *Curso de Direito Constitucional. Vol. I, Estado e constitucionalismo, constituição, direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. p. 293-294.

¹²² *Idem*, p. 294-295.

¹²³ *Idem*, p. 294.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ CONVENÇÃO de Oviedo (Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina), aprovada em 4 de abril de 1997, cuja entrada em vigor na ordem internacional ocorreu em 1 de dezembro de 1999 [Em linha]. [Consult. 9 ago. 2019]. Disponível em WWW: <http://www.arsalentejo.min-saude.pt/utentes/ces/Documents/Convenção%20de%20Oviedo.pdf>

proteômicos, tutelando sua dignidade, seus direitos e liberdades fundamentais¹²⁶. De modo semelhante, a não discriminação é expressamente tutelada tanto na Convenção Europeia dos Direitos Humanos¹²⁷ quanto na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹²⁸.

Não discriminar e não estigmatizar em virtude de condições físicas ou pessoais é, portanto, uma forma objetiva de se garantir o respeito e igualdade entre os seres humanos.

O Ministro do Tribunal Superior do Trabalho MAURICIO GODINHO DELGADO¹²⁹ esclarece que o princípio da não discriminação consiste “na diretriz geral vedatória de tratamento diferenciado à pessoa em virtude de fator injustamente desqualificante”.

Além do sentido negativo do conceito de igualdade, em relação à não discriminação e proibição de privilégios, JORGE MIRANDA¹³⁰ afirma, contudo, ser o *sentido positivo* mais complexo, sendo:

- “a) Tratamento igual de situações iguais (ou tratamento semelhante de situações semelhantes);
- b) Tratamento desigual de situações desiguais, mas substancial e objetivamente desiguais – ‘impostas pela diversidade das circunstâncias ou pela natureza das coisas’ –, e não criadas ou mantidas artificialmente pelo legislador;
- c) Tratamento em moldes de proporcionalidade – ou seja, sem arbítrio, com a devida adequação e com respeito pelos princípios fundamentais da Constituição das situações relativamente iguais ou desiguais e que, consoante os casos, se converte para o legislador ora em mera faculdade ora em obrigação;
- d) Tratamento de situações não apenas como existem, mas também como *devem existir*, de harmonia com os padrões da Constituição material (acrescentando-se,

¹²⁶ “Art. 7º: Não discriminação e não-estigmatização“ a) Deverão ser feitos todos os esforços no sentido de impedir que os dados genéticos e os dados proteômicos humanos sejam utilizados de um modo discriminatório que tenha por finalidade ou por efeito infringir os direitos humanos, as liberdades fundamentais ou a dignidade humana de um indivíduo, ou para fins que conduzam à estigmatização de um indivíduo, ou para fins que conduzam à estigmatização de um indivíduo, de uma família, de um grupo ou de comunidades.” (DECLARAÇÃO Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos [Em linha]. Paris: UNESCO, 2004. [Consult. 23 nov. 2019]. Disponível em WWW: http://unesco.org/fileadmin/user_upload/shs/BEfiles/chapterC.por/C10P.pdf)

¹²⁷ “Art. 14º Proibição de discriminação. O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção, deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.” (CONVENÇÃO Europeia dos Direitos Humanos [Em linha]. (1950). Strasbourg: Council of Europe, [2014?]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf).

¹²⁸ “Artigo 21º - Não discriminação -1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual. 2. No âmbito de aplicação dos Tratados e sem prejuízo das suas disposições específicas, é proibida toda a discriminação em razão da nacionalidade.” (CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000 [Em linha]. Atualizado pela entrada em vigor do Tratado de Lisboa [1º dez. 2009]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2012.326.01.0391.01.POR).

¹²⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Princípios de direito individual e coletivo do trabalho. 3. Ed. São Paulo: Ed. LTr., 2010. DELGADO, Maurício Godinho - *Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 5.ª ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 42.

¹³⁰ MIRANDA, Jorge - *Curso de Direito Constitucional. Vol. I, Estado e constitucionalismo, constituição, direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. p. 295.

assim, uma componente ativa ao princípio e fazendo da igualdade perante a lei uma verdadeira igualdade *através* da lei.)”.

Seja no âmbito positivo ou negativo, fato é que a igualdade, como princípio fundamental que é, está intrinsicamente ligada ao conceito de dignidade do ser humano, considerando que ninguém que for discriminado, estigmatizado ou preterido por outro ser humano em razão de situação financeira, característica física, credo ou posição filosófica ou religiosa, entre outras circunstâncias individuais, pode se sentir respeitado em sua dignidade.

Importante ressaltar que, também no âmbito das relações de trabalho, o princípio da isonomia e da não discriminação permeia toda a história do contrato de trabalho, desde os atos da contratação até atos relativos ao despedimento.

Por ocasião da contratação, é fato que o direito ao trabalho é de todos, sendo que o artigo 5º da CRFB¹³¹ reconhece, em seu inciso XIII, que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Em complemento a tais disposições constitucionais, o artigo 7º veda, em seu inciso XXX¹³², “diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”. Por sua vez, o inciso XXXI proíbe discriminação no tocante a salários e critérios de admissão para os portadores de deficiência, e o inciso XXXII veda a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.

Já no artigo 3º, a CRFB determina que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Também a CRP enfrenta a questão da igualdade e não discriminação de uma forma geral e nas relações de trabalho.

O artigo 26º, item 1, reforça a existência de proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.¹³³

No que se refere especificamente às relações de trabalho, o artigo 53º da CRP veda dispensas discriminatórias por motivos políticos ou ideológicos. Já o artigo 55º protege o exercício da liberdade sindical, sem discriminação, no tocante à liberdade de constituição de associações sindicais, liberdade de inscrição, liberdade de organização e regulamentação

¹³¹ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

¹³² *Ibidem*.

¹³³ “Art. 26º (Outros direitos pessoais). A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.” (CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de 1976 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaorepublikaportuguesa.aspx>).

interna das associações sindicais, direito de exercício de atividade sindical na empresa e o direito de tendência, nas formas que respectivos estatutos determinarem.

Em sentido semelhante ao diploma brasileiro, a CRP assegura a todos, em seu artigo 58º, o direito ao trabalho (1), preconizando ser dever do Estado promover políticas de pleno emprego e igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou gênero de trabalho para que não haja limitação em decorrência de sexo.

Ato contínuo, continua a tutelar a igualdade entre os trabalhadores no artigo 59º afirmando que “todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas”, possuem direito a igual retribuição do trabalho de acordo com o conceito de que “para trabalho igual salário igual”¹³⁴.

Observa-se, portanto, que os instrumentos legais atuais possuem ferramentas adequadas para garantir, aos indivíduos e cidadãos, o pleno exercício do direito à igualdade jurídica e não discriminação.

Entretanto, o grande desafio é a efetividade desses direitos na prática ou no dia a dia das relações, seja nas relações entre seres humanos, seja nas relações contratuais, inclusive no âmbito do contrato de emprego.

Algumas vezes, o critério da desigualdade no tratamento ou da discriminação é sutil, quase imperceptível.

No presente trabalho, conforme será observado mais adiante, o conceito de igualdade e não discriminação terá papel essencial em nossa análise já que, a depender da viabilidade e dos resultados dos exames toxicológicos no ambiente do trabalho, essencial será analisar o que o empregador deverá fazer com tais dados ou informações, mormente quando constatado ou confirmado que determinado trabalhador, por exemplo, é dependente alcóolico ou químico.

A esse respeito do tratamento de dados, releva pontuar, desde já, que o artigo 35º da CRP¹³⁵, ao abordar o tratamento de dados pessoais dos cidadãos, de forma geral, assegura a proteção dos dados pessoais e garante a não discriminação, tendo sido a primeira Constituição na Europa a tratar da proteção de referidos dados.

¹³⁴ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de 1976 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoorepublicaportuguesa.aspx>

¹³⁵ “Art. 35º (...) 2. A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização e garante a sua proteção, designadamente através de entidade administrativa independente. 3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expreso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis.” (CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de 1976 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoorepublicaportuguesa.aspx>).

A CRFB, em que pese não ter um artigo especialmente dedicado ao tema, também regula como direito do cidadão a inviolabilidade de dados e a autodeterminação informativa, consoante leitura conjunta do disposto no art. 5º, incisos X, XI, XII e LXXII¹³⁶. Tal proteção aos dados pessoais será melhor analisada adiante, inclusive diante da legislação especial sobre a proteção de dados existente em ambos os ordenamentos jurídicos.

Assim, questões ligadas tanto a critérios de admissão, quanto à própria possibilidade, ou não, de se fazer o despedimento do trabalhador em tais situações diante de preceitos legais merecerão melhor aprofundamento oportunamente, no presente estudo.

De fato, tais questões merecem todo nosso respeito e consideração. Como alerta MÁRCIO TÚLIO VIANA¹³⁷, “a discriminação se esparrama por todos os lugares porque ela é própria do sistema em que vivemos, e este sistema, que divide os homens, está em todos os lugares ao mesmo tempo”.

Contudo, apesar de tais assertivas, importante ressaltar que a experiência prática na advocacia empresarial trabalhista no Brasil tem nos mostrado que, em determinadas situações, infelizmente, sob o pálio da alegada discriminação ou desigualdade, existem *abusos* por parte de alguns trabalhadores.

Desse modo, é prudente que a tutela aos direitos fundamentais seja sempre analisada com imparcialidade pelos julgadores, sob pena de se transformar importantes preceitos legais em situações de *salvo-conduto* para condutas inapropriadas dos seres humanos.

Isso porque não podemos esquecer que, como seres humanos, todos estamos sujeitos a errar e, nesse contexto, também os próprios trabalhadores estão sujeitos a cometer erros e abusos no âmbito da relação empregatícia.

Portanto, o alerta é importante, a nosso ver, para que a alegada *discriminação* não seja fundamento inadequadamente utilizado para salvaguardar todo e qualquer tipo de situação na

¹³⁶ “Art. 5º (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (...); LXXII - conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;” (CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.)

¹³⁷ VIANA, Márcio Túlio - Os Dois Modos de Discriminar: Velhos e Novos Enfoques. In VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares, CANTELLI, Paula Oliveira, coord. - *Discriminação*. 2.ª ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 143-149. p.144.

relação empregatícia vinculada a preterimentos nas contratações ou situações de despedimento ligadas a desempenhos pessoais e individuais dos trabalhadores e vinculadas à falta de esforço e desempenho, e não a critérios ou motivos pessoais e sociais.

A utilização inadequada de institutos que visam defender o trabalhador acaba por *banalizar* o escorrido emprego de princípios fundamentais essenciais, que devem ser usados com parcimônia, cautela e responsabilidade tanto por parte dos jurisdicionados, quanto por parte dos operadores do Direito.

1.2.5 Direito à privacidade e o direito à intimidade

Estamos na era da exposição da vida pessoal, das redes sociais, das fotos instantâneas, da localização por *Global Positioning System* (GPS)¹³⁸; enfim, vivenciamos uma época em que a tecnologia parece invadir nossa vida privada a todo momento.

A tecnologia e a expansão dos diversos meios de comunicação, por um lado, facilitaram a vida dos seres humanos, considerando que temos acesso à internet em quase todos os momentos, podemos nos locomover facilmente com o uso de mapas dispostos nos automóveis, temos facilidade de comunicação por meio de nossos celulares, pelo WhatsApp, redes sociais e *e-mails*. Por outro, trouxeram certa invasão de nossa vida privada, na medida em que nossas informações pessoais acabam circulando, por diversos meios, com enorme facilidade.

Mesmo sem querer, nos deparamos com informações sobre nossa vida privada com uma simples pesquisa no Google. De fato, algumas informações, logicamente, foram por nós mesmos inseridas, seja nas redes sociais (por exemplo: LinkedIn, Facebook) ou, ainda, nas páginas oficiais dos escritórios ou empresas em que trabalhamos. Entretanto, outras informações de nossa vida pessoal acabam sendo expostas na internet pelo mero cruzamento de dados.

Até aqueles que resistem em participar de redes sociais, evitando o compartilhamento de fotos ou informações em aplicativos como Facebook ou Instagram, podem se surpreender com postagens de amigos ou familiares que, sem pedir licença, acabam por expor nossa vida privada.

A velocidade com que informações de nossa vida privada são expostas perante terceiros pode causar, a alguns, certo desconforto, embora haja aqueles que, sem dúvida, adoram esse universo de exibição de imagens, fotos e pensamentos a todo momento.

¹³⁸ Em português, Sistema de Posicionamento Global.

Entretanto, mesmo para os adeptos do uso irrestrito de redes sociais e aplicativos de fotos instantâneas, o conceito e a proteção do que, juridicamente, denominamos de *direito à privacidade* não se torna menos importante. Isso porque é um cenário em que a própria pessoa opta por compartilhar informações de sua vida com terceiros, postando ou divulgando fotos e informações.

Não obstante, situação completamente diversa ocorre quando, sem seu consentimento ou interesse, referidas informações ou imagens são expostas e divulgadas.

Mesmo na era da exposição, – *e, talvez, justamente porque estamos na era da exposição* –, o direito à reserva da vida privada nunca foi tão importante para a proteção da pessoa.

As Constituições brasileira e portuguesa, não alheias a essa importância, consagram, em seu texto, o direito à privacidade e intimidade.

A CRFB¹³⁹ assim estabelece em seu artigo 5º, inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O diploma constitucional português também reconhece, em seu artigo 26º¹⁴⁰, “os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar”, além do direito à não discriminação, como já analisado em tópico apartado.

Fato é que existem vários aspectos da vida íntima ou privada que merecem e são protegidos, como: a integridade física e moral (artigo 25º da CRP), a reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26º da CRP) e a proteção de dados pessoais (artigo 35º da CRP).

A relevância do conceito também pode ser aferida pelo destaque que a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁴¹ faz no artigo XII: “Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

¹³⁹ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

¹⁴⁰ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de 1976 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoerepublicaportuguesa.aspx>

¹⁴¹ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos [Em linha]. [1948]. [Consult. 24 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos¹⁴² dedica o artigo 8º ao tema destacando que: “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”.

Já a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁴³ afirma, em seu artigo 7º, o direito de todas as pessoas ao respeito pela sua vida privada e familiar, assim como ao domicílio e comunicações. No artigo 8º do referido instrumento, há expressa proteção também ao ser humano quanto aos dados de carácter pessoal que lhe digam respeito.

No mesmo sentido, a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da UNESCO¹⁴⁴ destaca, em seu artigo 14º:

“(a) Os Estados deverão desenvolver esforços no sentido de proteger, nas condições previstas pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos, a vida privada dos indivíduos e a confidencialidade dos dados genéticos humanos associados a uma pessoa, uma família ou, se for o caso, um grupo identificável”.

E, por possuir relação intrínseca com o tema central da presente tese de doutoramento, desde já, ressaltamos que, no quadro jurídico laboral, o CTP dedicou um artigo específico à proteção da reserva da intimidade da vida privada, qual seja, o artigo 16º.

Preconiza o artigo 16º do CTP¹⁴⁵ que:

“Artigo 16.º

Reserva da intimidade da vida privada

1 - O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada.

2 - O direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afectiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas”.

De igual modo, no Brasil, recente reforma trabalhista incluiu o direito à intimidade no bojo da legislação laboral. Dispõe o artigo 223-C da CLT¹⁴⁶ que: “a honra, a imagem, a

¹⁴² CONVENÇÃO Europeia dos Direitos Humanos [Em linha]. (1950). Strasbourg: Council of Europe, [2014?]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf

¹⁴³ CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000 [Em linha]. Atualizado pela entrada em vigor do Tratado de Lisboa [1º dez. 2009]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2012.326.01.0391.01.POR

¹⁴⁴ DECLARAÇÃO Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos [Em linha]. Paris: UNESCO, 2004. [Consult. 23 nov. 2019]. Disponível em WWW: http://unesco.org/fileadmin/user_upload/shs/BEfiles/chapterC.por/C10P.pdf

¹⁴⁵ LEI n.º 7/2009 - Código do Trabalho [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>

¹⁴⁶ DECRETO-LEI n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) [Em linha]. [Consult. 12 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física”.

Releva notar que, apesar de o tratamento jurídico do tema ocupar posição de destaque nos diplomas normativos atuais, historicamente, como ensina GUILHERME MACHADO DRAY¹⁴⁷, “a afirmação e o reconhecimento deste direito, bem como a sua efectiva consagração legislativa, são um fenómeno relativamente recente, próprio da sociedade de informação contemporânea”.

Menciona DRAY¹⁴⁸, citando os ensinamentos de JANUÁRIO DA COSTA GOMES¹⁴⁹, que o direito à privacidade, ou *the right to privacy*, teria sido invocado nos idos de 1890, nos Estados Unidos, em uma publicação de dois jovens advogados na *Harvard Law Review*. O reconhecimento jurisprudencial da *privacy*, entretanto, teria surgido anos depois (em 1905), na decisão proferida pelo Supremo Tribunal da Geórgia, em um caso envolvendo uma empresa de seguros que foi condenada a indenizar um indivíduo pela utilização não autorizada de sua fotografia em campanha de publicidade.

Ainda sobre as origens do direito à privacidade, DIOGO LEITE CAMPOS¹⁵⁰ afirma que elas remontam aos Estados Unidos da América como sendo “o direito a ser deixado sozinho” e, posteriormente, como “o direito a determinar em que medida os pensamentos, os sentimentos e as emoções serão comunicadas a outrem”.

Ao discorrer sobre o tema privacidade e intimidade, na obra *Proteção à Intimidade do Empregado*, a ilustre jurista ALICE MONTEIRO DE BARROS¹⁵¹, recorda que a origem da intimidade é antiga, remontando, segundo os adeptos da *teoria racionalista*, à época da “desagregação do sistema feudal” e representando um “anseio da burguesia capitalista de ter acesso ao que antes constituía privilégio de poucos”.

De acordo com outra corrente, denominada *teoria histórica*, a intimidade seria inata ao homem e sua origem jurídica remontaria ao Direito Romano através de proteção à correspondência, domicílio e liberdade religiosa. Na Idade Média, a inviolabilidade do domicílio aparece em textos jurídicos.¹⁵²

¹⁴⁷ DRAY, Guilherme Machado - *Direitos de Personalidade: anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2006.p. 53.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ GOMES, Januário da Costa - O problema da salvaguarda da privacidade antes e depois do computador. *Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa. n.º 319 (out. 1982), p. 21-56. p. 18-19.

¹⁵⁰ CAMPOS, Diogo Leite de - *NÓS. Estudos sobre o Direito das Pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 103.

¹⁵¹ BARROS, Alice Monteiro de - *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997. p. 19.

¹⁵² *Idem*, p. 20-21.

Contudo, BARROS¹⁵³ afirma que o início da discussão teórica a respeito do direito à intimidade teria mesmo se iniciado em 1890, nos Estados Unidos, na publicação dos advogados Warren e Brandeis no artigo *The right of privacy*, já citado.

Note-se, do exposto, existir suposta distinção entre os direitos à privacidade e à intimidade, apesar de haver doutrinadores que não fazem qualquer distinção entre intimidade e vida privada¹⁵⁴.

Sobre o conceito de vida privada e distinção entre as esferas *íntima e privada*, o jurista português LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO¹⁵⁵ explica que:

“(…) a **esfera íntima** abrange a vida familiar, saúde, comportamentos sexuais e convicções políticas e religiosas, cuja protecção é, em princípio, absoluta; a **esfera privada**, detém uma protecção relativa, podendo ceder em caso de conflito com direitos e interesses superiores; e a esfera pública, concerne às situações que são objeto de conhecimento público e que, por isso, podem ser livremente divulgadas”. (grifo nosso)

Ainda em Portugal, TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA¹⁵⁶, citando FARIA COSTA, alerta que:

“(…) a intromissão em actos da vida privada não pode confundir-se com a violação da barreira que envolve comportamentos que espelham a dimensão da intimidade. Assim, a vida privada ‘comporta conteúdos e valorações’ que não se esgotam na noção de intimidade da vida familiar. Parece-nos que a intimidade é aquele âmbito da vida da pessoa que se situa completamente na sua interioridade, fora do alcance dos demais, sendo consequentemente, alheia a toda a exteriorização e relação”.

Do exposto acima, observa-se uma maior especificidade da esfera íntima em relação à esfera privada e desta em relação à esfera pública.

Na doutrina brasileira, BARROS¹⁵⁷ explicita que os autores brasileiros não teriam chegado a um consenso a respeito da intimidade e vida privada.¹⁵⁸ Para alguns, o direito à intimidade teria como objetivo resguardar a vida privada das pessoas para evitar ingerências alheias, enquanto a privacidade seria uma das manifestações do direito à intimidade. Para outros, continua a autora, o respeito à vida privada teria conteúdo mais amplo do que o direito à intimidade, compreendendo manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade.¹⁵⁹

¹⁵³ BARROS, Alice Monteiro de - *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997.

¹⁵⁴ BARROS, Alice Monteiro de - *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997, p. 29-30.

¹⁵⁵ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de - A protecção dos dados pessoais no contrato de trabalho. In *A reforma do Código do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 152.

¹⁵⁶ FARIA COSTA apud MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites de poder de controlo electrónico do empregador*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 278-279.

¹⁵⁷ A respeito, vide BARROS, Alice Monteiro de, *op. cit.*, p. 29.

¹⁵⁸ *Idem*, p. 30.

¹⁵⁹ *Idem*, p. 30.

De fato, no contexto da legislação brasileira, entendemos que a distinção entre ambos os conceitos parece ser clara. Isso porque, no texto constitucional brasileiro, como citado anteriormente, há expressa menção à intimidade e privacidade em tópicos apartados.

O constitucionalista JOSÉ ANTÔNIO DA SILVA¹⁶⁰ também esclarece essa distinção no diploma brasileiro ao chamar atenção para o fato de que “o dispositivo põe, desde logo, uma questão, a de que a *intimidade* foi considerada um direito diverso dos direitos à vida privada, à honra e à imagem das pessoas”.

Nesse sentido, SILVA¹⁶¹ esclarece que a Constituição brasileira destacou o conceito de privacidade “para que seja mais abrangente, como conjunto de modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver sua própria vida”. A intimidade, assim seria, em sentido mais restrito, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência e o segredo profissional.¹⁶²

Em que pese tais discussões doutrinárias e acadêmicas, o que importa é que, indiscutivelmente, a proteção jurídica à privacidade e a proteção à vida íntima do ser humano são algo inquestionável na realidade dos ordenamentos português e brasileiro.

O tratamento constitucional do tema permitiu formar as diretrizes cardeais para a proteção do tema também no universo do direito dos trabalhadores em sua relação com o empregador. Nas palavras de JOÃO LEAL AMADO¹⁶³:

“Com efeito, e por um lado, o trabalhador não tem de ser transparente, de vidro, para seu empregador; pelo contrário, o trabalhador tem direito a uma certa dose de opacidade perante o empregador, assim resguardando a sua privacidade em face deste. A tutela da *privacy* implica que o empregador não tem o direito de saber tudo sobre o trabalhador...”

E, consoante será tratado mais adiante, em tópico específico, em determinadas situações pode haver conflitos entre a privacidade e intimidade do trabalhador e o poder do empregador.

Em tais situações, como direito fundamental que é, o direito à *reserva* da intimidade da vida privada e familiar não seria absoluto. Entretanto, poderia cessar “perante factos e circunstâncias que fundam direitos de outras pessoas e quando um interesse superior o exija”¹⁶⁴.

¹⁶⁰ SILVA, José Afonso da - *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 208.

¹⁶¹ *Idem*, p. 210.

¹⁶² *Idem*, p. 209.

¹⁶³ AMADO, João Leal - *Trabalhar e amar. Poderes patronais, relações amorosas e direitos de personalidade dos trabalhadores*. Coimbra: GESTLEGAL, 2019. p. 42.

¹⁶⁴ DRAY, Guilherme Machado - *Direitos de Personalidade: anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 58.

Afinal, como orientam as próprias disposições da Convenção Europeia dos Direitos Humanos¹⁶⁵, em seu artigo 8º, deverá haver ponderação dos direitos, mormente quando presentes ou envolvidos direitos de terceiros ou superiores, *verbis*:

“1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a preservação das infrações penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

Do exposto, conclui-se, por ora, que o direito à privacidade e protecção à intimidade da pessoa humana, inclusive do trabalhador, é direito fundamental essencial na realidade atual, razão por que possui tratamento jurídico relevante nos diplomas constitucionais recentes.

Entretanto, como visto, não é direito absoluto e, assim como ocorre com outros direitos e princípios fundamentais, pode, quando em confronto com outros direitos de personalidade de igual relevância, ceder espaço.

Por possuir íntima relação com o tema central da presente tese de doutoramento, referido tema será desenvolvido mais adiante.

1.2.6 Direito à honra e imagem

Por fim, como diretriz cardeal que se pretende destacar no novo constitucionalismo humanístico e que influenciou o surgimento dos direitos de personalidade do trabalhador, destaca-se o direito à honra e imagem.

O direito à honra e imagem são, também, direitos fundamentais protegidos pela Constituição da República Federativa do Brasil e em Portugal, em que pese a nomenclatura portuguesa utilizar-se da expressão *bom nome e reputação*, em vez da expressão *honra*.

CRFB:

“Art. 5º [...]

X –são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.¹⁶⁶

CRP:

“Artigo 26º (Outros direitos pessoais)

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem,

¹⁶⁵ CONVENÇÃO Europeia dos Direitos Humanos [Em linha]. (1950). Strasbourg: Council of Europe, [2014?]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf

¹⁶⁶ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”.¹⁶⁷

A Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁶⁸ também protege a honra e reputação, além de quaisquer outras interferências na vida privada em seu artigo XII.

A honra, atributo “umbilicalmente associado à natureza humana”¹⁶⁹ possuiria duas vertentes de manifestação, quais sejam: a objetiva e subjetiva. A objetiva seria, pois, relacionada à reputação da pessoa na sociedade em que está inserida, abrangendo seu *bom nome e fama*.¹⁷⁰ A honra subjetiva, por sua vez, corresponderia ao que o próprio ser, como tal, sente em relação à consciência de sua dignidade ou estima.¹⁷¹

O direito à honra, comumente, tem sido invocado em situações que envolvem a liberdade de expressão. De fato, a liberdade de expressão, em que pese ser uma liberdade essencial do ser humano como ser pensante e atuante na sociedade em que vive, não pode atingir a esfera *moral* de outro ser humano se for violado ou desrespeitado em seu bom nome e reputação.

A violação à honra (e também à imagem) de uma pessoa é passível de indenização por danos morais, por envolver violação à sua integridade moral, sendo matéria comumente questionada no âmbito judicial.

A imagem, também de repercussão na vida do homem como ser social, pode ser conceituada como “a expressão exterior sensível da individualidade humana”¹⁷², devendo ser respeitada e tutelada, como exposto nas Constituições citadas.

Para PABLO STOLZE GAGLIANO¹⁷³, a imagem pode ser concebida em dois aspectos: a *imagem-retrato*, que corresponde à imagem física de determinada pessoa; e a *imagem-atributo*, que envolveria a forma como referida pessoa é vista socialmente.

A imagem de uma pessoa e sua exposição inadequada ou não autorizada perante terceiros pode gerar sérias repercussões na esfera psicológica do indivíduo sendo, atualmente, um tema de grande relevância.

¹⁶⁷ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de 1976 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoorepublicaportuguesa.aspx>

¹⁶⁸ “Artigo XII. Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.” (DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos [Em linha]. [1948]. [Consult. 24 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf).

¹⁶⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - *Novo curso de direito civil*. 5.^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 182.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² *Idem*, p. 183.

¹⁷³ *Idem*, p. 183.

Isso porque, como já exposto no presente capítulo, a tecnologia e a velocidade com que as informações circulam atualmente, em virtude da mídia, *internet* e outros meios de comunicação, acabam por dar uma dimensão muito maior, em termos de exposição, do que antigamente.

Em questão de segundos, uma imagem pode alcançar milhares de pessoas, outros Estados e Países.

Entretanto, a par da constatação inevitável de que os avanços da tecnologia propiciaram a apropriação de nossa imagem em limites que, muitas vezes, até nós desconhecemos, releva trazer à baila as interessantes reflexões de DIOGO LEITE DE CAMPOS, na obra *NÓS: Estudos sobre o Direito das Pessoas*.

Para o autor, é inegável que a “informática, hoje, invadiu a nossa vida a níveis que nos recusamos a admitir que existem, mas que existem”¹⁷⁴. Cita ele, por exemplo, a situação do banco ou da nossa empresa de cartão de crédito, que, através de informações gerais que nós mesmos somos compelidos a fornecer, se colocam em condições de “reconstituir com bastante rigor a nossa vida, a nossa imagem”¹⁷⁵. Informação gera poder.

Logicamente, destaca o autor que “a ordem jurídica deve intervir para nos proteger do aproveitamento dessa imagem. Mas não vamos mais longe”¹⁷⁶.

Contudo, continua CAMPOS¹⁷⁷, nem por isso devemos temer referida intromissão em nossas vidas. Explica, *litteris*:

“O conhecimento de outrem é fonte do poder. Mas não receio o poder quando é legítimo. A coesão social é feita de múltiplas relações de poder, naturais e legítimas. Poder que deve existir, para que o tecido social não se desfaça e tenha de ser reconstituído à custa de maiores sacrifícios e de um novo poder mais violento e, porventura, ilegítimo. [...] Porque não aceitar que os outros conheçam e apreciem livremente a nossa maneira de ser, a nossa imagem? A exemplo do que sempre sucedeu, ‘para o bem e para o mal’, mas mais frequentemente ‘para o bem’...”

15. Vamos afastar o individualismo, o grande *medo dos outros*: que são hoje tão desconhecidos que parecem, ao *indivíduo* contemporâneo, o *bárbaro* dos gregos ou o *lobisomem* da Idade Média.

Há, até ao mais recôndito de cada ser humano, uma zona pública que os outros podem percorrer. Exijamos o respeito do essencial. Mas, a descoberta desse essencial só será possível quando, ultrapassado o individualismo, descobramos em cada um dos outros um semelhante. Digno de respeito, como eu seu.

O receio de intromissão na nossa vida através de meios informáticos diminuirá muito. Para amar os outros há que os conhecer”.

¹⁷⁴ CAMPOS, Diogo Leite de - *NÓS. Estudos sobre o Direito das Pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 106.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ *Idem*, p. 106-107.

Em que pese o posicionamento individual de cada um a respeito de tais reflexões – o mais bonito no ser humano é, justamente, a individualidade de pensamento que faz cada um ser único no universo e, assim, propicia a evolução dos conceitos e das instituições –, fato é que, em um ponto, o pensamento exposto pelo jurista nos chama atenção e nos faz refletir.

É que os inegáveis e importantes avanços que a sociedade teve no que se refere aos direitos humanos e, ainda, na tutela dos direitos de personalidade, como brevemente exposto nos itens anteriores, não podem, também, nos conduzir à conduta de colocar um ser humano contra o outro, de nos isolar ou nos conduzir a uma atitude de desconfiança, nessa alegada busca de ter, cada um, o seu direito individual ou pessoal tutelado e reconhecido. Isso, inclusive, na seara justrabalista.

Afinal, de um lado está sempre o ser humano e, de outro, mesmo que representando instituições ou empresas, públicas ou privadas, também se encontram outros seres humanos.

Por esse motivo, até no importante tema de proteção dos direitos humanos e tutela dos direitos de personalidade do trabalhador, nunca devemos nos esquecer do necessário equilíbrio.

O equilíbrio é sempre fator determinante de manutenção da força de um direito, um conceito ou um instituto. O desequilíbrio, ao revés, transforma algo positivo em negativo.

Que sempre saibamos invocar e aplicar os relevantes e essenciais direitos fundamentais constitucionais da pessoa humana, tão duramente conquistados ao longo dos últimos anos, com responsabilidade e assertividade.

Desse modo, a centralidade da pessoa humana como fundamento principal do constitucionalismo moderno, bem como sua dignidade – manifestada através de preceitos como respeito à sua vida, à igualdade e não discriminação, à preservação da sua privacidade e intimidade, sua honra e imagem –, permanecerão cada dia mais fortes como diretrizes CARDEAIS para a tutela da pessoa humana e, também, do trabalhador, como será melhor analisado e desenvolvido mais adiante.¹⁷⁸

¹⁷⁸ Releva notar que a honra e imagem, constitucionalmente protegidas, também possuem previsão expressa na legislação laboral, tanto em Portugal quanto no Brasil. Em Portugal, os artigos 15º, 20º e 21º do Código do Trabalho protegem a integridade física e moral do trabalhador, sendo que os artigos 20º e 21º abordam mais especificamente o direito à proteção da imagem do mesmo diante das novas tecnologias e do uso de meios de vigilância a distância. No Brasil, por sua vez, o já citado artigo 223-C da Consolidação das Leis do Trabalho também protege a honra e a imagem do trabalhador. Tais artigos serão melhor analisados mais adiante, quando se tratar do tema especificamente na esfera do Direito do Trabalho em ambos ordenamentos jurídicos.

2 O CONSTITUCIONALISMO HUMANÍSTICO DO PÓS-GUERRA E OS NOVOS PARÂMETROS JURÍDICOS PARA O PODER DO EMPREGADOR: DIRETRIZES CARDEAIS

Conforme visto no capítulo anterior, as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial fizeram surgir, após o seu término, um novo período humanístico, com o aparecimento de um universo diferente de direitos, inclusive para os trabalhadores.

Ocorre que, da mesma forma como ocorreu com os direitos dos trabalhadores, esses novos paradigmas jurídicos surgidos no constitucionalismo humanístico do pós-guerra também refletiram nos poderes dos empregadores. Esse, portanto, será o tema de análise do presente capítulo.

2.1 A INFLUÊNCIA DOS NOVOS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS NO PODER DO EMPREGADOR

No contexto dos novos paradigmas constitucionais do Estado Democrático de Direito, *no conceito da Constituição da República do Brasil de 1988*, ou Estado de Direito Democrático, *tal como preceitua a Constituição da República Portuguesa de 1976*, novas diretrizes foram, também, determinantes para a caracterização e estabelecimento de limites ao poder do empregador na relação empregatícia.

Não só os novos conceitos determinantes nas Constituições a partir da Segunda Guerra Mundial influenciaram o tratamento da pessoa como ser humano em seus direitos de personalidade, como exposto no capítulo anterior. Os novéis parâmetros também influenciaram um novo *olhar* sobre a atuação, objetivos e limites do poder económico e sua relação com os direitos sociais.

A respeito da constitucionalização da ordem econômica, JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁷⁹ destaca que foi a partir da Constituição Mexicana de 1917 que, historicamente, a ordem econômica passa a adquirir *dimensão jurídica* com sua sistematização nos instrumentos constitucionais.

Outros doutrinadores, a exemplo de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO¹⁸⁰, esclarecem que alguns contestam essa primazia da Constituição Mexicana, atribuindo, diversamente, à Constituição Alemã de 1919 (Constituição de Weimar) o modelo da

¹⁷⁹ SILVA, José Afonso da - *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 800.

¹⁸⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves - *Curso de Direito Constitucional*. 40.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 383.

constituição econômica na medida em que lhe dedica uma seção inteira intitulada “Da vida econômica”.

Em que pese essa discussão doutrinária a respeito do pioneirismo, fato é que, em ambos os instrumentos jurídicos citados, houve um início de movimento no sentido de inserir a disciplina da ordem econômica nos instrumentos constitucionais.

Foi a partir, portanto, do momento em que o Estado passou a intervir na ordem econômica, regulando-a e superando o conceito anterior encontrado no liberalismo de obtenção desenfreada pelo lucro, a qualquer custo, que começam a despontar novos conceitos e diretrizes para essa ordem, claramente fundada na busca do bem-estar social e da concretização dos Direitos Humanos.¹⁸¹

Com efeito, para além da promoção do crescimento económico e do desenvolvimento de determinada região ou setor, os planos económico e social, em uma Constituição econômica, têm por objetivos, dentre outros, promover a qualidade de vida do povo, a defesa do meio ambiente, a justa repartição do produto nacional, além de políticas educativa e cultural.¹⁸²

Com propriedade, a constitucionalização dos direitos económicos e sociais conduziu, por meio de posteriores reformas na legislação infraconstitucional, à “irradiação dos efeitos das normas e valores constitucionais aos outros ramos do direito”¹⁸³, inclusive ao Direito do Trabalho.

A denominada *eficácia horizontal dos direitos fundamentais* é, portanto, a propagação dos direitos fundamentais para a relação também entre particulares, fenômeno que dá ainda mais efetividade aos direitos constitucionalmente consagrados.¹⁸⁴

Com a irradiação dos direitos fundamentais constitucionais para outros ramos do Direito, inclusive na relação entre particulares, dentre os quais trabalhador e empregador, o Estado continua possuindo papel relevante. Entretanto, assume mais um papel *protetor* para “assegurar que nessas relações os direitos fundamentais sejam observados”¹⁸⁵.

Como nos ensina MÁRCIO GRANCONATO¹⁸⁶, “exemplos claros da importância da constitucionalização dos direitos encontram-se nas normas laborais. De fato, normas trabalhistas, como o Código do Trabalho de Portugal, passaram a incluir em seus textos direitos

¹⁸¹ MAGALHÃES. José Luiz Quadros de - *Direito Constitucional*. 2.^a ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 312.

¹⁸² A respeito, vide MIRANDA, Jorge - *Curso de Direito Constitucional*. Vol. I, *Estado e constitucionalismo, constituição, direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. p. 527.

¹⁸³ GRANCONATO, Márcio - Garantias e Formas de Efetivação dos Direitos Sociais e Trabalhistas. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo. Ano 37, Vol. 142 (abr.-jun. 2011), p. 130.

¹⁸⁴ A respeito, vide GRANCONATO, Márcio, *op. cit.*, p. 130-132.

¹⁸⁵ *Idem*, p. 134.

¹⁸⁶ *Idem* p. 131.

de personalidade”. Idem no Direito brasileiro, que passou a tutelar os direitos de personalidade do trabalhador, que serão objeto de maior estudo no Capítulo IV da presente tese.

Na relação empregatícia, os poderes do empregador passam a possuir, como diretrizes norteadoras e limitadoras em sua aplicação, os direitos fundamentais, dentre os quais, a dignidade da pessoa humana, a centralidade da pessoa humana, a reserva à intimidade da vida privada, a não discriminação.

Outrossim, conceitos nitidamente vinculados ao poder econômico, como o direito à propriedade e sua função social, também sofreram nítida influência do novo constitucionalismo humanístico, irradiando posteriores efeitos para influenciar o poder do empregador, sua atuação e limites no contexto da relação privada entre empregador e empregado. É o que veremos em seguida.

2.1.1 Justiça social

Uma das diretrizes cardeais orientativas para a ordem econômica, no constitucionalismo humanístico do pós-guerra, é a *justiça social*.

Referido conceito possui expressa previsão na Constituição da República do Brasil de 1988 e, também, na Constituição Portuguesa.

No Brasil, de acordo com o artigo 170 da Constituição¹⁸⁷, “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social...”. Também no artigo 193, o conceito de justiça social reaparece: “a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo, o bem-estar e a justiça sociais”.

O que seria, contudo, justiça social? Em que medida o conceito de justiça social interfere no poder do empregador e na relação privada entre empresa e empregado?

Nos dizeres de JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁸⁸, “um regime de justiça social será aquele em que cada um deve dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política”.

Por sua vez, MAURICIO GODINHO DELGADO¹⁸⁹ preleciona que referido princípio pressupõe que “a realização material das pessoas não passa apenas por sua aptidão individual

¹⁸⁷ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

¹⁸⁸ SILVA, José Afonso da - *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 803.

¹⁸⁹ DELGADO, Mauricio Godinho - *Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 5.^a ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 61.

de bem se posicionar no mercado capitalista”, mas dependeria, ainda, de fatores externos à pessoa, esses tutelados pela ordem jurídica.

O conceito de justiça social está, pois, diretamente ligado ao conceito de igualdade de condições e oportunidades.

Ora, não são necessárias maiores reflexões para se concluir que, em um sistema de base capitalista, como é a ordem econômica brasileira, a justiça social, embora um ideal a ser perseguido, é de difícil concretização prática.

É característica inerente do sistema capitalista uma certa concentração de riqueza nas mãos de uns, os detentores dos meios de produção, gerando patente desigualdade econômica e social entre os indivíduos.

Entretanto, não alheia a essa realidade, a Constituição brasileira, no intuito de tornar menos abstrato esse conceito, estabeleceu certos princípios norteadores da ordem econômica, como: função social da propriedade, busca do pleno emprego *etc.*

Destarte, ao estabelecer que a ordem econômica deve obedecer aos ditames da justiça social e, ainda, ao estabelecer princípios que deverão ordenar essa mesma ordem econômica, como a busca do pleno emprego, a função social da propriedade e outros valores, a Constituição estabeleceu as diretrizes ou chaves mestras que devem orientar a atuação econômica, limitando ou restringindo o poder econômico, a fim de diminuir as disparidades geradas pelo sistema capitalista.

Como leciona JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁹⁰:

“Assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da *justiça social*, não será tarefa fácil num sistema de base capitalista e, pois, essencialmente individualista. É que a justiça social só se realiza mediante equitativa distribuição da riqueza. Um regime de acumulação ou de concentração do capital e da renda nacional, que resulta da apropriação privada dos meios de produção, não propicia efetiva justiça social, porque nele sempre se manifesta grande diversidade de classe social, com amplas camadas de população carente ao lado de minoria afortunada. A história mostra que a injustiça é inerente ao modo de produção capitalista, mormente do capitalismo periférico. Algumas providências constitucionais formam agora um conjunto de direitos sociais com mecanismos de concreção que devidamente utilizados podem tornar menos abstrata a promessa de justiça social. Esta é realmente uma determinante essencial que impõe e obriga que todas as demais regras da constituição econômica sejam entendidas e operadas em função dela”.

Logo, pode-se concluir que a finalidade da ordem econômica não pode ser, de um lado, o enriquecimento absurdo de determinadas pessoas em detrimento de outras – *já que isso conduziria, com certeza, a um desequilíbrio social que, em situações extremas, poderia colocar em risco a própria efetividade do sistema econômico* –, tampouco pode ser a satisfação plena

¹⁹⁰ SILVA, José Afonso da - *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 803.

das necessidades integrais e iguais de todos os seres humanos – *já que isso seria um mero ideal sem aplicação prática*.

Uma visão mais realista da ordem econômica social teria, então, um *meio termo*, em que a busca do lucro é “tolerada, desde que compensada por uma redistribuição inspirada na justiça social”¹⁹¹, sendo a justiça social uma diretriz cardeal orientativa que possui como objetivo a diminuição das disparidades intrínsecas da ordem econômica capitalista.

Reitera-se que referido princípio também possui expressa previsão no ordenamento constitucional português.

Desse modo, o diploma constitucional português estabelece, no artigo 81º, item 1, b, como incumbência prioritária do Estado, “promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal”.

Do exposto, podemos observar que, também no conceito da Constituição portuguesa, a justiça social está diretamente relacionada ao conceito de igualdade de condições e oportunidades.

Destarte, sendo princípio constitucional relevante, não existe uma *política pública de justiça social específica*, sendo, contudo, inspiradora de todas as políticas públicas ou diretriz cardeal orientativa de diversas condutas, podendo ser arguida na relação com o Estado – *a exemplo de uma arguição de lei supostamente em desarmonia com referido princípio* –, ou na relação entre particulares.¹⁹²

Assim, no campo público, políticas do Estado que objetivem a diminuição das disparidades econômicas e sociais, com investimentos em educação de qualidade, saúde para todos e inclusão social, são formas de se garantir o objetivo da justiça social.

No campo das relações privadas, o Direito do Trabalho desponta como um importante ramo do Direito capaz de promover a justiça social.

Sobre o tema, na obra *O Direito do Trabalho como Instrumento da Justiça Social*, JORGE LUIZ SOUTO MAIOR¹⁹³ ensina haver diversos argumentos que identificam esse ramo do Direito como instrumento de luta para realização da justiça social, dentre os quais destacam-se os seguintes, a nosso ver:

¹⁹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves - *Curso de Direito Constitucional*. 40.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 389.

¹⁹² A respeito, vide AGUILLAR, Fernando Herren - *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 6.ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 246-247.

¹⁹³ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz - *O Direito do Trabalho como Instrumento da Justiça Social*. São Paulo: LTr, 2000. p. 23-26.

“1. O trabalho valorizado, no mundo capitalista, é fator essencial para a dignidade humana, contribuindo, decisivamente, para a justiça social.
 2. o direito do trabalho é o instrumento de realização dessa valorização. [...] 7. em termos concretos, a justiça social se constrói pela eliminação da injustiça provocada pela exploração da força de trabalho de um homem por outro homem, podendo-se, aliás, localizar a origem das riquezas e da má distribuição dessa mesma riqueza nesta exploração. [...] 12. quando se fala em direito do trabalho, recordando-se de sua origem histórica, a ideia de justiça social, que pode ser concretizada, como visto, na ação de justiça distributiva, que preconiza o tratamento desigual para os desiguais, a noção de justiça passa a integrá-lo, fundamentalmente, como princípio maior. [...] 16. os princípios jurídicos trabalhistas são, por isso, a realização da justiça social, a irrenunciabilidade dos direitos, a primazia da realidade e a continuidade da relação de emprego. Sem eles o direito do trabalho não se identifica como ciência autônoma do conhecimento jurídico”.

Na prática dos Tribunais, também é possível observar a aplicação do princípio da justiça social, tanto no contexto da Justiça brasileira quanto em Portugal.

Em Portugal, o conceito possui aplicação antiga, tanto que um acórdão do Tribunal da Relação do Porto, proferido em votação unânime em sessão de 15 de abril de 1991, já o aplicava. Note-se que esse conceito também pode ser encontrado em decisões recentes.¹⁹⁴ Vejamos:

“I – Celebrado um contrato de trabalho sem prazo a que se seguiu um contrato de trabalho a prazo extorquido sob coacção e, por isso, nulo, o trabalhador e a empresa continuam vinculados pelo primeiro;

¹⁹⁴ A respeito, *vide* o seguinte acórdão:

“I – O trabalhador goza de privilégio imobiliário especial pelo seu crédito perante a entidade empregadora sobre o património imobiliário pertencente ao empregador que integre a estrutura estável da sua organização produtiva, independentemente da localização habitual do posto de trabalho do trabalhador, desde que exista uma interacção efectiva na prestação da obrigação laboral mantida entre as partes no referido imóvel.
 II – O local onde o trabalhador presta a sua actividade, referido no art.º 333º do Código do Trabalho tanto podem ser o local habitual como aquele outro para onde se deslocava quando aumentavam as necessidades de produção na unidade fabril.
 [...] Aliás, convém recordar que é fundado em razões de justiça social que o legislador reconheceu uma **garantia real particularmente forte aos créditos laborais, em virtude da natureza de direito fundamental constitucionalmente protegido do direito que se pretende garantir com o referido privilégio**: o direito à remuneração (artigos 59º, nº1, al. a) e nº3 da Constituição da República Portuguesa). A este direito, bem como às indemnizações devidas ao trabalhador pela cessação do contrato de trabalho, reconheceu o Tribunal Constitucional uma natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, pois desempenham «uma evidente função de substituição do direito ao salário perdido. Este acórdão acentua que tal direito poderá ser eventualmente, o único e derradeiro meio, numa situação de falência da entidade empregadora, de assegurar a efectivação de um direito fundamental dos trabalhadores que visa a respectiva «sobrevivência condigna». Mais exigente é Leal Amado que defende que «gozando embora de tal privilégio creditório, nem por isso o direito ao salário se podia considerar adequadamente protegido (...) não devemos esquecer que a retribuição atribuída ao trabalhador constitui um elemento de subsistência e de dependência económico-social. Numa perspectiva funcional dos direitos é inquestionável que o salário e a sua proteção jurídica não visam exclusivamente garantir a satisfação de objectivos eminentemente sociais, pois existe uma dimensão mais lata que permite aos seus titulares e respectivas famílias beneficiarem de uma existência condigna. Este direito incorpora ainda uma valoração de cariz humanitário que não se confunde com a sua componente meramente patrimonial.” (ACÓRDÃO do Tribunal da Relação de Évora de 20.10. 2016 (José Manuel Galo Tomé de Carvalho) no processo n. 104/14.2T8MNN.E1 [Em linha]. [Consult. 19 ago. 2018]. Disponível em WWW: <https://jurisprudencia.pt/acordao/50290/>, grifo nosso).

II – Consequentemente, o trabalhador despedido sem justa causa e sem precedência de processo disciplinar tem os direitos atribuídos pelo artigo 12 do Decreto-Lei 372-A/75, de 17 de Julho;

III – A classificação profissional do trabalhador é determinada pela realidade material dos serviços prestados, sendo as funções em concreto desempenhadas que conduzem ao enquadramento na categoria, havendo dúvidas nesse enquadramento na actividade laboral desenvolvida se confundirem funções diferentes, **razões de justiça social impõem a atribuição da categoria profissional que mais regalias conceda ao trabalhador**".¹⁹⁵ (grifo nosso)

No Brasil, a *justiça social* é utilizada, também, como fundamento para algumas decisões do Tribunal Superior do Trabalho. Exemplificativamente, o acórdão abaixo proferido em 7 de agosto de 2019, em que o conceito é citado para fundamentar decisão no contexto da caracterização da responsabilidade subsidiária da Administração Pública por créditos trabalhistas de trabalhador terceirizado mediante contrato de prestação de serviços:

“A C Ó R D ã O
(8ª Turma)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CULPA IN VIGILANDO. O Tribunal Regional decidiu a controvérsia em consonância com os artigos 186 e 927 do Código Civil, que preveem a culpa in vigilando. Ademais, os artigos 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93 impõem à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos de prestação de serviços por ela celebrados. No presente caso, o ente público tomador dos serviços não cumpriu adequadamente essa obrigação, permitindo que a empresa prestadora contratada deixasse de pagar regularmente a sua empregada as verbas trabalhistas que lhe eram devidas. Saliente-se que essa conclusão não implica afronta ao art. 97 da CF e contrariedade à Súmula Vinculante nº 10 do STF, nem desrespeito à decisão do STF na ADC nº 16, porque não parte da declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, mas da definição do alcance das normas inscritas nessa Lei, com base na interpretação sistemática. Agravo de instrumento conhecido e não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-73-29.2017.5.05.0222, em que é Agravante: ESTADO DA BAHIA e são Agravadas: EDILENE SANTOS DE LIMA e META TERCEIRIZAÇÕES E SERVIÇOS LTDA.

[...] Tendo por fundamento o proveito obtido pelo tomador de serviço, garantindo o cumprimento da condenação na hipótese de inadimplência do empregador, a responsabilidade subsidiária nos termos acolhidos nesta Especializada resguarda o crédito de natureza eminentemente alimentar decorrente do contrato de trabalho.

Certo é que a prestação de labor desenvolvida pelo trabalhador através de empresa prestadora de serviços autoriza seja atribuída ao tomador beneficiado a responsabilidade subsidiária, nos moldes tratados na Súmula 331, item IV, do c. TST: "IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial". (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) – Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011".

A respeito Amauri Mascaro Nascimento, em artigo publicado pela LTR, afirma:

"... O direito do trabalho é um ramo do direito que traduz as aspirações da época em que vivemos, o que provocou a revisão do Enunciado 256 e chegou-se ao já citado 331, que estimula a terceirização, já que o mesmo foi uma concessão à realidade

¹⁹⁵ ACÓRDÃO do Tribunal da Relação do Porto de 15.04.1991 no processo n. 9050479 (Manuel Fernandes). [Consult. 19 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://jurisprudencia.pt/acordao/63274/>.

vivida pela economia atual. Pelo exposto, resulta que o Enunciado 331, do TST, não pode ser encarado isoladamente, apenas no que se refere ao inciso que versa sobre a responsabilidade subsidiária. Isto porque os três primeiros incisos tratam de proteger os empregadores do tratamento generalizado que vinha sendo dispensado nos casos de contratação de mão-de-obra, ficando resguardadas as hipóteses de contratação temporária de vigilância, de conservação e limpeza, as prestações de serviços aos órgãos públicos e os contratos de serviços ligados a atividade meio do tomador. Deixar o empregado a sua própria sorte, a espera de lei regulamentando as relações oriundas da terceirização, seria aviltar demais a condição do trabalhador, que é por natureza hipossuficiente. **E, ainda, não nos esqueçamos que o Direito do Trabalho tende à realização de um valor: a justiça social; o trabalho deve participar da dignidade pessoal do homem e merece a mais alta valoração. E foi justamente a consciência desta necessidade que levou o TST à elaboração do Enunciado 331, IV, exercitando também o artigo 6º da CF vigente que preceitua a assistência aos desamparados como um dos direitos sociais do homem, neste caso como trabalhador, figura historicamente hipossuficiente na relação laboral**".

Inadmissível, portanto, a exclusão do tomador dos serviços do polo passivo da lide, tampouco, se cogitar do afastamento da sua responsabilidade subsidiária, suportando os encargos trabalhistas inadimplidos pelo real empregador, quando comprovada a insolvência deste sem ter o empregado garantia do seu crédito e demonstrado o descumprimento do dever de fiscalização do beneficiado.

A responsabilidade subsidiária vem reforçar tão somente aquela principal, desde que esta não seja suficiente para atender os imperativos da obrigação assumida ou o devedor primário se apresente inadimplente.

Aquele que se beneficiou dos serviços prestados poderá ser ressarcido do dano sofrido, retendo valores que deve ao empregador principal ou, ainda, através de ação regressiva.

Embora salientando entendimento pessoal em sentido contrário, mas respeitando aquele predominante neste Colegiado pela maioria dos seus integrantes, a norma do artigo 71, §1º da Lei 8.666/93 não afasta a responsabilidade subsidiária, mesmo quando a contratação se fez mediante prévio processo de licitação pública.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do agravo de instrumento e, no mérito, negar-lhe provimento. Retifique-se a autuação para fazer constar como agravada "EDILENE SANTOS DE LIMA " ao invés de "EDILENE SANTOS DE LIMA VALVERDE"". ¹⁹⁶ (grifo nosso)

O conceito de justiça social possui, portanto, nítida vinculação com o poder empregatício ou do empregador, interferindo na relação privada entre empresa e empregado, na medida em que a exploração econômica do empregador dos seus meios de produção e o exercício dos poderes decorrentes em face do empregado, em virtude de ser o detentor da força humana do trabalho, não podem se constituir, entretanto, em um fim em si mesmo.

A busca pela riqueza não pode, assim, em um Estado Constitucional que tenha como fundamento ou princípio a *justiça social* ser o fim único ou o objetivo principal da ordem econômica ou do desenvolvimento do poder econômico, mas deve, ao revés, ao lado de seus objetivos naturais de lucro, ser um objetivo natural a ser perseguido.

¹⁹⁶ ACÓRDÃO do Tribunal Superior do Trabalho de 07.08.2019 no processo n. AIRR - 73-29.2017.5.05.0222 (Dora Maria da Costa – Ministra Relatora) Em linha]. [Consult. 19 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#431fd4e6397fe045a45563b916cb8dc7>.

Destarte, a justiça social surge, no novo constitucionalismo humanístico, como um princípio essencial que, muito além de nortear os demais preceitos normativos de referido sistema normativo, visa se tornar uma diretriz essencial da ordem econômico-social.

Capital, trabalho, dignidade e justiça social devem, pois, caminhar de forma concomitante.

2.1.2 Função social da propriedade

Outro conceito relevante e que merece atenção quando se estuda sobre os direitos humanos no pós-guerra é, sem dúvida alguma, o de propriedade.

Referido conceito evoluiu, ao longo dos anos, como nos ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA. Assim é que, em uma primeira concepção, foi concebido como uma “*relação* entre uma *pessoa* e uma *coisa*”¹⁹⁷, concepção essa que não tardou a falhar, nos dizeres do jurista, considerando que não poderia haver entre pessoa e coisa uma relação jurídica, que só existe entre pessoas¹⁹⁸.

Posteriormente, continua o jurista, o direito de propriedade passou a ser concebido como “uma relação entre um indivíduo (sujeito ativo) e *um sujeito passivo universal* integrado por todas as pessoas, o qual tem o dever de respeitá-lo, abstraindo-se de violá-lo”¹⁹⁹.

Em evoluções subsequentes, o conceito em comento e seu caráter absoluto foi sendo superado, chegando à concepção mais moderna da propriedade como função social e, ainda, da propriedade socialista²⁰⁰, conceito atualmente em crise.

Com efeito, no Estado Liberal predominava o direito irrestrito dos homens à propriedade privada, até mesmo de modo a garantir os avanços da livre concorrência e das conquistas burguesas.

A propriedade privada no Estado Liberal é, pois, “um direito fundamental absoluto, intocável”²⁰¹. Os preceitos do *laissez-faire* e do *laissez-passer* não permitem, assim, qualquer interferência externa, garantindo a liberdade e a livre concorrência.

¹⁹⁷ SILVA, José Afonso da - *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 273.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ Apesar da especificidade do tema, não nos aprofundaremos no conceito de propriedade socialista, por não ser objeto do presente estudo e por envolver uma série de questões político-sociais. Portanto, nos deteremos na função social da propriedade e do seu tratamento atual no Constitucionalismo contemporâneo, em especial nas Constituições brasileira e portuguesa, a fim de possibilitar o confronto posterior com nosso tema.

²⁰¹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de - *Direito Constitucional*. 2.^a ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 130.

Como preleciona MAGALHÃES²⁰², o liberalismo clássico “deixou aos cidadãos a possibilidade do exercício de livre concorrência, de modo que o egoísmo de cada um ajudasse a melhoria do todo”.

Contudo, como cediço, referido sistema não tardou a mostrar fragilidades e disparidades, já que a completa ausência de interferência do Poder Público nos domínios da ordem econômica desencadeou um desequilíbrio patente gerando *misérias sociais e desajustamentos* promovidos pela própria Revolução Industrial.²⁰³

Daí que, consoante já vimos anteriormente, ao Estado Liberal sucedeu, paulatinamente, o Estado Social, em que, além da estrutura política do Estado, as Constituições – *dentre as quais a do México de 1917 e a de Weimar, da Alemanha (1919)* – passaram a reconhecer a importância do Estado interferir para garantir a todos uma existência digna.²⁰⁴

Nos dizeres de J.J. GOMES CANOTILHO²⁰⁵, “se o capitalismo mercantil e a luta pela emancipação da <sociedade burguesa> são inseparáveis da conscientização dos direitos do homem”, a luta de classes acabou por desencadear a “necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do <homem total>”.

O objetivo de se garantir ao homem, no plano económico, social e cultural, uma existência digna passou a integrar o conteúdo de grande parte das Constituições e do patrimônio da humanidade, através da coexistência dos interesses liberais e privados com os sociais.

No Direito Constitucional Brasileiro, como decorrência desse movimento de limitação aos direitos individuais, antes absolutos, e de coexistência com os direitos sociais, surge a *função social da propriedade* ou a limitação do uso da propriedade pelos interesses de uma coletividade.

O projeto constituinte, pois, estruturou-se através de um modelo “pautado pela simetria (sempre tendencial) e sinergia entre o capital e o trabalho e os valores da liberdade individual e da justiça social”²⁰⁶.

Nesse contexto, diversos artigos constitucionais se dedicam a tratar da propriedade privada e, também, das limitações ao seu uso. Vejamos:

²⁰² MAGALHÃES, José Luiz Quadros de - *Direito Constitucional*. 2.^a ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 131.

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.^a ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 385.

²⁰⁶ SARLET, Gabrielle Bezerra Sales - Art. 170, II – propriedade privada. In SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio; MENDES, Gilmar Ferreira, coord. - *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1889.

- a) O artigo 5º, inciso XXII, da CRFB, regulamenta o direito de propriedade como um direito individual fundamental:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXII – é garantido o direito de propriedade”.

- b) Na sequência, os demais incisos legais restringem referido direito, com destaque para o inciso XXIII, que exige que a propriedade atenda a sua função social:

“XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV – no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

Uma primeira condição que se observa para o pleno exercício do direito de propriedade, antes absoluto, é, pois, a denominada função social da propriedade.

No ordenamento brasileiro, o destaque para a referida função social não foi regulamentado tão somente no artigo 5º supracitado. Também no capítulo destinado à ordem econômica e financeira, há menção destacada do conceito como princípio geral da atividade econômica.

Destarte, a propriedade privada e sua função social constituem princípios gerais que devem ser observados na ordem econômica, tendo por finalidade assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social²⁰⁷.

²⁰⁷ “DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

Idem em relação às funções sociais da propriedade urbana e da propriedade rural, regulamentadas nos artigos 182, 184 e 186 da CRFB, que, em suma, destacam:

(i) que a política de desenvolvimento urbano deve levar em conta que a propriedade urbana cumpra sua função social, entendido isso quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretivo, que é o plano aprovado pelo Poder Público com as diretrizes principais para garantir o bem-estar de seus habitantes e as funções sociais da cidade (art. 182, *caput* e parágrafos 1º e 2º);

(ii) que, em relação à propriedade rural, essa também deve atender à sua função social, o que ocorre quando existe, simultaneamente, aproveitamento racional e adequado da mesma, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulam as relações de trabalho e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (artigo 186 e incisos I a IV). Destaca-se que o artigo 184, inclusive, dá direito à União de desapropriar o imóvel rural que não atender sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária.

Nesse ponto, interessante destacar que, como princípio informador da ordem econômica e financeira, a função social da propriedade é norma de aplicação imediata, como são todos os princípios constitucionais, em que pese nem sempre alcançar seus efeitos na prática.²⁰⁸

Já no Direito português, observa-se que não há expressa menção ao conceito de função social da propriedade no texto constitucional.

De fato, no artigo 62º da CRP, é assegurado a todos o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte. No mesmo artigo, em seu inciso 2º, o texto legal evidencia que a expropriação ou requisição da propriedade, por utilidade pública, só podem ser efetuadas nos termos da lei e mediante pagamento de justa indenização.

Entretanto, apesar da aparente ausência de referido princípio no ordenamento jurídico de Portugal, entendemos que diversos outros trechos da Constituição, ao menos de forma indireta, evidenciam que o direito de propriedade não é absoluto.

A título de exemplo, no capítulo referente à organização econômica, mormente entre as incumbências do Estado, despontam os conceitos de justiça social, bem-estar social e qualidade de vida das pessoas, demonstrando que tais valores são preceitos fundamentais da ordem

III – função social da propriedade.” (CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).

²⁰⁸ A respeito, vide SILVA, José Afonso da - *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 285.

econômica e, como tais, permeiam todo o sistema de interpretação e aplicação das normas jurídicas constitucionais.

O artigo 81º da CRP destaca, assim, que incumbe ao Estado, dentre outras atribuições: (i) promover o aumento do bem-estar-social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável; (ii) promover a justiça social, assegurando igualdade de oportunidades e operando as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal (mas não exclusivamente sobre esse meio, note-se); (iii) criar instrumentos jurídicos e técnicos necessários ao planeamento democrático do desenvolvimento económico e social, dentre outros.

Desse modo, se a justiça social é um fundamento essencial do Estado de Direito Democrático Português, por derradeiro lógico, o direito de propriedade e sua utilização pelos particulares através da livre iniciativa – *em que pese a preservação do seu direito não ser passível de interferência externa exceto em situações excepcionais* – não é um fim em si mesmo.

Logo, se é fato incontestável que é garantido, no Direito português, o direito à propriedade, à livre iniciativa e valorizados os diversos sectores de propriedade dos meios de produção, inclusive o sector privado, não menos certo é que a exploração de referidos direitos por particulares, inclusive as empresas privadas, deve possuir como diretriz cardeal ou orientativa preceitos fundamentais gerais da Constituição, entre os quais a dignidade da pessoa humana, a justa distribuição das riquezas e o respeito aos direitos, liberdades e garantias pessoais.

Destarte, em que pese inexistir no Direito português menção expressa à *função social* da propriedade, entendemos que outros preceitos constitucionais, ao menos de forma indireta, demonstram que, no exercício do direito de propriedade e de sua exploração económica, seus titulares no mínimo devem respeitar princípios fundamentais básicos da pessoa humana, constitucionalmente protegidos.

Tal conclusão pode ser aferida, a nosso ver, pela própria sistemática de organização constitucional “dos direitos fundamentais em relação à constituição económica e à organização política e, dentro daqueles, a precedência dos direitos, liberdades e garantias”,²⁰⁹ não sendo isso mera coincidência ou casualidade, mas a própria prevalência e carácter primário destes em face dos demais.

²⁰⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de - *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 96.

Portanto, entendemos que, também no Direito português, são pertinentes as lições do jurista brasileiro MAURICIO GODINHO DELGADO, ao discorrer a respeito do princípio de subsunção da propriedade à sua função social *ou socioambiental*²¹⁰ na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, *litteris*:

“Nesse quadro constitucional lógico e teleológico, fica bastante claro que o reconhecimento da propriedade privada e da livre iniciativa no Brasil é, sem dúvida, inegável, porém mediante a submissão desses institutos e dinâmicas próprias do sistema capitalista aos demais princípios e regras da mesma Constituição da República, inclusive aqueles que enfatizam, por exemplo, a centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na realidade socioeconômica, a dignidade da pessoa humana, a justiça social, além dos demais que buscam estruturar um verdadeiro Estado Democrático de Direito no País”.²¹¹

Nesse ponto, interessante notar que a função social da propriedade também tem sido fundamento citado em acórdãos tanto no Brasil²¹² quanto nos órgãos superiores em Portugal²¹³.

²¹⁰ A respeito, o autor destaca que a Constituição da República brasileira reconhece no sistema capitalista do País a propriedade privada, mas a submete tanto à sua função social como, em igual medida, à sua função ambiental. Daí a expressão utilizada por ele de subsunção da propriedade privada à função socioambiental. (DELGADO, Mauricio Godinho - *Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 5.^a ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 61).

²¹¹ *Idem*, p. 63.

²¹² ACÓRDÃO (8^a Turma). (...) Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-215-58.2016.5.06.0313, em que é Agravante NORSÁ REFRIGERANTES S.A. e é Agravada ANISTÁINE VIEIRA DA SILVA [...]

O risco a que estava submetida a Demandante é intrínseco à atividade de conduzir, como meio para realizar suas tarefas profissionais, um veículo automotor, como a motocicleta.

Não se haverá de olvidar que caberia à Demandada proporcionar um ambiente de trabalho saudável, garantindo-se a diminuição dos riscos inerentes à atividade laborativa, ‘por meio de normas de saúde, higiene e segurança’ (CR, art. 7º, inciso XXII).

O art. 927 do Código Civil, naquilo que foi plasmado em seu parágrafo único, tem por fundamento o art. 3º, inciso I, da CR. A disposição constitucional irradia, para a legislação infraconstitucional, o objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Em última análise, a aplicação do referido dispositivo do Código Civil à seara trabalhista é exigida pelos fundamentos da República, como o da dignidade da pessoa humana e o do valor social do trabalho (CR, art. 1º, incisos III e IV).

Pois até mesmo a ordem econômica tem por fundamento a valorização do trabalho humano que, ao lado da livre iniciativa, almeja que se assegure existência digna a todos. E ainda tem, por princípio geral, a função social da propriedade. Esta figura lado a lado com a propriedade privada e a livre concorrência (CR, art. 10, caput e incisos II, III e IV). O Poder Constituinte originário também integrou à base da ordem social o primado do trabalho, mirando o bem-estar e a justiça sociais (CR, art. 193). (...) À luz de todos esses parâmetros, considero adequada a fixação da quantia indenizatória acima descrita: R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).” (grifo nosso)

²¹³ A respeito, *vide* o seguinte acórdão:

“[...] IX – O direito de propriedade define-se conceptualmente pelos poderes que confere ao seu titular, abrangendo, como componentes: (i) a liberdade de adquirir bens, (ii) a liberdade de usar e fruir dos bens de que se é proprietário; (iii) a liberdade de os transmitir; (iv) o direito de não ser privado deles e, ainda, (v) o direito de reaver os bens sobre os quais o mesmo direito de mantêm.

X – O direito de propriedade encontra-se limitado, quer ao nível do seu conteúdo, quer ao nível dos seus limites objectivos, estendendo-se os poderes do seu titular apenas na medida em que se revele necessário para preservar a utilidade por este proporcionada – «função social» –, bem como pelo instituto do abuso de direito, que se projecta no interior de tal função.

Conclui-se, portanto, que o direito da propriedade, inclusive o direito económico de exploração da propriedade nas Constituições económicas humanísticas do pós-guerra, deve ser exercido de forma responsável.

É inegável que, transpondo tais questões para o contexto da relação privada entre a empresa e o empregado, haverá natural limitação de referidos poderes económicos e diretivos e disciplinares daquela em face deste, inclusive pela utilização e exploração dos meios de produção.

Pode-se, portanto, afirmar que o princípio da função social da propriedade, ao lado do princípio da justiça social, como já exposto no item anterior, constituem importantes princípios das ordens constitucionais económicas prevalentes no sistema contemporâneo, que despontam como diretrizes cardais norteadoras da aplicação e dos limites do poder do empregador em face do empregado.

Logicamente, a livre iniciativa e o efetivo direito à propriedade são direitos fundamentais para o desenvolvimento da ordem económica e social, devendo ser respeitados e protegidos de quaisquer violações ou interferências ilegais e arbitrárias.

Por outro lado, referidos direitos, inclusive no contexto da relação entre capital e trabalho, devem possuir como diretrizes principais o respeito aos valores máximos da pessoa humana. Afinal, o desenvolvimento económico não existe sem o trabalho e o trabalho não existe sem a pessoa humana.

Respeitar e valorizar o trabalho e respeitar e valorizar, pois, a pessoa humana é proteger os seres humanos de si mesmos, evitando que objetivos unicamente materiais que podem cegar, como a RIQUEZA, por si só, O PODER, por si só, o POSSUIR BENS, isoladamente, não acabem transformando os homens em inimigos mortais, jogando uns contra os outros.

XI – Ainda que o direito de propriedade de imóveis abranja o espaço aéreo correspondente à superfície, bem como o subsolo, são-lhe, à luz dos limites referidos em X, conceptualizados limites materiais superior (definido pelo espaço aéreo público) e inferior (subsolo), aos quais alude o art. 1344º do CC.

XII – O art. 1344.º, n.º 2, do CC – ao vedar ao proprietário a proibição de actos de terceiro que pela altura ou profundidade a que têm lugar não haja interesse em impedir – exige ao proprietário um interesse actual, concretizável e materializável, e não meramente abstracto ou conjectural.

XIII – Não integra tal interesse concretizável e materializável a simples expectativa de instalação de um parque eólico – que, por ser regulamentada, não depende da mera vontade dos proprietários dos imóveis – num prédio dos autores.

XIV – Em face o referido em X a XIII não têm direito a opor-se ao funcionamento de um aerogerador – implantado em prédio vizinho, mas cujas pás em funcionamento, e girando a 24 m de altura, invadem em 20 m o espaço aéreo correspondente à superfície do prédio dos autores – os proprietários de um prédio, com a área de 250000 m² e no qual apenas se apurou proceder-se à plantação de eucaliptos.” (ACÓRDÃO do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal de 14.02.2013 no processo n. 806/07.0TBTND.C1.S1 (Serra Baptista) [Em linha]. [Consult. 19 ago. 2018]. Disponível em WWW: <https://jurisprudencia.pt/acordao/129131/>, grifo nosso).

Afinal, a vida passa, os bens materiais ficam e todos nós – quer queiramos quer não – sucumbiremos fisicamente da mesma forma, mais dia, menos dia.

A função social da propriedade está aí, portanto, para nos recordar sempre – mesmo que algumas vezes de forma forçada – que o materialismo não é o fim principal nem o objetivo maior da nossa vida na Terra.

2.1.3 Função social do contrato

Um instituto com feições semelhantes, embora díspar, da função social da propriedade é a função social do contrato.

Em ambos os casos, a questão é se, de algum modo, a autonomia e liberdade intrínseca tanto ao direito de propriedade quanto ao poder das partes de, em um contrato, estipular as regras que desejam, poderiam sofrer limitação no interesse não de particulares, mas no eventual interesse social de uma coletividade.

Historicamente, foi a partir do início de um Estado mais intervencionista, com a alteração paulatina do antigo modelo de Estado Liberal, que a *função social do contrato* passou a ganhar contornos no cenário dos ordenamentos jurídicos.²¹⁴

Da mesma forma como ocorreu com o conceito de propriedade, houve modificações naturais no conceito de contrato, na medida em que se começou a perceber que, mesmo havendo direito inegável e autonomia das partes no que concerne ao exercício de seu direito de propriedade e de contratar, referidos direitos deveriam atender, como finalidades maiores, ao ser humano, suas necessidades e dignidade.

O contrato, nesse cenário, possui papel de destaque, já que configura, como nos ensina CÉSAR FIUZA²¹⁵, “um fenômeno econômico-social, figurando como meio de circulação de riquezas, de distribuição de renda, gerando empregos, promovendo a dignidade humana”, sendo ainda um importante mecanismo para *ensinar* as pessoas a respeitarem mutuamente seus direitos.

É inegável a relevância do contrato na vida diária de uma sociedade. A todo momento, mesmo que disso não nos demos conta, estamos *contratando* algo ou realizando alguma atividade em que o contrato tem papel essencial.

²¹⁴ A respeito, vide GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - *Novo curso de direito civil: (abrangendo o código de 1916 e o Novo Código Civil)*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 51.

²¹⁵ FIUZA, César - *Contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 24.

Efetuando um simples exercício reflexivo a respeito, observei um dia de minha vida particular.²¹⁶ Logo ao despertar, observo que estou usufruindo, ao lado de meu esposo e filhos, do nosso apartamento, imóvel esse adquirido, há alguns anos, através de um contrato de compra e venda. Recordo-me do contrato de matrimônio que me uniu ao meu esposo. Na sequência, ao me aproximar para tomar o café da manhã, deparo-me com uma auxiliar que, há mais de 15 anos, trabalha em minha residência através de um contrato de emprego doméstico. Ato contínuo, ao dirigir-me para o banho, recordo-me que também o fornecimento de água em minha residência decorre de um contrato com a Companhia de Saneamento de Minas Gerais (COPASA). Idem ao pegar os itens de higiene pessoal, todos adquiridos em supermercados ou farmácias, ou seja, empresas privadas, através de contrato de compra e venda. Em continuidade, ligo meu telefone celular, também em pleno funcionamento, através de um contrato de prestação de serviços com uma empresa de telefonia mundialmente conhecida. O mesmo ocorre quando me dirijo à escola para levar meus filhos à aula, dirijo-me ao meu trabalho *etc.*

É pela relevância que o contrato possui, pois, no cenário econômico e na circulação de riquezas de determinada sociedade que ele deve ir além do interesse particular das partes. Nesse viés, a evolução do contrato possui nítida relação com as *concepções políticas, econômicas e ideológicas*. Desse modo, se, durante o pensamento do Estado Liberal, a liberdade e a não intervenção do Estado na economia eram os preceitos máximos, assim o contrato refletia tal pensamento. Por sua vez, se, posteriormente, foram reconhecidos pela sociedade direitos socialmente relevantes e a necessidade do Estado de, algumas vezes, interferir na sociedade para a garantia de tais direitos, também tais direitos refletiram no modo como as partes contratavam entre si.²¹⁷

A respeito da função social do contrato e de sua delimitação conceitual, diversos doutrinadores buscaram uma sistematização do tema.

HUMBERTO THEODORO JUNIOR, citando PAULO NALIN²¹⁸, destaca que a função social do contrato pode manifestar-se em dois níveis, quais sejam: (i) intrínseco, no qual o contrato deve buscar a equivalência material entre as partes, com respeito à lealdade negocial e à boa-fé objetivas e (ii) extrínseco, no qual o contrato é visto através do impacto que causa na coletividade ou sociedade.

²¹⁶ Semelhante exercício e reflexões foram feitos por MELO, Marco Aurélio Bezerra de - *Direito Civil: Contratos*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 46.

²¹⁷ *Idem*, p. 47-48.

²¹⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto - *O Contrato e sua Função Social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 43.

Sob um primeiro aspecto, portanto, deveres contratuais como *dever de informação, lealdade e confidencialidade*, que objetivam a proteção maior da pessoa humana e sua dignidade, se tornam ferramentas importantes no contexto das obrigações assumidas. Sob um segundo aspecto, o contrato passa a ser visualizado não como mero instrumento de circulação de riquezas – *papel inequívoco que possui em uma sociedade* –, mas, também, instrumento de desenvolvimento social.²¹⁹

Nesse segundo viés, desponta como relevante, para a validade do negócio jurídico, o respeito aos direitos trabalhistas, às leis ambientais, às regras do mercado como livre concorrência e direitos do consumidor.²²⁰

Como prelecionam PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO²²¹, por função social do contrato pode-se entender “um princípio jurídico de conteúdo indeterminado, que se compreende na medida em que lhe reconhecemos o precípua efeito de impor limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum”.

Feitos esses esclarecimentos sobre o conceito, é de se notar que o termo possui aplicação prática tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no português.

No Brasil, em que pese o fundamento de o princípio da função social do contrato estar previsto na Constituição da República de 1988, expressa menção ao termo aparece no Código Civil, em seu artigo 421.

Assim é que, na CRFB/88, o conceito vincula-se ao próprio conceito de propriedade e sua função social presentes nos artigos 5º, inciso XXIII (“a propriedade atenderá a sua função social”), e 170, III (função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica²²²).

Já o Código Civil de 2002, qual seja, a Lei n. 10.046, de 10 de janeiro de 2002, quando preceitua sobre os CONTRATOS EM GERAL, no Título V, afirma no artigo 421: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, *observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica*”²²³.

²¹⁹ A respeito, vide GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - *Novo curso de direito civil: (abrangendo o código de 1916 e o Novo Código Civil)*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 54.

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ *Idem*, p. 55.

²²² “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

III – função social da propriedade.” (CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).

²²³ Interessante notar que a inserção da parte em itálico obedeceu à recente Medida Provisória, qual seja, a Medida Provisória n. 881, de 30 de abril de 2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica,

Ainda no Código Civil²²⁴, o artigo 2035 reforça:

“Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código **para assegurar a função social da propriedade e dos contratos**”. (grifo nosso)

Observa-se, pois, que a função social do contrato possui previsão clara no ordenamento jurídico brasileiro e, nesse sentido, para FLÁVIO TARTUCE²²⁵, isso significa dizer, em outros termos, *litteris*:

“Desse modo, os contratos devem ser interpretados de acordo com a concepção lógica do meio social onde estão inseridos, não trazendo onerosidades excessivas às partes contratantes, garantindo que a igualdade entre elas seja respeitada, mantendo a justiça contratual e equilibrando a relação onde houver a preponderância da situação de um dos contratantes sobre a do outro. Valoriza-se a equidade, a razoabilidade, o bom senso, afastando-se o enriquecimento sem causa...”

Em Portugal, discorrendo a respeito do liberalismo económico e das novas diretrizes principiológicas que regem os contratos, MENEZES LEITÃO²²⁶ destaca:

“As razões para o facto de uma tutela da parte mais fraca não surgir nos quadros do Direito Civil clássico prendem-se essencialmente com o ideário liberal individualista, em que se basearam os Códigos Civis, avessos à protecção do contraente débil. [...] Para além disso, o liberalismo económico exigia um forte abstencionismo do Estado, que se deveria limitar a assegurar as liberdades de comércio e de indústria, não podendo assim impor restrições baseadas nos direitos do contraente débil (*laissez faire, laissez passer, laissez contracter*).

Hoje em dia, no entanto, apesar da importância da liberdade contratual como princípio fundamental do Direito das Obrigações, não pode aceitar-se que genericamente todo e qualquer contrato seja sempre efetivamente baseado na livre determinação de ambos os sujeitos. Tal só sucederá se as partes estiverem constrangidas de forma idêntica à celebração daquele contrato, o que na nossa sociedade é um fenómeno raro”.

Destarte, em que pese inexistir, no ordenamento jurídico em Portugal, menção expressa na Constituição da República ou no Código Civil sobre a *função social do contrato*, trata-se,

estabeleceu garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório e deu outras providências. (texto publicado em 30 de abril de 2019; em Brasília e assinado pelo Presidente Jair Messias Bolsonaro e pelos Ministros Sérgio Moro, Paulo Guedes e André Luiz de Almeida Mendonça.). Note-se que REFERIDA MEDIDA PROVISÓRIA foi convertida na Lei n. 13.874 e publicada em Brasília, no dia 20 de setembro de 2019, pelo Presidente JAIR MESSIAS BOLSONARO e Ministros Paulo Guedes e Luiz Henrique Mandetta. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm. Último acesso em 20/11/2019.

²²⁴ LEI n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm

²²⁵ TARTUCE, Flávio - *Direito Civil. Volume 3 - Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. São Paulo: Editora Método, 2006. p. 74.

²²⁶ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de - A protecção dos dados pessoais no contrato de trabalho. In *A reforma do Código do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 23-24.

inegavelmente, assim como ocorre com a *função social da propriedade*, de um princípio aplicável no referido ordenamento jurídico.

A jurisprudência confirma tal assertiva, como pode se destacar no acórdão abaixo transcrito, que menciona os *princípios sociais contratuais*, entre os quais estariam a boa-fé,²²⁷ a justiça contratual e a função social do contrato. Note-se, ainda, estreita vinculação do referido princípio a inexistência de abuso de direito:

“Sumário

I – É hoje pacífica, doutrinária e jurisprudencialmente, a qualificação da cedência de espaços ou a instalação de lojas em centros comerciais como contratos atípicos ou inominados.

II – A cláusula do chamado “direito de ingresso ou de entrada” deve ser concebida como pagamento pelo lojista que visa compensar o acesso a uma estrutura organizada, e, por conseguinte, com uma mais valia comercial.

III – A teoria contratual contemporânea já não se funda apenas nos princípios liberais (autonomia privada, força obrigatória, relatividade dos efeitos), assentando antes em novos princípios, chamados “**princípios sociais contratuais**” (**princípio da função social do contrato, da boa-fé objectiva, da justiça contratual**), **com o objectivo de adequar os contratos aos valores ético-jurídicos vigentes, devendo, por isso, o contrato ser perspectivado no seu contexto social vinculante, com implicações não apenas quanto à conformação do objecto negocial, mas também quanto à sua interpretação/integração, servindo ainda de parâmetro para o controlo judicial, designadamente em sede de abuso de direito.**

IV – **Constitui abuso de direito**, na modalidade do desequilíbrio de prestações, exigir a quantia de € 15.000,00 convencionada numa cláusula de valor de ingresso aposta num contrato de cedência de loja em centro comercial, quando o lojista apenas a utilizou durante quatro dias e pagou a renda convencionada”.²²⁸ (grifo nosso)

Vale dizer, por oportuno, que no Código Civil de Portugal²²⁹, o artigo 334º, ao tratar do abuso de direito, determina ser “ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou **pelo fim social ou económico** desse direito”.

Observa-se, portanto, que a função social do contrato possui, no contexto do constitucionalismo humanístico do pós-guerra, relevante papel, seja na regulamentação ou na interpretação dos contratos firmados entre as partes.

No âmbito trabalhista, a realidade contratual existente entre empregador e empregado não ficou alheia a essa inclinação. Em verdade, como é cediço, trata-se de um ramo do Direito

²²⁷ A boa-fé possui menção expressa em diversos dispositivos no Código Civil de Portugal, entre os quais os artigos 227º, 239º, 334º, 437º e 762º, n. 2. Trata-se de um princípio geral do direito das obrigações. A respeito, *vide* MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de - A protecção dos dados pessoais no contrato de trabalho. In *A reforma do Código do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 50-53.

²²⁸ ACÓRDÃO do Tribunal da Relação de Coimbra de 11.02.2014 no processo n. 1198/12.0TBCVL.C1 (Jorge Arcanjo) [Em linha]. [Consult. 19 ago. 2018]. Disponível em WWW: <https://jurisprudencia.pt/acordao/115158/>

²²⁹ DECRETO-LEI n.º 47344, de 25 de Novembro de 1966 - Código Civil [Em linha]. Atualizado de acordo com: Lei n.º 85/2019, de 03/09. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.codigocivil.pt/>, grifo nosso.

em que se busca equacionar, através de princípios próprios, a vantagem econômica do empregador, como regra.

Nesse diapasão, inegável que o contrato e sua função social despontam como diretrizes cardais relevantes no que concerne à atuação e limites do poder do empregador no âmbito do contrato empregatício.

2.1.4 Valorização do trabalho e emprego

A origem da palavra *trabalho* vem do termo *tripalium*, um antigo instrumento de tortura que possuía três paus.²³⁰

Sim, o trabalho é luta diária, é esforço, é sacrifício e dedicação, mas é, também, motivo de orgulho e de inclusão na sociedade. É forma de subsistência. É exemplo para as gerações que nascem. O trabalho dignifica.

A natureza nos dá exemplos diários de que o trabalho e os movimentos fazem parte da vida na Terra. O sol nasce e se põe todos os dias, as ondas do mar vêm e vão, os animais saem para buscar os alimentos, para caçar.

O repouso, por outro lado, é exceção. O descanso só tem seu valor para a reposição de energias e, portanto, se torna prazeroso após o trabalho.

De acordo com ALICE MONTEIRO DE BARROS²³¹, o trabalho possui *caráter pessoal* por constituir ato da vontade livre do homem, também *caráter singular* por traduzir o valor e a personalidade do trabalhador, sendo, ainda, meio de subsistência, cumprindo diversas funções sociais. Tem, portanto, caráter multidisciplinar e enorme relevância social.

Remontando à sua origem, observamos que o Direito do Trabalho surge no século XIX, na Europa, justamente num cenário de enorme desigualdade econômica e social, em decorrência do período da Revolução Industrial.

Como destaca ALICE MONTEIRO DE BARROS²³², “a Revolução Industrial acarretou mudanças no setor produtivo e deu origem à classe operária, transformando as relações sociais”. A enorme liberdade econômica que vigorava e o conceito de trabalho como mercadoria ocasionaram excessos na exploração da força de trabalho humana, com salário e jornadas degradantes e péssimas condições de higiene e segurança.

²³⁰ A respeito, vide BARROS, Alice Monteiro de - *Curso de Direito do Trabalho*. 4.^a ed., rev. e amp. São Paulo: LTr, 2008. p. 54.

²³¹ *Idem*, p. 54-55.

²³² BARROS, Alice Monteiro de - *Curso de Direito do Trabalho*. 4.^a ed., rev. e amp. São Paulo: LTr, 2008. p. 63.

Na época, a postura de mero espectador do Estado acabou por colaborar com uma polarização entre *capital* e *trabalho*.

Oprimidos e sem perspectivas, os trabalhadores começam a se organizar para lutar contra esse sistema. Surgem ideologias de oposição à exploração irrestrita dos meios de propriedade. Entre as causas originárias do posterior intervencionismo que fez nascer a ideologia do Direito do Trabalho encontra-se, sem dúvida, “o surgimento de uma consciência coletiva e de um sentimento de solidariedade.”²³³

Todos esses fatores foram determinantes para a mudança de postura do Estado, que passou a interferir para regulamentar direitos sociais básicos, de forma a *equilibrar* um pouco a desigualdade que a autonomia e liberdade ampla e irrestritas tinham acabado por gerar.

Os autores espanhóis GRANIZO e ROTHVOSS, citados por ALICE MONTEIRO DE BARROS,²³⁴ destacam quatro períodos marcantes para a evolução histórica mundial do Direito do Trabalho, quais sejam:

- (i) Período de Formação (1802 a 1848): teria se iniciado com a lei denominada *Moral and Health Act*, na Inglaterra, em 1802, que proibiu o trabalho dos menores à noite e por duração além de 12 horas. Na sequência, vieram outros diplomas semelhantes, como a proibição, na França (1813), do trabalho de menores nas minas.
- (ii) Período de Intensificação (1848 a 1890): inicia-se com o Manifesto Comunista de Marx e Engels e, na Alemanha, com a implantação da primeira forma de seguro social (1883, no governo Bismarck).
- (iii) Período de Consolidação (1890 a 1919): teve como marco inicial a publicação da Encíclica Papal *Rerum Novarum*, de Leão XIII, preconizando o salário justo. Também houve, nesse período, importante conferência em Berlim a respeito do Direito do Trabalho (1890).
- (iv) Período de Autonomia (de 1919 aos dias atuais): possui como marco a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919. Outro instrumento marcante foi o Tratado de Versailles, também em 1919, que não admite que o trabalho seja mais tratado como mercadoria, regulamenta jornada diária de 8 horas, dispõe sobre a igualdade de salário para trabalho de igual valor e outros

²³³ BARROS, Alice Monteiro de - *Curso de Direito do Trabalho*. 4.^a ed., rev. e amp. São Paulo: LTr, 2008, p. 65.

²³⁴ A respeito, *vide* BARROS, Alice Monteiro de - *Curso de Direito do Trabalho*. 4.^a ed., rev. e amp. São Paulo: LTr, 2008, p. 68-69 citando MARTÍN–GRANIZO, Leon e GONZALEZ–ROTHVOSS, Mariano. In MORAES VILHO, Evaristo de - *Introdução ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p. 72.

direitos, como repouso semanal, salário mínimo, direito sindical, e dá tratamento especial ao trabalho da mulher e do menor. Inicia-se, em 1919, a constitucionalização do Direito do Trabalho, que ocorreu com a Constituição alemã de Weimar.

Assim, podemos concluir que o surgimento efetivo do Direito do Trabalho, de forma sistematizada, pode ser situado entre o final do século XIX e o início do século XX, como expressa MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO²³⁵:

“Deste modo, o carácter sistemático e a incidência progressivamente mais alargada das normas laborais na matéria das condições de trabalho, o progressivo enquadramento jurídico dos fenómenos laborais colectivos e, por fim, o surgimento de regras específicas relativas ao contrato de trabalho (em suma, o desenvolvimento dos três grandes centros regulativos do Direito Laboral) permite reconhecer o Direito do Trabalho como uma nova área do universo jurídico, no período entre o final do séc. XIX e o início do séc. XX, na maioria dos sistemas europeus”.

Contudo, destaca a autora que a evolução do Direito do Trabalho sob o desígnio da proteção do trabalhador, ou seja, sob o viés da tutela do trabalhador, ocorreu ao longo do século XX na maior parte dos países da Europa.

De forma sistemática, segundo a jurista, podem-se destacar três fases, quais sejam: (i) fase de consolidação da nova área jurídica, que ocorre nos anos 20 e 30 do século XX, quando o Direito do Trabalho ainda é visto como um ramo especializado do direito privado; (ii) fase de publicização, que termina com o final da Segunda Guerra Mundial e quando a área jurídica se aproxima do direito público com a intervenção do Estado e a emergência do conceito de Estado Social; e, ainda, (iii) fase de reprivatização, entre os anos 50 e 70 do século XX, em que o Direito do Trabalho recupera sua essência predominantemente privada, mas se consolida como área jurídica especial e autônoma, com institutos, princípios e normas próprias.^{236 237}

Em que pesem as especificidades da evolução histórica do Direito do Trabalho como ramo autônomo nos diversos Países, fato é que, em relação à constitucionalização de normas concernentes à valorização do trabalho e emprego, trata-se de realidade incontestável nos cenários atuais do Brasil e Portugal.

²³⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho. 1º v: Dogmática geral*. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 49.

²³⁶ *Idem*, p. 61-66.

²³⁷ A autora destaca que, em Portugal e na Espanha, a evolução foi mais tardia. Em Portugal, da mesma forma como sucedeu em outros países, pode-se situar o surgimento do Direito do Trabalho entre o final do século XIX e o início do século XX. Contudo a divisão das fases em Portugal, ainda de acordo com RAMALHO, correspondeu à fase da consolidação, durante a 1ª República, fase marcada por grande instabilidade social e política, greves, etc.; à fase da publicização, entre 1926-1974, que ocorreu durante o regime corporativo e foi marcado, entre outras coisas, pela proibição da greve; e à fase atual, marcada pela ampla constitucionalização das matérias laborais, iniciada após a queda do regime salazarista no País.

Nesse viés, destaca MAURICIO GODINHO DELGADO²³⁸ que “a valorização do trabalho, especialmente do emprego, é um dos princípios cardeais da ordem constitucional brasileira democrática”, possuindo menção expressa em diversos dispositivos constitucionais.

Assim é que o conceito de valorização do trabalho pode ser encontrado ao longo da CRFB, em diversos pontos. Vejamos:

– Artigo 1º, inciso IV:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

– Artigo 3º e incisos, de forma indireta:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

– Artigo 6º e 7º, contemplando os direitos sociais, inclusive ao trabalho:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

– Artigo 170, no capítulo destinado à Ordem Econômica e Financeira:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

VIII – busca do pleno emprego”.

– Artigo 193, no capítulo destinado à Ordem Social:

“Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

²³⁸ DELGADO, Mauricio Godinho - *Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 5.ª ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 46.

Alerta, ainda, MAURICIO GODINHO DELGADO²³⁹ que a expressão *trabalho*, tal como encontrada na CRFB, não se refere tão somente a *trabalho* como prestação de serviços, mas sua correta leitura conduz, necessariamente, à noção de *valorização do trabalho regulado* ou valorização do emprego.

Por sua vez, em Portugal, o artigo 58º da CRP destaca, em seu item 1, que “todos têm direito ao trabalho”. Ato contínuo, no mesmo artigo, item 2, destaca que, para assegurar o direito ao trabalho, incumbe ao Estado promover:

- “a) A execução de políticas de pleno emprego;
- b) A igualdade de oportunidades, na escolha da profissão ou género de trabalho e condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais;
- c) A formação cultural e técnica e a valorização profissional dos trabalhadores”.²⁴⁰

No artigo 59º, por sua vez, o texto constitucional português estabelece diversos direitos dos trabalhadores: retribuição do trabalho, de forma isonômica e para garantia de uma existência digna (1, a); organização do trabalho em condições socialmente dignificantes (1. b); prestação do trabalho em condições de higiene, saúde e segurança (1.c); entre outros direitos, como repouso e lazer, limite máximo de jornada, férias, assistência material quando desempregado, assistência e justa reparação em caso de acidente do trabalho ou doença profissional, *etc.*

A valorização do trabalho e do emprego é, antes de mais nada, a liberdade *ao trabalho*, que é fator determinante, nos dizeres de GUILHERME DRAY²⁴¹, “para o livre desenvolvimento da personalidade, para a dignificação da pessoa e é uma pedra angular do sistema de valores da ordem jurídica”.

Logo, o direito constitucionalmente protegido ao trabalho constitui, em um primeiro sentido, a liberdade constitucional de trabalho e de profissão. Nesse sentido, o artigo 47º da CRP²⁴² afirma: “todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvo as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade”. Nos dizeres de DRAY²⁴³:

²³⁹ DELGADO, Mauricio Godinho - *Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 5.ª ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 49.

²⁴⁰ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de 1976 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoorepublicaportuguesa.aspx>

²⁴¹ DRAY, Guilherme Machado - *O princípio da proteção do trabalhador*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 359.

²⁴² CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de 1976 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoorepublicaportuguesa.aspx>

²⁴³ DRAY, Guilherme Machado - *O princípio da proteção do trabalhador*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 360.

“O Direito ao trabalho passa assim, inapelavelmente, pela tutela da liberdade de trabalho, entendida esta como a faculdade, atribuída a cada um, de livre acesso e escolha da profissão.

Assim, um direito fundamental que tinha como único destinatário o Estado passa, também, a ser aplicável às relações entre privados, de forma a salvaguardar a posição dos particulares contratados (trabalhadores) contra o poderio económico-social dos respectivos empregadores...”

Não podemos, entretanto, nos afastar da realidade.

O direito de todos ao trabalho e à liberdade ao trabalho – mormente ao trabalho digno – ainda é um ideal a ser alcançado. Esse ideal encontra guarida na Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁴⁴; também, no âmbito europeu, na Convenção Europeia dos Direitos Humanos,²⁴⁵ há expressa menção ao trabalho livre, com proibição de escravidão ou qualquer tipo de trabalho forçado. Outrossim, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²⁴⁶ proíbe qualquer trabalho forçado (artigo 5º) e reafirma o direito que todos têm ao trabalho e ao exercício livre da profissão escolhida ou aceita.

Apesar disso, o desemprego é uma realidade cada vez maior e mais próxima de todos nós.

A respeito do direito e da valorização do trabalho e do emprego, particularmente, entendemos que não é possível atingir esses objetivos sem que haja, antes de tudo, um adequado preparo das crianças e adolescentes para *enfrentarem* o mundo do trabalho, que, a nosso ver, se dá por meio da educação.

Não será possível atingir condições justas, dignas e iguais de trabalho sem que, antes, se promova uma profunda alteração nas bases de formação dos profissionais para o mercado. Tampouco é possível que se tenha uma sólida formação dos profissionais para o mercado se não existir, na base educacional e nos primeiros anos escolares, condições mínimas no jardim de infância.

²⁴⁴ “Art. XXIII: todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha do emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.” (DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos [Em linha]. [1948]. [Consult. 24 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf).

²⁴⁵ “Artigo 4 Proibição da escravatura e do trabalho forçado. 1. Ninguém pode ser mantido em escravidão ou servidão. 2. Ninguém pode ser constrangido a realizar um trabalho forçado ou obrigatório.” (CONVENÇÃO Europeia dos Direitos Humanos [Em linha]. (1950). Strasbourg: Council of Europe, [2014?]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf).

²⁴⁶ “Artigo 15. **Liberdade profissional e direito de trabalhar**

1. Todas as pessoas têm o direito de trabalhar e de exercer uma profissão livremente escolhida ou aceite.
2. Todos os cidadãos da União têm a liberdade de procurar emprego, de trabalhar, de se estabelecer ou de prestar serviços em qualquer Estado-Membro.
3. Os nacionais de países terceiros que sejam autorizados a trabalhar no território dos Estados-Membros têm direito a condições de trabalho equivalentes àsquelas de que beneficiam os cidadãos da União.” (CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000 [Em linha]. Atualizado pela entrada em vigor do Tratado de Lisboa [1º dez. 2009]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2012.326.01.0391.01.POR).

Saúde, alimentação, condições adequadas de higiene, entre outros, são fatores que, embora não diretamente vinculados, também interferem na formação dos seres humanos para o futuro mercado de trabalho e para que, de fato, o direito ao trabalho e ao emprego seja uma realidade senão de todos, mas da grande maioria.

Muito ainda temos que caminhar nesse sentido.

Se cada um olhar para o seu círculo de convivência mais próximo e, nesse círculo, puder, de acordo com suas condições físicas, financeiras e intelectuais, auxiliar aqueles que não as possuem terem, ao menos, condições mínimas de educação e saúde em suas vidas e, quiçá, alguma oferta de trabalho que possa garantir aos próximos sua subsistência com um mínimo de dignidade, já estaremos fazendo uma pequena parte para que essa desigualdade social e econômica visível que existe, que bate a nossas portas todos os dias, possa ser cada dia um cenário mais distante.

2.1.5 Princípio da segurança

O direito à segurança pode ser encontrado desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que, no seu artigo III, juntamente com o direito à vida e liberdade, afirmou ser direito de todo ser humano a segurança pessoal.

Nesse documento, tal como visto, o conceito aparece vinculado à segurança individual ou pessoal. Não obstante, posteriormente, a menção ao termo foi feita de forma genérica, afirmando o caráter multidimensional do conceito, não apenas como segurança individual, mas, também, para envolver outras dimensões.

Na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o direito à segurança é regulado, de forma genérica, no artigo 5º, juntamente como o direito à liberdade.

Do mesmo modo, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, logo no preâmbulo, afirma a existência de um espaço de liberdade, *segurança* e justiça na união entre os povos da Europa e o objetivo de colocar o ser humano no cerne da sua ação. Já no artigo 6º, prevê, também ao lado da liberdade, o direito à segurança.

A Constituição da República de Portugal de 1976, assim como a Constituição da República Brasileira de 1988, elegem o princípio da segurança como direito fundamental do ser humano.

Nesse diapasão, note-se a menção na CRFB do termo *segurança* em diversos dispositivos, tais como: (i) no preâmbulo, como um dos objetivos do Estado Democrático²⁴⁷; (ii) como direito e dever individual e coletivo, no título dos direitos e garantias fundamentais, em seu artigo 5º; (iii) no capítulo destinado aos direitos sociais, no artigo 6º, estando a segurança ao lado de outros direitos como educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados; (iv) no artigo 7º, como direito dos trabalhadores urbanos e rurais a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; (v) no artigo 144, como dever do Estado promover a segurança pública para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Na CRP, a *segurança* também aparece de forma expressa, ao lado do direito à liberdade, em diversos momentos do texto legal, como: no artigo 27º; em relação aos direitos dos trabalhadores; no artigo 53º, como segurança no emprego; no artigo 59º, como direito dos trabalhadores à prestação de trabalho em condições de higiene, segurança e saúde; no artigo 63º, como a segurança social, entre outros.

Em *Comentários à Constituição do Brasil*, CANOTILHO e outros autores²⁴⁸, ao discorrerem a respeito do princípio da segurança, destacam a existência de diversas dimensões. Segundo os autores, *a primeira dimensão seria a da estabilidade das relações jurídicas*. Esse conceito vincula-se, pois, à segurança jurídica.²⁴⁹

Em relação à segurança jurídica, JORGE MIRANDA²⁵⁰ alerta que não se trata de princípio específico do Estado de Direito, mas se encontra presente em qualquer ordenamento. Contudo, alerta, é no Estado de Direito que referido princípio alcança sua *máxima realização*.²⁵¹

²⁴⁷ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a **segurança**, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” (CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, grifo nosso).

²⁴⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes [et al.]. - *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 237.

²⁴⁹ Vide art. 5º da CRFB, em seu inciso XXXVI: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” (CONSTITUIÇÃO..., *op. cit.*)

²⁵⁰ A respeito, vide MIRANDA, Jorge - *Curso de Direito Constitucional. Vol. I, Estado e constitucionalismo, constituição, direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. p. 303. *Idem* na obra do mesmo autor: MIRANDA, Jorge - *Direitos Fundamentais*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 337-348.

²⁵¹ *Ibidem*.

Em um *plano subjetivo*, continua o autor, a realização da segurança jurídica em um Estado de Direito é vista no sentido da *protecção da confiança*, ou seja, da confiança que os cidadãos podem delegar aos “atos do poder político que contendam com as suas esferas jurídicas”²⁵². Por sua vez, o Estado ficaria obrigado a um *dever de boa-fé* no trato com os particulares.

No mesmo viés, CANOTILHO²⁵³ afirma:

“O homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da *segurança jurídica* e da *protecção da confiança* como elementos constitutivos do Estado de direito.

Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção da confiança como um subprincípio o como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a **segurança jurídica** está conexcionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a **protecção da confiança** se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos”.

Uma segunda dimensão fundamental da segurança seria, ainda na visão dos autores da obra *Comentários à Constituição do Brasil*, a *previsibilidade da atuação estatal*²⁵⁴. Tal previsibilidade seria garantida, principalmente, por meio da *legalidade*, ou seja, de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.²⁵⁵ Outro exemplo seria a regra da irretroatividade tributária (artigo 150, I e III, a, CRFB).

Além das dimensões citadas, a segurança é concebida, também, como *segurança pública*, com a necessária atuação do Estado para garantir a inviolabilidade, a todos os cidadãos, quanto a seus patrimônios.²⁵⁶

A segurança possui, ainda, a *dimensão social* mediante o sistema de seguridade, que visa reduzir os riscos e proteger os cidadãos diante de eventos como doença, invalidez, morte, idade avançada. Nessa dimensão, importante princípio vinculado seria o da proibição do

²⁵² MIRANDA, Jorge - *Curso de Direito Constitucional. Vol. I, Estado e constitucionalismo, constituição, direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. p. 304-305.

²⁵³ CANOTILHO, J.J. Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.^a ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 257.

²⁵⁴ *Idem*, *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 237-238.

²⁵⁵ “Art. 5º, inciso II CRFB: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” (CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).

²⁵⁶ A respeito, vide CANOTILHO, J.J. Gomes [et al.] - *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 238.

retrocesso²⁵⁷, sendo proibida a “revogação de normas que tenham efetivado direitos fundamentais, sem que tenha lugar a edição de novas normas, em substituição”²⁵⁸, protegendo os indivíduos em relação à instabilidade econômica.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO²⁵⁹ entende o princípio da segurança em diversas facetas, entre as quais os direitos subjetivos em geral, que seriam os direitos à legalidade/direito adquirido e os direitos relativos à segurança pessoal do indivíduo, que envolveriam a proteção à inviolabilidade de seu domicílio e intimidade e, também, segurança em matéria penal.

Note-se, portanto, que a dimensão do conceito de segurança vai muito além da *segurança física* de cada ser humano, ou seja, proteção à sua inviolabilidade física.

O princípio adquire ainda mais relevância quando se analisa suas outras dimensões, incluindo a da *segurança jurídica*, que protege a estabilidade das instituições jurídicas e evita o elemento surpresa; assim como a *dimensão social*, que busca proteger o ser humano em situações adversas de saúde, desemprego, etc.

No Direito Laboral, o princípio da segurança possui grande importância, sendo que os empregadores são obrigados a zelar por condições adequadas de saúde, higiene e segurança dos seus trabalhadores.

²⁵⁷ A respeito do princípio da segurança jurídica e segurança social, com análise da proibição de retrocesso, vide SARLET, Ingo Wolfgang - Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha, coord. - *Direitos fundamentais sociais*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 69-107. O autor faz as seguintes reflexões:

“É pelas razões enunciadas que se faz necessária também a reconstrução (e não abandono) da noção de constitucionalismo dirigente, que, portanto, impõe uma vinculação do legislador ao postulado de uma eficiente e eficaz promoção e garantia dos direitos fundamentais, mesmo (e talvez por isso, como já o lembramos ao tratar da segurança jurídica) em uma sociedade em constante processo de mudança. Com efeito, considerando os desenvolvimentos antecedentes, seguimos acreditando que o reconhecimento de um princípio constitucional (implícito) da proibição de retrocesso constitui – pelo menos no que diz com a vinculação do legislador aos programas de cunho social e econômico (nos quais se insere a previsão dos próprios direitos sociais, econômicos e culturais) – uma manifestação possível de um dirigismo constitucional, que, além de vincular o legislador de forma direta à Constituição, também assegura uma vinculação que poderíamos designar de mediata, no sentido de uma vinculação do legislador à sua própria obra, especialmente com o propósito de impedir uma frustração da vontade constitucional. Ainda que a concepção de uma constituição dirigente careça de alguma revisão, como de há muito foi proposto pelo seu maior teórico, também tal revisão – como bem o demonstraram autores de nomeada entre nós – há que ser devidamente contextualizada, pena de chegarmos a resultados constitucionalmente inadequados e, portanto, ilegítimos.

Por derradeiro, se o manejo constitucionalmente adequado e responsável do princípio da proibição de retrocesso (que definitivamente não se presta a blindar privilégios injustificáveis, pelo simples fato de terem sido, em determinado contexto, assegurados a certo grupo de pessoas) não constitui certamente a única via para proteger os direitos fundamentais sociais, também não restam dúvidas de que se trata de uma importante conquista da dogmática jurídico-constitucional para assegurar, especialmente no plano de uma eficácia negativa, a proteção dos direitos sociais contra sua supressão e erosão pelos poderes constituídos.” (p. 106-107).

²⁵⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes [et al.], *op. cit.*, p. 238.

²⁵⁹ A respeito, vide FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves - *Curso de Direito Constitucional*. 40.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 336-338.

E, consoante será evidenciado em capítulo específico, a realização de exames toxicológicos pode, em determinadas situações, ser um importante mecanismo de controlo e prevenção de acidentes, mormente em atividades de risco. Daí a enorme pertinência do tema também no contexto da relação empregatícia.

Ademais, para fins da presente tese de doutoramento, é essencial ressaltar o conceito constitucional de segurança no emprego previsto no artigo 53º da CRP, que garante aos trabalhadores a segurança no emprego, proibindo os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos.

Isso porque questão crucial que será discutida mais adiante é se o empregador poderia, ou não, por exemplo, realizar o despedimento por justa causa do empregado (haja vista a vedação constitucional em Portugal quanto aos despedimentos sem justa causa) se este descumprisse ordens de segurança no trabalho relacionadas à realização de exames toxicológicos para detecção de abuso de álcool ou uso de drogas no ambiente laboral.

Referidas questões, inclusive sob a ótica das legislações brasileira e portuguesa, serão tratadas mais adiante, nos capítulos V e VI da tese.

2.1.6 Princípio do bem-estar individual e coletivo

Para encerrar o ciclo de direitos fundamentais que, inseridos em Constituições recentes tanto do Brasil quanto de Portugal, alteraram e influenciaram outras normas infraconstitucionais – inclusive as normas laborais – no sentido de colocar a pessoa humana e sua dignidade como valor máximo a ser perseguido no cerne de uma sociedade e, nesse sentido, direcionar e restringir outros direitos, encontra-se o princípio do bem-estar individual e coletivo.

Talvez o bem-estar represente e concentre, em um só termo, em conjunto com o princípio da dignidade da pessoa humana, tudo o que os demais princípios objetivam alcançar.

Isso porque um ser humano que se sinta bem, que se sinta feliz, muito provavelmente terá, em sua vida, a aplicação prática dos demais princípios, ou seja, se sentirá respeitado em seus direitos em relação aos demais (justiça social), se sentirá respeitado em seus direitos individuais, mesmo diante da força de um contrato ou do direito de outrem à propriedade (função social do contrato e da propriedade), se sentirá seguro e valorizado em seu trabalho ou emprego (valorização do trabalho e emprego), caso o tenha.

Todos esses princípios, juntos, contribuem para que o ser humano se sinta parte da sociedade, bem e feliz.

Outrossim, os princípios gerais já estudados no Capítulo 1 – quais sejam, o respeito à vida, igualdade e não discriminação, o respeito à privacidade/intimidade e o respeito à imagem e honra – de igual modo contribuem para a plena satisfação do ser humano, objetivo principal que o constitucionalismo humanístico do pós-guerra, por meio do conceito de Estado Democrático de Direito ou Estado de Direito Democrático, busca satisfazer, em contraposição ou reação às violações pretéritas ocorridas por ocasião da Segunda Guerra Mundial e, ainda, em outros eventos históricos, como visto.

Portanto, embora o *bem-estar* seja um conceito amplo e, até mesmo, subjetivo, é indubitável que traduz a valorização do ser humano e sua satisfação como ser social.

Daí a importância da inserção do conceito de *bem-estar* na Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁶⁰, que afirma, em seu artigo XXV, ao lado do direito à segurança já analisado no tópico anterior: “todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis”. O artigo XXIX do mesmo diploma, por sua vez, estabelece que as únicas limitações que o ser humano está sujeito no exercício de seus direitos e liberdades são as determinadas pela lei, com o fim de assegurar o reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem, bem como satisfazer as exigências justas da moral, ordem pública e *bem-estar* de uma sociedade democrática.

O mesmo ocorre em relação à inserção de forma explícita do termo e sua relevância tanto no texto da CRFB quanto na CRP. Vejamos:

- **Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

- a) **Preâmbulo:**

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, **o bem-estar**, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”. (grifo nosso).

- b) **Artigo 3º, inciso IV:**

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - **promover o bem de todos**, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. (grifo nosso).

²⁶⁰ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos [Em linha]. [1948]. [Consult. 24 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf

c) Artigo 193 (da Ordem Social):

“Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o **bem-estar** e a justiça sociais”. (grifo nosso).

- **Na Constituição da República Portuguesa de 1976:**

“ARTIGO 9.º

(Tarefas fundamentais do Estado)

São tarefas fundamentais do Estado:

[...] d) Promover o **bem-estar** e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, em como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais”. (grifo nosso).

“ARTIGO 81.º

(Incumbências prioritárias do Estado)

Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social:

a) Promover o aumento do **bem-estar** social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável”. (grifo nosso).

À guisa de conclusão, observamos que referido princípio traduz, desse modo, um *patamar mínimo civilizatório*, essencial para os indivíduos no contexto atual dos avanços tecnológicos e económicos do sistema capitalista, inclusive no âmbito laboral e no cenário atual do constitucionalismo humanístico e social, despontando como um mecanismo relevante na imposição de diretrizes para o poder económico e, também, no âmbito laboral, para o poder do empregador²⁶¹.

²⁶¹ A respeito, vide DELGADO, Mauricio Godinho - *Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 5.ª ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 59. A expressão *patamar mínimo civilizatório* é por ele utilizada e foi por nós apenas repetida por entendermos que resume o sentido máximo do princípio do bem-estar individual e social.

3 AS DIMENSÕES DO PODER DO EMPREGADOR E SEUS MECANISMOS CLÁSSICOS E MODERNOS DE ATUAÇÃO

No presente capítulo, analisaremos o poder empregatício ou poder do empregador.

O objetivo será fazer um estudo a respeito das diversas dimensões ou formas de atuação em que referido poder do empregador se dá na prática, considerando que tais questões serão essenciais quando formos verificar a possibilidade e os limites do empregador de realizar exames toxicológicos no contexto do ambiente laboral, objeto central da presente tese, sem descuidar da necessária ponderação com os direitos de personalidade do empregado, mormente o direito à intimidade.

Para tanto, antes de adentrarmos no tema central da tese, o que será feito em especial nos capítulos 5 e 6, será necessário um estudo tanto dos poderes do empregador, o que se faz no presente capítulo, quanto dos direitos de personalidade do empregado, o que será objeto de análise no próximo capítulo.

É necessário observar, desde já, que, consoante destacado nos capítulos 1 e 2, tal análise, no cenário atual do Estado Democrático de Direito (no Direito brasileiro) *ou* Estado de Direito Democrático (em Portugal), deve ser feita levando-se em consideração os novéis princípios e fundamentos cardeais que norteiam as Constituições em referência, tendo a pessoa humana e sua dignidade como diretrizes centrais a serem seguidas.

Com efeito, MENEZES LEITÃO recorda que, atualmente, há novos paradigmas para o Direito do Trabalho em relação aos poderes do empregador²⁶².

Destaca, assim, que o modelo clássico da relação de trabalho, que reunia, no mesmo espaço edificado e sob as diretrizes do mesmo empregador, trabalhadores diversificados para a execução de determinada atividade económica com base na “subordinação jurídica do trabalhador ao empregador, a nível individual, e na sua integração numa unidade empresarial, vista como uma colectividade”²⁶³, ou o também denominado modelo fordista de produção, em virtude de novos métodos de gestão e novas tecnologias, foi alterado, impactando, inclusive, em profundas transformações no paradigma laboral em relação aos poderes do empregador.

Nesse sentido, o paradigma tradicional das relações entre empregado e empregador, que se caracterizava pela estabilidade e permanência da relação de trabalho e no trabalho prestado

²⁶² MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de - *Direito do Trabalho*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. (Manuais Universitários). p. 16.

²⁶³ *Ibidem*.

a tempo completo, deu origem a novas formas, tais como contrato a termo, contrato temporário e teletrabalho²⁶⁴.

Portanto, ainda que o trabalho subordinado tenha permanecido como o modelo mestre ou dominante da relação de trabalho, a evolução social impôs o surgimento de novas formas de trabalho.

Tais alterações, como explana MENEZES LEITÃO²⁶⁵, impactaram em diversas questões relacionadas ao paradigma laboral, entre as quais o poder do empregador, *litteris*:

“A existência de poderes do empregador sobre o trabalhador (a subordinação jurídica) constitui desde sempre o traço distintivo da relação de trabalho). Os novos métodos de gestão e as novas tecnologias introduziram, porém, diversos cambiantes, reforçando a sua capacidade fáctica de controle sobre os trabalhadores. Surgiu, por isso, a necessidade de estabelecer regulações nalgumas áreas delicadas de intervenção, como a protecção dos dados pessoais dos trabalhadores, os meios de vigilância à distância, etc. Por outro lado, a evolução da sociedade e a maior concorrência entre as empresas levou ao surgimento das flexibilidades funcional, temporal, geográfica e salarial, as quais reforçaram consideravelmente os poderes do empregador na definição unilateral das condições de trabalho. Esse reforço dos poderes do empregador levou mesmo a que cada vez se tenha posto mais em causa a configuração tradicional da prestação de trabalho como uma prestação de atividade ou de meios, uma vez que a avaliação dos resultados do trabalho passa a ser constante na empresa moderna. Ora, esta situação, se por um lado libera a iniciativa do trabalhador, que deixa de estar mecanicamente vinculado às instruções do empregador, por outro lado, estabelece um maior constrangimento interno da sua prestação, sujeita a uma avaliação constante, com inevitáveis repercussões na sua situação laboral.

O reforço dos poderes do empregador tem sido ainda acentuado, não apenas pelo volume de desemprego existente e a possibilidade de deslocalização das empresas, que leva os trabalhadores a aceitarem piores condições de trabalho, mas também pela cada vez menor dimensão das empresas em resultado do recurso ao outsourcing e a criação de redes de empresas, o que leva a que o empregador passe a beneficiar de um tratamento jurislaboral mais favorável, bem como reforce os poderes fácticos de controle sobre os seus trabalhadores”.

Destarte, no contexto da relação laboral e na análise de questões que envolvam os poderes do empregador, de um lado, e os direitos dos trabalhadores, de outro – inclusive a tutela dos seus direitos de personalidade –, a compatibilização dos direitos de ambas as partes em caso de confronto perpassa, sem dúvida alguma, a aplicação das diretrizes fundamentais do constitucionalismo humanístico do pós-guerra, estudadas nos capítulos anteriores.

Com efeito, os poderes do empregador encontram seus limites e atenuações nos próprios direitos dos trabalhadores, incluindo-se nestes – na moderna concepção do constitucionalismo

²⁶⁴ A respeito, *vide* MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de - *Direito do Trabalho*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. (Manuais Universitários). p. 16-17.

²⁶⁵ *Idem*, p. 17-18.

do pós-guerra – os direitos fundamentais, tais como a sua dignidade, a valorização do trabalho, o direito à reserva da intimidade da vida privada, o direito à honra e imagem, dentre outros.²⁶⁶

Contudo, como explicita MAURICIO GODINHO DELGADO ²⁶⁷, referida racionalização e atenuação dos poderes do empregador “não inviabiliza ou restringe o bom funcionamento da livre iniciativa”²⁶⁸, mas ainda a coloca como valor ao lado do trabalho e assegura a utilização da propriedade de acordo com sua função social.

Analisemos, pois, as dimensões do poder do empregador e suas formas de atuação tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no português.

3.1 CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO DO PODER DO EMPREGADOR

Poder, em sua origem etimológica, “deriva do latim vulgar *potere*, da raiz *poti*, que significa chefe de um grupo. O termo ‘poder’ gira em torno da ideia de posse, de força, de vontade, de obediência e de influência”²⁶⁹.

Como leciona ALICE MONTEIRO DE BARROS, na Roma Antiga, o patriarca da família era o detentor do poder de dirigir a vida no círculo familiar, sendo esse poder, inclusive, político e jurisdicional, haja vista que o Estado não interferia nesse âmbito.²⁷⁰

Posteriormente, na época medieval, apresentava-se acentuado o conceito de sujeição, inclusive pessoal, o que se observava entre os colonos e servos. A relação que permeava as corporações de ofício entre mestres e aprendizes também envolvia o conceito de sujeição.

Por sua vez, continua a autora, “no regime liberal, opera-se um recuo no campo jurídico à figura romana do arrendamento de serviço e o detentor do capital tem a faculdade de exercer amplamente o poder de direção”²⁷¹.

Note-se, assim, que o fenômeno relativo à separação da figura pessoal do trabalhador de sua atividade como ser produtivo perante outro, o detentor da autoridade e força, não ocorreu

²⁶⁶ No mesmo sentido, os ensinamentos de PEDRO ROMANO MARTINEZ: “Os mencionados direitos constitucionais [...] são obviamente invocáveis por um trabalhador, pois a relação laboral não priva as partes de direitos fundamentais reconhecidos a todas as pessoas; todavia, os direitos de personalidade do trabalhador têm de ser conjugados com direitos fundamentais do empregador, em particular com o direito à iniciativa económica privada (art. 61, n. 1, da CRP) e com a garantia do direito à propriedade privada (art. 62º, n. 1, da CRP). Sendo os direitos em confronto iguais e da mesma espécie – são, em qualquer dos casos, direitos fundamentais reconhecidos na Parte I da Constituição –, há uma colisão de direitos, devendo os respectivos titulares (trabalhador e empregador) ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes.” (MARTINEZ, Pedro Romano - *Direito do Trabalho*. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. (Manuais Universitários). p. 633-634.)

²⁶⁷ DELGADO, Mauricio Godinho - *Curso de Direito do Trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores*. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 839.

²⁶⁸ *Ibidem*.

²⁶⁹ BARROS, Alice Monteiro de - *Curso de Direito do Trabalho*. 4.ª ed., rev. e amp. São Paulo: LTr, 2008. p. 576.

²⁷⁰ *Idem*, p. 575.

²⁷¹ *Ibidem*.

da noite para o dia sendo, senão, uma construção lenta e paulatina até se chegar ao que é hoje, ou seja, com o estabelecimento de nítida separação entre a figura pessoal do trabalhador e sua força de trabalho e, ainda, com a existência de direitos e de uma rede de proteção deste em face dos poderes do empregador.

Então, o que se pode entender, atualmente, por poder empregatício ou poder do empregador?

OCTAVIO BUENO MAGANO²⁷² destaca que o poder diretivo, em sentido amplo, ou o poder do empregador é a “capacidade, oriunda do seu direito subjetivo, ou então da organização empresarial, para determinar a estrutura técnica e econômica da empresa e dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando a realização das finalidades daquela”.

Para o jurista, o conceito de poder diretivo ou do empregador possui uma dimensão tripartite, envolvendo o poder diretivo *stricto sensu*, o poder de organização e o poder disciplinar²⁷³, sendo o primeiro o poder do empregador de, objetivando o alcance das finalidades empresariais, atribuir uma dimensão concreta ao trabalho do empregado; o segundo, a definição de estratégia para a consecução dos objetivos empresariais e a estruturação econômica e técnica da empresa; e, quanto ao poder disciplinar, a aplicação prática de coerção das normas e ordens emanadas.²⁷⁴

Nesse viés, pode-se entender que, sendo o empregador o detentor dos meios de produção e necessitando realizar o bom desenvolvimento da atividade empresarial, investe-se de poderes que lhe permitem criar condições para a boa execução do trabalho de seus empregados, vinculados a ele mediante um contrato de emprego.

A supremacia do empregador, em virtude da detenção de tais poderes, é reconhecida e serve, inclusive, de justificativa para princípios que norteiam a aplicação das normas laborais, como o princípio da hipossuficiência, que procura, justamente, entendendo o empregado como a parte supostamente mais fraca na relação com o empregador, atenuar alegada distorção.

Assim é que o empregador pode definir as tarefas a serem desempenhadas pelos trabalhadores – dentro do que é lícitamente exigível e nos limites do contrato firmado –, pode ditar normas e diretrizes gerais – o que comumente é realizado mediante a expedição de regulamentos internos, ordens de serviços, entre outros – e, ainda, para assegurar efetividade

²⁷² MAGANO, Octavio Bueno - *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 97.

²⁷³ A respeito, *vide* MAGANO, Octavio Bueno - *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 98.

²⁷⁴ *Idem*, p. 244-245.

prática a referido poder, pode aplicar sanções legalmente previstas quando constatado o descumprimento de tais normativas ou diretrizes pelos empregados.²⁷⁵

Adotando a classificação tripartite, MENEZES LEITÃO ²⁷⁶ divide o poder do empregador entre poder de direção, poder regulamentar e poder disciplinar. Para ele, o poder do empregador deriva da posição de supremacia que possui em virtude do contrato de trabalho firmado com o trabalhador.

Entretanto importante ressaltar que essa divisão tripartite não é unânime, havendo doutrinadores que entendem por outra divisão conceitual do tema, embora, na prática, haja consenso a respeito da existência de diversos micropoderes dentro do conceito macro de poder empresarial ou poder do empregador, incluindo a dimensão organizativa/regulamentar, disciplinar e de fiscalização ou de controlo.

Empregando classificação diversa da apontada acima, MAURICIO GODINHO DELGADO²⁷⁷, em conceituada obra a respeito do tema, assim define o poder do empregador ou poder empregatício na doutrina brasileira, *litteris*:

“Poder empregatício é o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego. Pode ser conceituado, ainda, como o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços”.

Destarte, observa-se que o jurista adota uma classificação com quatro pilares principais, quais sejam: (i) o poder diretivo propriamente dito (também chamado de poder organizativo), (ii) o poder regulamentar, (iii) o poder de fiscalização (também chamado de poder de controlo) e, ainda, (iv) o poder disciplinar.²⁷⁸

Não obstante, alerta que as principais dimensões são as dimensões diretiva e disciplinar, sendo os poderes regulamentar e de fiscalização meras manifestações conexas do próprio poder diretivo.

Discorrendo também sobre o tema, MARIA ROSÁRIO PALMA RAMALHO ²⁷⁹ explicita que o poder diretivo pode ser caracterizado em cinco aspectos, quais sejam:

²⁷⁵ A respeito, vide GUERRA, Amadeu - *A privacidade no local de trabalho: as novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados. Uma abordagem ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 24-25.

²⁷⁶ A respeito, vide MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de - *Direito do Trabalho*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. (Manuais Universitários). p. 363.

²⁷⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores*, 18 ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 790.

²⁷⁸ *Idem*, p. 791.

²⁷⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho*. 2.^a v: *Situações laborais individuais*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 721-727.

- (i) Em relação à sua essência, seria o poder de emitir ordens ou instruções;
- (ii) Em relação ao seu conteúdo, que consiste no poder do empregador de determinar o que o trabalhador irá fazer (função e tarefas), o direcionamento do trabalhador quanto ao modo, tempo e local de desempenho do trabalho e, ainda, o poder de vigilância ou controlo;
- (iii) Em relação à sua titularidade, sendo de titularidade do empregador;
- (iv) Em relação ao seu exercício, sendo que pode caber diretamente ao empregador ou, por delegação, a terceiros (a exemplo do que ocorre quando superiores hierárquicos aplicam penalidades, dentro dos poderes que possuem no contexto da organização empresarial);
- (v) Em relação aos seus limites, deve ser exercido mediante ordens concretas, dirigidas a um trabalhador individualmente, ou ordens genéricas, destinadas a grupo de trabalhadores, como ocorre com os regulamentos internos da empresa. Os comandos são vinculativos.

Para a RAMALHO²⁸⁰, as componentes essenciais do poder do empregador são a diretiva e a disciplinar, citando também outras dessa posição de domínio do empregador, que seriam os poderes organizativo, regulamentar e de controlo/vigilância.

Em realidade, apesar de haver diferentes conceitos ou divisões doutrinárias a respeito do poder do empregador ou poder empregatício na doutrina brasileira, fato é que a existência de tal poder é indiscutível, é algo presente e sentido por todos os trabalhadores no dia a dia das organizações empresariais e é o que, de fato, permite que sejam elaboradas diretrizes gerais e ordens no contexto do contrato de trabalho.

Entretanto, consoante será evidenciado oportunamente, o poder de direção, embora inegável, não é ilimitado, devendo ater-se “aos aspectos que se relacionem com a actividade organizativa e produtiva da empresa, não podendo estender-se ou afectar a esfera da personalidade ou os direitos subjectivos do trabalhador”²⁸¹.

²⁸⁰ A respeito, vide RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho*. 2^av: *Situações laborais individuais*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 709-710: “Para além do aspecto objetivo, atinente ao débito remuneratório, a situação jurídica do empregador no contrato de trabalho analise-se numa posição subjectiva de poder, à qual corresponde a subordinação do trabalhador. Esta posição de poder tem duas componentes essenciais: a componente directiva e a componente disciplinar. A par destes poderes ou nele integrados, consoante a orientação doutrinal, são ainda identificadas três outras componentes da posição de domínio em que o empregador está investido no contrato de trabalho: o poder organizativo, o poder regulamentar e o poder de vigilância ou controlo”.

²⁸¹ GUERRA, Amadeu - *A privacidade no local de trabalho: as novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados. Uma abordagem ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 27.

3.2 FUNDAMENTOS DO PODER DO EMPREGADOR

Questão relevante a ser analisada é a origem ou fundamentos do poder do empregador. Em suma, qual o seu pilar básico de sustentação ou aquilo que lhe dá validade?

Diferentes doutrinadores, brasileiros e portugueses, já se detiveram a analisar a questão.

Sob esse enfoque, quatro teorias principais surgiram para fundamentar o poder do empregador do ponto de vista doutrinário, quais sejam: teoria da propriedade privada, teoria institucionalista, teoria da delegação do poder público e teoria do contrato. Há, ainda, a teoria da autonomia, adotada por alguns juristas contemporâneos.

Conforme preleciona MAURICIO GODINHO DELGADO²⁸², a primeira teoria – a da propriedade privada – entende que o poder empresarial decorre da propriedade dos meios de produção pelo empregador sendo, pois, decorrência inerente do mesmo. Para o jurista, tal concepção é insuficiente e sujeita a diversas críticas, haja vista que “se residisse na propriedade privada o título jurídico de tal poder, ele sequer existiria no largo espectro de estabelecimento e empresas contemporâneas em que a titularidade do empreendimento não repousa nas mesmas mãos dos titulares do direito de propriedade”²⁸³.

A respeito da teoria institucionalista, segundo a qual a instituição é o fundamento do poder empresarial, explicita MESQUITA²⁸⁴:

“Visto do lado institucional esse direito encontra fundamento no interesse social da empresa, que exige uma perfeita organização profissional do trabalho fornecido por seus colaboradores a fim de se atingir um bem comum de ordem econômica-social. A ordem na organização técnica da produção e na administração interna da empresa exige uma direção nesse sentido”.

Por sua vez, a teoria da delegação do poder público, ou concepção publicística, entende que o poder do empregador decorre da delegação de poder ao empresário pelo Estado.

Para MAURICIO GODINHO DELGADO²⁸⁵, tanto a teoria institucionalista quanto a de delegação do poder público possuem um viés altamente autoritário, não se compatibilizando com as experiências democráticas atuais.

A teoria do contrato, por fim, tem sido a concepção atual majoritária, sendo a corrente adotada, exemplificativamente, por MENEZES LEITÃO e MONTEIRO FERNANDES.

²⁸² A respeito, vide DELGADO, Maurício Godinho - *Curso de Direito do Trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores*. 18.^a ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 800.

²⁸³ *Ibidem*.

²⁸⁴ MESQUITA, Luiz José de - *Direito Disciplinar do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1991. (edição fac-similada de São Paulo: Saraiva, 1950).p. 64.

²⁸⁵ A respeito, vide DELGADO, Maurício Godinho, *op. cit.*, p. 802.

MENEZES LEITÃO entende que o poder de direção tem seu fundamento jurídico no contrato de trabalho, citando o artigo 400º do Código Civil Português (CCP)²⁸⁶, através do qual há concessão a uma das partes quanto à determinação da prestação da outra. “Consequentemente, não precisa de ser contratualmente estipulado, na medida em que constitui um elemento essencial do contrato de trabalho, já que a sua ausência levaria à qualificação do contrato como de prestação de serviços.”²⁸⁷

Do mesmo modo, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES²⁸⁸ entende que “não se pode explicar o poder de disciplina sem directa ligação à estrutura das relações de trabalho, tal como resultam do correspondente contrato”.

Outrossim, conforme visto, alguns doutrinadores adotam a teoria da autonomia, segundo a qual reside o poder do empregador “na autonomia das diversas instâncias de organização grupal existente na sociedade, afirmatórias do pluralismo democrático inerente à histórica contemporânea”²⁸⁹.

Nessa mesma esteira, parece-nos ser o pensamento de MENEZES CORDEIRO²⁹⁰, que, criticando as teorias contratualistas e institucionalistas, conclui:

“Resta, pois, concluir que o poder disciplinar traduz, hoje, um instituto autónomo de Direito do trabalho. Formado na base de várias transposições técnicas e culturais, o poder disciplinar não comporta reduções unitárias a institutos preexistentes. Ele explica-se pelas necessidades técnicas e de fundo do processo de produção assente em trabalho subordinado, mas devidamente controlado pelo Direito. Ele baseia-se na lei que, expressamente o reconhece e admite o poder regulativo das convenções coletivas. E ele visa, por fim, sancionar o acatamento dos deveres laborais, seja qual for a sua origem – contratual, convencional ou legal”.

Nessa celeuma, destacam-se os ensinamentos de MAURICIO GODINHO DELGADO²⁹¹, que, adotando teoria própria, entende que tanto o contrato como a autonomia são fundamentos para o poder do empregador sendo o contrato o fundamento jurídico, “pois

²⁸⁶ “Art. 400º Determinação da prestação. 1. A determinação da prestação pode ser confiada a uma ou outra das partes ou a terceiro; em qualquer dos casos deve ser feita segundo juízos de equidade, se outros critérios não tiverem sido estipulados. 2. Se a determinação não puder ser feita ou não tiver sido feita no tempo devido, sê-lo-á pelo Tribunal, sem prejuízo do disposto acerca das obrigações genéricas e alternativas.” (DECRETO-LEI n.º 47344, de 25 de Novembro de 1966 - Código Civil [Em linha]. Atualizado de acordo com: Lei n.º 85/2019, de 03/09. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.codigocivil.pt/>).

²⁸⁷ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de - *Direito do Trabalho*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. (Manuais Universitários). p. 365.

²⁸⁸ FERNANDES, António Monteiro - *Direito do Trabalho*. 17.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 253.

²⁸⁹ A respeito, vide DELGADO, Maurício Godinho - *Curso de Direito do Trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores*. 18.ª ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 805.

²⁹⁰ MENEZES CORDEIRO, António - *Direito do Trabalho*. 2º volume. *Direito Individual*. Coimbra: Almedina, 2019. (Manuais Universitários). p. 765.

²⁹¹ DELGADO, Maurício Godinho - *Curso de Direito do Trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores*. 18.ª ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 806.

sem este sequer existiria a própria relação entre empregado e empregador” e a autonomia o fundamento político. Desse modo, o poder disciplinar, sob o viés político, “residiria na autonomia das diversas instâncias de organização grupal existentes na sociedade, afirmatórias do pluralismo democrático inerente à história contemporânea”²⁹².

Por fim, é interessante notar posição também própria adotada por MÁRCIO TÚLIO VIANA²⁹³, em obra intitulada *Direito de Resistência*, na qual o autor busca analisar a origem do poder diretivo ou o que lhe fundamenta, tomando como base as diversas dimensões mediante as quais referido poder se manifesta na prática.

Sob tais aspectos, destaca o autor que, em realidade, cada teoria explicativa seria capaz de analisar os fundamentos do poder do empregador sob um aspecto diferente. Assim é que a teoria contratualista, segundo a qual é o contrato que “instrumentaliza a alienação do trabalho”²⁹⁴, demonstraria de onde vem o poder do empregador, ou seja, da existência do próprio contrato de trabalho. Desse modo, essa teoria explicaria o poder directivo *stricto sensu*, como quando o empregador ou algum representante seu determina à secretária que datilografe um relatório em espaço dois.

Por sua vez, a teoria da propriedade, segundo a qual o empresário possui o poder porque é detentor dos meios de produção, explicaria o poder organizacional. Em suma, o empregador pode editar diretrizes, regras e normas para os empregados porque é ele o proprietário dos meios de produção. Assim, por exemplo, quando o empregador emite uma ordem declarando que é proibido almoçar no pátio.

Já a teoria da instituição, segundo a qual a empresa é uma instituição e é necessário o poder para fins de organização e disciplina de todo o grupo, explicaria o poder disciplinar. Exemplificativamente, “uma decisão da comissão de fábrica advertindo o trabalhador faltoso”²⁹⁵.

Do exposto, pode-se concluir que diversas correntes doutrinárias buscam explicar a origem e fundamento do poder do empregador, sendo que, a nosso ver, a teoria contratualista é a de principal destaque.

Indubitável, entretanto, que, independentemente dos fundamentos doutrinários do poder do empregador, atualmente, tanto na Consolidação das Leis do Trabalho do Brasil quanto no

²⁹² DELGADO, Maurício Godinho - *Curso de Direito do Trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores*. 18.ª ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 805.

²⁹³ VIANA, Márcio Túlio - *Direito de Resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996. p. 131.

²⁹⁴ *Idem*.

²⁹⁵ *Idem*.

Código do Trabalho de Portugal, há previsão expressa dos poderes diretivos do empregador, *lato sensu*, sendo, pois, fundamentos legais que justificam as dimensões e atuação prática dos referidos poderes no contexto da relação laboral.

Cite-se o disposto no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho e artigo 97º do Código do Trabalho de Portugal, respectivamente:

“Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria **e dirige a prestação pessoal de serviço**.

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência) ²⁹⁶ (grifo nosso).”

“Art. 97º - Poder de direção. Compete ao empregador estabelecer os termos em que o trabalho deve ser prestado, dentro dos limites decorrentes do contrato e das normas que o regem”.²⁹⁷

Feitos esses esclarecimentos a respeito dos fundamentos do poder do empregador ou poder empregatício na doutrina brasileira, analisemos as correntes que abordam sua natureza jurídica.

3.3 NATUREZA JURÍDICA DO PODER DO EMPREGADOR

Da mesma forma como ocorre com os fundamentos do poder do empregador ou poder empregatício na doutrina brasileira, há diversas correntes que procuram definir sua natureza jurídica.

Podemos destacar três correntes doutrinárias principais, quais sejam: a natureza jurídica de direito potestativo, a natureza jurídica de direito subjetivo e, por fim, o direito-função.

A respeito dessas correntes, esclarece MÁRCIO TÚLIO VIANA²⁹⁸:

“Para uns, trata-se de direito subjetivo *stricto sensu*, já que através dele um dos contratantes (o empregador) exige do outro (o empregado) o cumprimento da obrigação ajustada.

Para outros, trata-se de direito potestativo, na medida em que um dos sujeitos (o empregador) influi na relação jurídica, acarretando, no pólo oposto, a sujeição passiva do outro (o empregado).

²⁹⁶ DECRETO-LEI n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) [Em linha]. [Consult. 12 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm, grifo nosso.

²⁹⁷ LEI n.º 7/2009 - Código do Trabalho [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>

²⁹⁸ VIANA, Márcio Túlio - *Direito de Resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996. p. 131-132.

Para outros mais, trata-se de direito-função, ou potestade, já que o empregador age no interesse da empresa-instituição, fonte autônoma de seu poder”.

Preleciona, ainda, o jurista brasileiro que seria possível, no seu entender, uma convivência harmônica entre referidas correntes na medida em que, sob cada enfoque ou dimensão do poder do empregador, se destacaria determinada natureza jurídica.²⁹⁹

Destarte, ao atuar na especificação da prestação de trabalho do empregado, ou seja, no seu poder de *direcção stricto sensu*, o empregador atuaria nos limites de seu direito subjetivo *stricto sensu*; já ao expedir normas regulamentares, dentro do seu poder organizacional, exerceria um direito meramente potestativo e, por fim, quando pune o empregador no contexto do seu poder disciplinar, “sua ação só se tornará efetivamente legítima enquanto traduzir o exercício de um direito-função”³⁰⁰.

Defendendo a natureza jurídica de direito potestativo, por sua vez, o jurista português MENEZES LEITÃO justifica que é essa a natureza do poder de direcção porque é resultado de uma “declaração negocial unilateral receptícia, sujeita às regras de eficácia da declaração negocial, constantes dos arts. 224^o³⁰¹ e ss. do CC”³⁰².

Outras posições são também encontradas na doutrina, como o poder do empregador como um fenômeno *senhorial/hierárquico* e, ainda, como uma relação jurídica contratual complexa, sendo essa novel concepção defendida por MAURICIO GODINHO DELGADO.³⁰³

Em suma, a primeira corrente que define a natureza jurídica do poder do empregador como *direito potestativo* e, também, a que a define como *direito subjetivo* têm uma visão unilateral e autoritária, haja vista que não inserem no seu contexto o trabalhador – figura central e essencial no âmbito do contrato de emprego –, focando nas prerrogativas conferidas ao empregador³⁰⁴. Explica-se.

²⁹⁹ VIANA, Márcio Túlio - *Direito de Resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996. p. 136.

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ “Art. 224º Eficácia da declaração negocial. 1. A declaração negocial que tem um destinatário torna-se eficaz logo que chega ao seu poder ou é dele conhecida; as outras, logo que a vontade do declarante se manifesta na forma adequada. 2. É também considerada eficaz a declaração que só por culpa do destinatário não foi por ele oportunamente recebida. 3. A declaração recebida pelo destinatário em condições de, sem culpa sua, não poder ser conhecida é ineficaz.” (DECRETO-LEI n.º 47344, de 25 de Novembro de 1966 - Código Civil [Em linha]. Atualizado de acordo com: Lei n.º 85/2019, de 03/09. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.codigocivil.pt/>).

³⁰² MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de - *Direito do Trabalho*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. (Manuais Universitários). p. 365.

³⁰³ DELGADO, Mauricio Godinho - *Curso de Direito do Trabalho*. 17.ª ed., rev., atual., ampl. São Paulo: LTr, 2018. p. 815.

³⁰⁴ *Idem*, p. 810.

O direito potestativo pode ser entendido como a prerrogativa concedida ao empregador de exercer influência sobre situações jurídicas de forma unilateral e mediante o exercício exclusivo de sua única vontade.³⁰⁵

De modo semelhante, como direito subjetivo também seria uma prerrogativa única do empregador, a ele conferida pela ordem jurídica, para satisfazer interesses próprios.³⁰⁶

Na mesma esteira seria a corrente que entende ser a natureza jurídica do poder fundada no caráter hierárquico ou, em outros termos, oriunda da superioridade da figura do empregador no contexto da relação laboral.³⁰⁷

De forma mais avançada surge, então, a corrente que atribui ao referido poder a natureza de *direito-função*.

Nesse viés, a figura do trabalhador desponta como relevante. Daí que seria um *direito-função*, haja vista que o exercício do poder do empregador não pode ser exercido em seu único interesse, mas deve considerar, ainda, o dos trabalhadores envolvidos. O empregador seria dotado de tal poder para, possuindo um direito, agir condicionado a uma função determinada, ou seja, também no interesse da coletividade dos trabalhadores envolvidos.³⁰⁸

Por fim, destacamos as lições relevantes de MAURICIO GODINHO DELGADO que, a par da existência das correntes doutrinárias anteriormente citadas, atribui uma nova natureza jurídica para o poder do empregador ou poder empregatício na doutrina brasileira, qual seja, como *relação jurídica contratual complexa*.

Nessa nova concepção, defendida pelo autor, que explicaria, inclusive, a complexidade existente na contraposição de interesses da empresa e do trabalhador no contexto atual dos ordenamentos jurídicos *pós-guerra*, o poder do empregador ou empregatício é uma:

“Relação jurídica contratual complexa, plástica e de assimetria variável entre empregador e empregado, considerados em sua projeção individual e coletiva, mediante a qual se preveem, alcançam ou sancionam condutas no plano do estabelecimento e da empresa. A ideia de previsão prevalece quando se reporta ao poder diretivo/regulamentar; as ideias de alcance, concretização e sanção prevalecem quando se reporta ao poder diretivo/fiscalizador/disciplinar”.³⁰⁹

Por entender que essa nova concepção traz elementos relevantes em relação às concepções anteriores e as inova, consideramos importante destacá-la ao lado das demais correntes dominantes.

³⁰⁵ DELGADO, Mauricio Godinho - *Curso de Direito do Trabalho*. 17.^a ed., rev., atual., ampl. São Paulo: LTr, 2018. p. 809.

³⁰⁶ *Idem*, p. 801.

³⁰⁷ *Idem*, p. 811.

³⁰⁸ *Idem*, p. 812.

³⁰⁹ *Idem*, p. 815.

3.4 ALCANCE DO PODER DO EMPREGADOR

Do ponto de vista prático, o poder do empregador em sentido geral ou poder empregatício na doutrina brasileira alcançaria, pois, três ou quatro poderes especiais, quais sejam: o poder de direção *stricto sensu*, o poder regulamentar/organizativo, o poder de fiscalização ou de controlo e o poder disciplinar.

Logicamente, referido poder possui limites, mormente na concepção moderna de sua atuação, que requer uma harmonia em sua aplicação concreta, com direitos fundamentais do trabalhador, entre os quais o direito da personalidade.

Vejamos, pois, isoladamente, a dimensão prática de cada poder, sempre buscando estabelecer um comparativo entre a realidade das legislações brasileira e portuguesa.

3.4.1 Poder diretivo

O poder diretivo *stricto sensu* é a prerrogativa atribuída ao empregador de, no contexto da relação laboral, ditar as tarefas ou atividades a serem desempenhadas pelo empregado.

É fato que, no momento da contratação, considerando que o contrato de trabalho, normalmente, é firmado em caráter indeterminado, é quase impossível ao empregador prever toda e qualquer tarefa ou atividade que o empregado, naquela função, deverá desenvolver no seu dia a dia.

Ora, os próprios objetivos e necessidades empresariais modificam-se com o tempo, havendo, pois, a necessidade de que, além da determinação inicial prevista no contrato de trabalho quanto às tarefas e função do colaborador, o empregador, por si ou por meio de seus representantes devidamente designados para tanto (superiores hierárquicos do empregado), possam ditar, no dia a dia, as tarefas concretas que devem ser desempenhadas.

Na atividade prática da advocacia empresarial no Brasil, deparei-me, certa vez, com interessante situação que comprova a importância do poder de direção do empregador.

Determinada empresa, historicamente zelosa e preocupada com a saúde e segurança dos trabalhadores, infelizmente vivenciou, no seu seio, um trágico acidente que afetou a vida de alguns trabalhadores e, ainda, todo o dia a dia daqueles que nela trabalhavam.

De uma hora para outra, as necessidades empresariais se alteraram por completo. A empresa foi paralisada por ato do Poder Público e submetida a diversas fiscalizações simultâneas na busca de respostas para o trágico acidente ocorrido. O dia a dia da empresa mudou por completo. Projetos antes relevantes e em andamento perderam sentido. Atividades em pleno funcionamento previamente ao acidente foram paralisadas. Por sua vez, os

trabalhadores foram convocados – dentro da capacidade intelectual, física e de suas competências – para auxiliar nas diversas e novas frentes de trabalho que surgiram.

Os impactos do acidente foram sentidos por todos, e todos, em determinado momento, tiveram que se reinventar, dentro de suas funções, competências e capacidades físicas e intelectuais, para auxiliar nas diversas tarefas novas e não inicialmente expressamente previstas no contrato de trabalho, ajudando a empresa na solução de problemas, encaminhamento dos temas, atendimento às fiscalizações e requerimentos do Poder Público, entre outras necessidades.

Não fosse o poder de direção do empregador e certa capacidade ou flexibilidade intrínseca ao contrato do trabalho no que se refere às tarefas concretas e diárias a serem desempenhadas – logicamente nos limites do contrato firmado e função previamente estabelecida –, a empresa precisaria ter dispensado praticamente todos os seus antigos trabalhadores para, então, contratar novos frente às necessidades surgidas.

Não obstante, foi por meio do seu poder de direção, mormente quanto ao seu poder de organização, que foi possível utilizar grande parte da mão de obra já disponível, de forma excepcional, para as necessidades de tarefas urgentes que se apresentavam.

Repita-se que, no contexto do exemplo citado, o poder de direção foi essencial, assim como o dever de obediência dos empregados. Logicamente, contudo, tudo foi exercido dentro dos limites decorrentes do contrato e das normas que o regem, não tendo havido qualquer ordem ilícita ou contrária ao que, ordinariamente, poderia se esperar de determinado trabalhador dentro das funções e capacidades previamente conhecidas.

Por certo que, caso tivesse havido qualquer ordem ilícita do empregador para os empregados nessa situação, ela não deveria nem poderia ser acatada, nascendo aí o que se denomina direito de resistência do empregado, o que será detalhado em item mais adiante.

Entretanto, repita-se, não foi o caso do exemplo citado. A empresa, de fato, conseguiu, com o apoio de diversas frentes de trabalho e na licitude das ordens expedidas, sobreviver ao momento de completo caos interno que se instalou após o acidente de grandes proporções, para atendimento às necessidades emergenciais do momento.

Conforme explica MENEZES LEITÃO, o poder de direção do empregador sobre o trabalhador é um dos elementos característicos do contrato de trabalho,³¹⁰ devendo, entretanto,

³¹⁰ A respeito, *vide* ainda o disposto no artigo 11º do CTP e no artigo 1152º do CCP, respectivamente:

“**Art. 11º Noção de contrato de trabalho.** Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas.”

ser estabelecido nos limites decorrentes do contrato e das normas que o regem³¹¹, estando previsto, em Portugal, no artigo 97º do CTP, *verbis*:

“**Art. 97º - Poder de direcção.** Compete ao empregador estabelecer os termos em que o trabalho deve ser prestado, dentro dos limites decorrentes do contrato e das normas que o regem”.³¹²

Além do citado dispositivo legal, podemos destacar o disposto nos artigos 118º e 127º, 2, também do CTP, que deixa claro o dever de obediência do empregado, em relação ao poder de direcção do empregador, desde que no escopo da função para a qual fora contratado ou funções afins ou de acordo com as capacidades da pessoa do trabalhador. Vejamos:

“Art. 118º – Funções desempenhadas pelo trabalhador.

1 – O trabalhador deve, em princípio, exercer funções correspondentes à actividade para que se encontra contratado, devendo o empregador atribuir-lhe, no âmbito da referida actividade, as funções mais adequadas às suas aptidões e qualificação profissional.

2 – A actividade contratada, ainda que determinada por remissão para categoria profissional de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou regulamento interno de empresa, compreende as funções que lhe sejam afins ou funcionalmente ligadas, para as quais o trabalhador tenha qualificação adequada e não impliquem desvalorização profissional.

3 – Para efeitos do número anterior e sem prejuízo do disposto em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, consideram-se afins ou funcionalmente ligadas, designadamente, as funções compreendidas no mesmo grupo ou carreira profissional.

4 – Sempre que o exercício de funções acessórias exigir especial qualificação, o trabalhador tem direito a formação profissional não inferior a dez horas anuais.

5 – Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto no número anterior.

[...]

Art. 127º Deveres do empregador

[...] 2 – Na organização da actividade, o empregador deve observar o princípio geral da adaptação do trabalho à pessoa, com vista nomeadamente a atenuar o trabalho monótono ou cadenciado em função do tipo de actividade, e as exigências em matéria de segurança e saúde, designadamente no que se refere a pausas durante o tempo de trabalho”.³¹³

No Direito brasileiro, o poder de direcção encontra previsão legal no artigo 2º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho.³¹⁴

Sobre seu conceito e alcance, leciona MAURICIO GODINHO DELGADO³¹⁵:

“**Art. 1152º Noção.** Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direcção desta.”

³¹¹ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de - *Direito do Trabalho*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. (Manuais Universitários). p. 363.

³¹² LEI n.º 7/2009 - Código do Trabalho [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>

³¹³ *Ibidem*.

³¹⁴ “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. (DECRETO-LEI n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) [Em linha]. [Consult. 12 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm).

³¹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho - *Curso de Direito do Trabalho*. 17.ª ed., rev., atual., ampl. São Paulo: LTr, 2018. p. 792.

“Poder diretivo (ou poder organizativo ou, ainda, poder de comando) seria o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e espaço empresariais internos, inclusive o processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviços”.

De modo semelhante ao previsto na legislação portuguesa, o artigo 456 da CLT no Brasil oferece a possibilidade de que, no exercício da sua função originalmente contratada, o empregado se obrigue também quanto ao exercício de “todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal”³¹⁶, evidenciando certa flexibilidade do poder de direção do empregador, obedecidos preceitos contratuais e legais, para a fixação de tarefas no dia a dia do contrato de trabalho com o empregado.

Preleciona MENEZES LEITÃO³¹⁷, em sentido semelhante, que o poder de direção é justificado pela impossibilidade fática real do empregador, quando contrata o empregado através de regular contrato de trabalho, em regra de caráter duradouro no tempo, de especificar ou detalhar, no momento da contratação, todas as tarefas ou atividades que o trabalhador deverá desempenhar no curso do seu contrato.

Nesse viés, ao longo e no curso do contrato, é necessário que o empregador exerça seu poder para dirigir ou direcionar as atividades concretas a serem desempenhadas, inseridas no escopo da função para qual o trabalhador fora contratado.

Outrossim, o poder de direção se faz essencial em uma organização empresarial para garantir o correto funcionamento de sua estrutura hierárquica. Desse modo, é imperativo que a empresa possua uma estrutura organizada de funcionamento, dotada de hierarquia para viabilizar sua gestão na prática, alinhada aos anseios e objetivos de seus proprietários, sob pena de gerar ações individuais desestruturadas e desorganizadas, que não conduzam a um resultado económico proveitoso ou de interesse dos donos dos meios de produção.³¹⁸

MENEZES CORDEIRO³¹⁹ aponta as seguintes concretizações do poder de direção:

“(1) passar de um contrato a termo a um contrato de duração indeterminada, deixando-o, designadamente, renovar até ao limite máximo [147º/2, b];

³¹⁶ “Art. 456. A prova do contrato individual do trabalho será feita pelas anotações constantes da carteira profissional ou por instrumento escrito e suprida por todos os meios permitidos em direito.

PARÁGRAFO ÚNICO. À falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal.” (DECRETO-LEI n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) [Em linha]. [Consult. 12 ago. 2019. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm).

³¹⁷ A respeito, vide MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de - *Direito do Trabalho*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. (Manuais Universitários). p. 364.

³¹⁸ *Ibidem*.

³¹⁹ MENEZES CORDEIRO, António - *Direito do Trabalho*. 2º volume. *Direito Individual*. Coimbra: Almedina, 2019. (Manuais Universitários). p. 742.

- (2) atender ao pedido do trabalhador para passar do tempo parcial a tempo inteiro [156º, 1, b];
- (3) pôr termo à comissão de serviço (163º/1);
- (4) recorrer à utilização de trabalho temporário (175º/1);
- (5) fixar o local de trabalho, podendo transferir, em certos limites, o trabalhador (194º/1);
- (6) determinar o horário de trabalho, no quadro legal (212º);
- (7) acordar na isenção de horário (218º/1);
- (8) organizar o trabalho por turnos (220º a 222º);
- (9) determinar o trabalho noturno e o trabalho suplementar (212º e passim);
- (10) marcar o período de férias, na falta de acordo (241º/2) e decidir o encerramento da empresa, para férias (241º /1);
- (11) alterar o período de férias ou interromper as férias já iniciadas, por exigências imperiosas do funcionamento da empresa (243º/1);
- (12) autorizar faltas injustificadas [249º/2, i];
- (13) apreciar a justificação das faltas, podendo pedir a prova dos factos invocados para esse efeito (254º/1)”.

Note-se, portanto, que o poder diretivo é essencial ao bom funcionamento da organização empresarial, haja vista que é por meio dele que “o empregador procede à determinação da função do trabalhador e emite ordens e instruções com vista ao cumprimento da actividade laboral e de outros deveres acessórios pelo trabalhador”³²⁰.

Para RAMALHO³²¹, “entende-se que embora deva ser tido em conta como motivação de algumas decisões do empregador, o poder organizativo não reveste autonomia como poder laboral relativamente ao poder directivo”.

Por sua vez, AMADEU GUERRA³²², explicitando um pouco mais sobre o poder de organização do empregador, afirma:

“(…) o poder organizativo, ainda que possa centrar-se nos aspectos da ‘estruturação dos meios necessários à prossecução dos fins económicos e pessoais’, pode ser determinante na ordenação dos diversos ‘factores de produção’. É através dele que a entidade patronal delimita os objetivos a desenvolver e define toda a política empresarial (política de produção, plano de vendas, desenvolvimento e crescimento económico), bem como a estruturação e rentabilidade de todos os factores de produção.

Também se inclui no âmbito do poder organizativo a escolha do tipo de serviços e a arquitectura de telecomunicações a adoptar, a forma de estruturação do sistema de informação, a definição da segurança física (v.g. utilização de sistemas de controlo com recurso a dados biométricos ou a utilização de cameras de videovigilância), bem como a definição das políticas de publicitação da actividade da empresa ou de comunicação com o exterior (criação de página de Internet, definição do papel do correio electrónico na actividade da empresa ou a aposta no comércio electrónico como fator de desenvolvimento e flexibilização das relações comerciais)”.

³²⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho*. 2ª v: *Situações laborais individuais*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 710.

³²¹ *Idem*, p. 714.

³²² GUERRA, Amadeu - *A privacidade no local de trabalho: as novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados. Uma abordagem ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 25-26.

Na prática, portanto, o poder de direção é exercido por meio de diretivas ou instruções do empregador, ordens concretas e, nesse sentido, inclui, sem dúvidas, o poder do empregador de organizar o dia a dia da empresa, direcionando o trabalho dos empregados – logicamente dentro dos limites legais e do contrato firmado –, de modo a alcançar os objetivos empresariais.

Entretanto, o poder de direção *stricto sensu*, por si só, não é capaz de atender todas as necessidades da atividade empresarial. Para sua efetivação, é essencial que o empregador possua, ainda, poderes paralelos para concretização do seu poder de organização, de emitir regulamentos ou diretrizes internas, de fiscalizar ou controlar as atividades dos empregados (observados os limites dos seus direitos individuais, inclusive de personalidade) e, ainda, de aplicar sanções quando houver descumprimento de ordens lícitas por ele ou por seus representantes emitidas.

É o que veremos nos tópicos seguintes.

3.4.2 Poder regulamentar

Outro poder que incumbe ao empregador é o poder regulamentar ou, de modo direto, a faculdade de elaborar o regulamento interno da empresa.

Destaca MAURICIO GODINHO DELGADO³²³ que o poder regulamentar pode ser compreendido como “o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à fixação de regras gerais a serem observadas no âmbito do estabelecimento e da empresa”.

O artigo 99º do Código de Trabalho de Portugal concede ao empregador a faculdade na elaboração de regulamento interno da empresa, que irá conter normas de disciplina e organização do trabalho, devendo o trabalhador cumprir com elas:

“Art. 99º – Regulamento interno da empresa.

1 – O empregador pode elaborar regulamento interno de empresa sobre organização e disciplina do trabalho.

2 – Na elaboração do regulamento interno de empresa é ouvida a comissão de trabalhadores ou, na sua falta, as comissões intersindicais, as comissões sindicais ou os delegados sindicais.

3– O regulamento interno produz efeitos após a publicitação do respetivo conteúdo, designadamente através da afixação na sede da empresa e nos locais de trabalho, de modo a possibilitar o seu pleno conhecimento, a todo o tempo, pelos trabalhadores.

4 –A elaboração de regulamento interno de empresa sobre determinadas matérias pode ser tornada obrigatória por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho negocial.

³²³ DELGADO, Mauricio Godinho - *Curso de Direito do Trabalho*. 17.ª ed., rev., atual., ampl. São Paulo: LTr, 2018. p. 792.

MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, em valiosas lições, ensina que “o poder regulamentar se manifesta na possibilidade de delimitação das regras de prestação do trabalho e de disciplina na empresa através do regulamento da empresa”³²⁵.

Na mesma direção, destaca MENEZES CORDEIRO³²⁶ que compete ao empregador aprovar o regulamento da empresa, através do qual organiza e disciplina o trabalho, sendo essa uma relevante fonte privada do direito laboral; acrescentando que “o regulamento de empresa pode concretizar as diversas facetas a formatar pelo poder de direção. De certo modo e embora correspondendo ao exercício de tal poder, ele autolimita-o”.

Nesse contexto, é por meio dos regulamentos internos que o empregador irá concretizar regras de disciplina e organização essenciais para a direção da empresa e, ainda, de certo modo, irá possibilitar a fixação de responsabilidades, que podem, em correlação com o poder disciplinar, ser encaradas como diretrizes máximas ou orientativas da empresa que devem, do ponto de vista dos trabalhadores, ser obedecidas, sob pena de aplicação futura de sanções no âmbito do seu poder disciplinar.

Portanto, observamos, desde já, uma nítida relação entre os diversos mecanismos concretos de atuação do poder diretivo, não podendo ser compreendido o poder do empregador ou poder empregatício de uma forma isolada, mas, ao revés, esse poder contém em seu leque diversos micropoderes que, juntos, permitem a melhor condução da empresa e o melhor direcionamento dos trabalhadores aos anseios empresariais.

Note-se, ainda, que ordens de serviços ou instruções têm sido consideradas espécies do gênero regulamento interno.

Esclareça-se, desde já, a natureza de *cláusulas obrigacionais ou contratuais* em relação ao regulamento empresarial e não de efetivas normas jurídicas. Portanto, têm o condão de obrigar os empregados, desde que sejam ordens lícitas e legais, no âmbito do contrato de trabalho, não podendo vincular terceiros como se normas jurídicas efetivamente fossem.³²⁷

³²⁴ LEI n.º 7/2009 - Código do Trabalho [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>

³²⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho. 2ª v: Situações laborais individuais*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 716.

³²⁶ MENEZES CORDEIRO, António - *Direito do Trabalho. 2º volume. Direito Individual*. Coimbra: Almedina, 2019. (Manuais Universitários). p. 743.

³²⁷ A respeito, vide MAURICIO GODINHO DELGADO: “Nessa linha, a compreensão jurídica mais importante a respeito do poder regulamentar empresarial é a de que ele não tem o condão de produzir efetivas normas jurídicas mas, sim, meras cláusulas contratuais, (ou, se se preferir, atos jurídicos unilaterais, que aderem ao contrato). Ou seja, os diplomas resultantes do poder regulamentar empresarial (regulamento de empresa, por exemplo) não são compostos por normas jurídicas, mas por simples cláusulas obrigacionais.” (DELGADO, Mauricio Godinho - *Curso de Direito do Trabalho*. 17.ª ed., rev., atual., ampl. São Paulo: LTr, 2018. p. 793).

Outro aspecto a ser destacado é que, nesse sentido, não obriga eternamente a empresa, podendo haver sua revogação para novos contratos de trabalho. Recorde-se, não obstante, que tanto em Portugal quanto no Brasil tem sido aplicado o entendimento de que, se mais favoráveis as disposições previstas em cláusulas regulamentares, integram o contrato de trabalho dos empregados durante a sua vigência. Entretanto, não se integram aos contratos de trabalho iniciados após sua revogação.

A respeito, releva citar um interessante acórdão recente do Tribunal da Relação de Évora (acórdão de 27.10.2016 *no processo n. 110/14.7T8STR-A*), que, ao analisar se determinada ordem de serviço (espécie do gênero regulamento interno) revogada pelo empregador se aplicava ou não a determinados empregados, concluiu que ela se aplicaria para empregados ativos no momento de sua vigência, mas não a trabalhadores que iniciaram seus contratos após sua revogação; a estes se aplicaria a lei geral e cláusulas contratuais³²⁸.

No Brasil, existe súmula expressa do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que representa interpretação majoritária do órgão a respeito do tema. De forma idêntica ao entendimento esposado acima, a Súmula n. 51 determina, *verbis*:

“51 – NORMA REGULAMENTAR – VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO – ART. 468 DA CLT (INCORPORADA A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N. 163 DA SBDI-I – RES. N. 129/2005 – DJ 20.04.2005)
I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento (ex-Súmula n. 51 - RA 41/73, DJ 14.6.1973)
II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema de outro (ex-OJ n. 163 - Inserida em 26.3.1999).”³²⁹

Indubitável, portanto, a relevância não só teórica, mas prática dos regulamentos internos na organização e fixação de regras e direitos na realidade empresarial.

Entretanto, também essencial é o poder da empresa de controlo ou de vigilância, denominado ainda de poder de fiscalização, para poder fazer valer o cumprimento de suas diretrizes internas. Vejamos:

3.4.3 Poder de fiscalização

O poder de fiscalização ou de vigilância e controlo é, justamente, o poder que permite ao empregador – respeitados os direitos dos trabalhadores, inclusive em relação à sua

³²⁸ ACÓRDÃO do Tribunal da Relação de Évora de 27.10.2016 (Moisés Silva) no processo n. n. 110/14.7T8STR-A [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://jurisprudencia.pt/acordao/50249/>, grifos nossos.

³²⁹ SÚMULA 51 do Tribunal Superior do Trabalho de 20.04.2005 [Em linha]. [Consult. 12 fev. 2020]. Disponível em WWW: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html

privacidade/intimidade – fiscalizar o trabalho desempenhado pelos trabalhadores no âmbito da relação de emprego.

De acordo com MENEZES CORDEIRO³³⁰, o empregador define os termos em que o trabalhador deve prestar sua atividade, cabendo ao primeiro, entre outras coisas, fiscalizar o trabalho dos empregados.

Apesar de inexistir previsão legal específica no CTP e, ainda, na CLT, parece-nos que o poder de vigilância ou controlo é corolário necessário para o exercício dos poderes diretivo, regulamentar e disciplinar.³³¹

Refletindo a respeito do tema e trazendo-o para a realidade prática de outras searas, que não o universo dos contratos de trabalho, recordo-me da importância de um professor, em sala de aula, não só ter o poder de ditar ordens para seus alunos quanto, também, de fiscalizar e vigiar o seu cumprimento e, caso descumpridas, aplicar penalidades para manter a organização do ambiente.

Ainda nesse exemplo, é o caso do professor que, ao aplicar provas nos alunos, dita ordens ou orientações no sentido de que não é permitido consultar livros durante a prova.

De nada adiantaria esse poder se, ao lado dele e com a mesma força cogente, o professor não tivesse o poder de vigiar ou fiscalizar o cumprimento de referida ordem por seus alunos e, no mesmo sentido, aplicar sanções a eles, como impedir que continuassem a fazer a prova ou, ainda, conferir uma nota baixa condizente com a conduta do aluno, caso houvesse o descumprimento da ordem por ele dada.

De igual modo, como mãe, observo o quanto é importante que poderes ou prerrogativas venham acompanhadas de outros *micropoderes* que auxiliam ou suportem aquele principal.

Sendo mãe de dois meninos – diga-se, de passagem, dois valiosos e lindos meninos –, preciso, como mãe, muitas vezes dirigi-los e orientá-los nas atividades diárias: – Tomem banho, escovem dentes, façam deveres...

Trata-se de funções necessárias para o desenvolvimento de suas capacidades físicas e intelectuais e para a boa organização do lar.

³³⁰ MENEZES CORDEIRO, António - *Direito do Trabalho. 2º volume. Direito Individual*. Coimbra: Almedina, 2019. (Manuais Universitários). p. 742.

³³¹ A respeito, vide MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO: “Relativamente ao poder de vigilância e controlo, ele desempenha uma dupla função no contrato de trabalho. Por um lado, trata-se de um corolário do poder directivo na vertente relativa ao desenvolvimento da actividade laboral: cabendo ao empregador direccionar em concreto o trabalhador no cumprimento da prestação, inere a esta direcção o controlo a forma como o trabalhador está a cumprir as suas ordens e instruções. Por outro lado, o controlo do trabalhador é uma operação prévia ao exercício do poder disciplinar na vertente sancionatória: é a vigilância do trabalhador que permite avaliar o incumprimento do trabalhador, que justifica a actuação disciplinar.” (RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho. 2ª v: Situações laborais individuais*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 714-715).

Não obstante, de nada adiantaria referida prerrogativa sem o poder de controlo ou vigilância, considerando que crianças – assim como adultos, em alguns casos – nem sempre cumprem as ordens ou diretrizes emanadas.

Então é que surge, com respeito à intimidade e limites de cada um, o direito de mãe de fiscalizar se os *dentes foram escovados, os deveres feitos, o banho tomado*.

De igual modo, a relevância de se ter regras claras nesse contexto é que confere, sem dúvida, segurança para todos os envolvidos. Assim, as normas internas do lar seriam, em um exercício comparativo, o regulamento interno da empresa. O poder da mãe e do pai de ditar ordens, o poder do empregador em relação aos seus empregados. O poder de ambos, ainda, de fiscalizar, o poder de vigilância ou controlo do patrão perante os trabalhadores. Por fim, o poder disciplinar apareceria como também absolutamente necessário, desde que esteja sujeito a alguns limites, a fim de manter a harmonia e assegurar a efetividade das normas ditadas.

No quadro jurídico laboral, explica MÁRCIO TÚLIO VIANA³³² que: “Como o nome indica, o poder de controlo consiste ‘na fiscalização da atividade do empregado para verificar se ele se conforma com as ordens dadas’”.

Na mesma esteira, afirma MAURICIO GODINHO DELGADO³³³:

“Poder fiscalizatório (ou poder de controle) seria o conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno. Medidas como o controle de portaria, as revistas, o circuito interno de televisão, o controle de horário e frequência, a prestação de contas (em certas funções e profissões) e outras providências correlatas é que seriam manifestação do poder de controle”.

Entretanto, como advertem vários doutrinadores, o poder de fiscalização ou de vigilância e controlo deve respeitar os direitos dos trabalhadores, repita-se, não podendo invadir a esfera de sua privacidade e intimidade.³³⁴

Sobre tal aspecto, surgem, na atualidade, diversas situações em que a análise de eventual licitude e limites do poder de controlo ou de vigilância precisa ser feita.

³³² VIANA, Márcio Túlio - *Direito de Resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996. p. 229.

³³³ DELGADO, Mauricio Godinho - *Curso de Direito do Trabalho*. 17.^a ed., rev., atual., ampl. São Paulo: LTr, 2018. p. 794.

³³⁴ A respeito, vide MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO: “Sendo o controlo do trabalhador essencial para a verificação da adequação do seu comportamento às necessidades do empregador, o seu envolvimento pessoal significativo no contrato obriga a estabelecer alguns limites às formas de controlo da sua actividade, proibindo-se, designadamente, aqueles mecanismos de controlo que invadam a privacidade do trabalhador, ou que, de qualquer outro modo, atentem contra os seus direitos de personalidade.” (RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho*. 2.^a v: *Situações laborais individuais*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 724-725).

De fato, as modernas técnicas de informática e tecnologia ampliaram as formas ou possibilidades de vigilância ou controlo, como por *e-mails*, câmeras de vigilância, controlo do tempo *etc.*

As modernas técnicas da medicina, outrossim, abrem uma vasta gama de possibilidades de monitoramento quanto a aspectos ligados à saúde dos trabalhadores, predisposições genéticas ou mesmo, no caso específico em que analisaremos na presente tese de doutoramento, quanto à vigilância ou fiscalização sobre o uso, ou não, de álcool e outras substâncias tóxicas no ambiente do trabalho ou, até mesmo, fora dele de modo a impactar nas atividades laborais.

Esse leque de situações não previstas anteriormente ampliou, significativamente, as possibilidades e situações em que o poder de fiscalização/de controlo do empregador estará previsto, de um lado, e eventual direito dos trabalhadores, de outro.

Questões ligadas à harmonização de tais direitos, de modo a se obter um equilíbrio que não pode impedir o exercício de tais poderes pelos empregadores, mas, por outro lado, possa impor certos limites para não invadir a esfera de intimidade ou violação da honra e imagem dos trabalhadores, despontam com relevância significativa e aplicação prática.

No exercício da advocacia empresarial no Brasil, comumente nos deparamos com situações ou questionamentos dos empregadores que, de forma preventiva, nos consultam sobre os limites de sua atuação, de forma a poder utilizar as prerrogativas que a tecnologia, os meios de comunicação e meios de informática permitem, na atualidade, sem que possam ser questionados ou correrem o risco de estarem, de alguma forma, violando a esfera de intimidade/privacidade dos seus empregados.

Nesse contexto, enorme a relevância dos direitos da personalidade e, ainda, importante que haja normas legais claras sobre os temas, o que, no Brasil, ainda não ocorre em várias situações, restando para a jurisprudência e a interpretação dos jurisdicionados a solução de tais questões.

Em Portugal, entendemos que a legislação foi feliz ao definir normas em relação aos poderes diversos, conferindo mais segurança jurídica para ambas as partes.

Assim é que se observa, no CTP, menção expressa à tutela dos direitos da personalidade em situações específicas, como na proteção de dados pessoais (art. 17º), na utilização dos dados biométricos (art. 18º), em relação aos testes e exames médicos (art. 19º), através dos meios de vigilância a distância (art. 20º e 21º), sobre a confidencialidade de mensagens e de acesso à informação, o que se aplica a *e-mails*.

Tais situações específicas e modernas serão mais bem estudadas no capítulo seguinte.

Contudo, desde já, essencial que permaneça a lição no sentido de que a solução ideal, a nosso ver, será sempre a busca de um equilíbrio que possa, de um lado, dar mecanismos e ferramentas concretas para o exercício do poder do empregador ou poder empregatício, mas que, ao mesmo tempo, leve em consideração que o trabalhador é um ser humano e, nesse sentido, merece ser respeitado em sua dignidade e intimidade.

3.4.4 Poder disciplinar

Dentre o círculo de poderes que o empregador possui para *dirigir*, de forma ampla, sua organização empresarial e ditar orientações, instruções e diretrizes práticas para seus empregados objetivando viabilizar o sucesso do seu empreendimento, encontra-se o poder disciplinar. Esse pode ser entendido, também, como o poder de ensinar, educar.

O referido poder seria, de acordo com a referência acima citada, a prerrogativa do empregador de aplicar punições ou, em mais adequadas palavras no contexto da relação laboral, sanções legais em caso de descumprimento de tais determinações gerais.³³⁵

Desde já, necessário destacar que o poder disciplinar pode ser exercido tanto pelo empregador, diretamente, quanto por seus representantes nos limites dos poderes que lhe foram atribuídos, ou seja, por superiores hierárquicos assim destinados no organograma de uma organização empresarial.³³⁶

O poder disciplinar tem, portanto, o objetivo primordial de punir desvios de condutas que representam violações dos trabalhadores aos seus deveres contratuais ou legais no contexto de uma relação empregatícia.

MENEZES LEITÃO³³⁷ assim o define, *litteris*:

³³⁵ Entretanto, não teria somente a feição punitiva, como adverte MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, haja vista que, no entendimento da jurista, possui uma faceta prescritiva e uma sancionatória. A faceta prescritiva seria o estabelecimento de “regras de conduta do trabalhador na organização que não se reportam à actividade laboral”, e a feição sancionatória “o poder de aplicar sanções no caso de incumprimento, pelo trabalhador, de comandos emitidos que recaem sobre a pessoa do trabalhador, em caso de incumprimento dos comandos emitidos ao abrigo do poder de direcção ou do poder disciplinar prescritivo (é a faceta sancionatória deste poder)”. (RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho*. 2ª v: *Situações laborais individuais*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 710).

³³⁶ Em Portugal, *vide* artigo 329º, item 4: “O procedimento disciplinar pode ser exercido diretamente pelo empregador, ou por superior hierárquico do trabalhador, nos termos estabelecidos por aquele.” (LEI n.º 7/2009 - Código do Trabalho [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>).

De igual forma, se a respeito o trabalhador discordar, pode reclamar diretamente ao seu superior hierárquico, nos termos do item 7 do mesmo artigo 329º: “Sem prejuízo do correspondente direito de acção judicial, o trabalhador pode reclamar para o escalão hierarquicamente superior ao que aplicou a sanção, ou recorrer a processo de resolução de litígio quando previsto em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou na lei.” (*Ibidem*).

³³⁷ *Vide* MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de - *Direito do Trabalho*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. (Manuais Universitários). p. 366.

“O poder disciplinar corresponde à faculdade de o empregador aplicar sanções ao trabalhador que se encontre ao seu serviço, enquanto vigorar o contrato de trabalho (art. 98º). O poder disciplinar constitui um corolário do poder de direcção, atribuindo-lhe a característica da coercibilidade, que é exercida pelo empregador, ainda que sujeita naturalmente a controlo judicial”.

Por sua vez, MAURÍCIO GODINHO DELGADO³³⁸ afirma:

“Poder disciplinar é o conjunto de prerrogativas concentradas no empregador dirigidas a propiciar a imposição de sanções aos empregados em face do descumprimento por esses de suas obrigações contratuais”.

Relevante, ainda, a definição trazida por MONTEIRO FERNANDES³³⁹:

Consiste ele na faculdade, atribuída ao empregador, de aplicar, internamente, sanções aos trabalhadores cuja conduta conflite com os padrões de comportamento definidos na empresa ou se mostre inadequada à correcta efectivação do contrato. Diz-se, então, que ocorre uma infração disciplinar; a lei não fornece uma noção, mas indica tipos avulsos de infracção; veja-se, por exemplo, o art. 256º/2 CT.

Assim, o dador de trabalho dispõe da singular faculdade (singular porque se trata de relações entre particulares) de reagir, por via punitiva e não meramente reparatória ou compensatória, à conduta censurável do trabalhador, no âmbito da empresa e na permanência do contrato. A sanção disciplinar tem, sobretudo, um objetivo conservatório e intimidativo, isto é, o de se manter o comportamento do trabalhador no sentido adequado ao interesse da empresa. Visa, em primeira linha, a prevenção especial e geral. Não pode, pois, ser conceituada como uma reacção de sentido reparatório, destinada a actuar sobre certa situação materialmente em desacordo com a consecução do escopo económico do dador de trabalho. É, antes, uma reacção que visa, em primeira linha, a pessoa do trabalhador (como elemento intermédio entre o potencial de trabalho e a actividade efectiva), de modo a reprimir a sua conduta inadequada, a levá-lo a proceder de harmonia com as regras de disciplina, reintegrando-o assim no padrão de conduta visado.

Entendemos que o poder disciplinar pode, então, ser definido como o poder inerente ao empregador de, diante de eventuais infrações cometidas pelos empregados, aplicar sanções de forma a garantir a observância das regras necessárias para o escoreito desempenho das actividades laborais.

De fato, o Código de Trabalho de Portugal, ao regulamentar no artigo 98º o poder disciplinar, destaca que “o empregador tem poder disciplinar sobre o trabalhador ao seu serviço, enquanto vigorar o contrato de trabalho”.

Note-se, ainda, que, no mesmo diploma, há uma secção inteira destinada ao poder disciplinar, o que demonstra sua importância e a necessidade de regras claras a regê-lo, a fim de conferir segurança jurídica para as partes contratantes e evitar abusos.

³³⁸ DELGADO, Mauricio Godinho - *Curso de Direito do Trabalho*. 17.ª ed., rev., atual., ampl. São Paulo: LTr, 2018. p. 797.

³³⁹ FERNANDES, António Monteiro - *Direito do Trabalho*. 17.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 243-244.

Desse modo, a partir do artigo 328º, o CTP determina as sanções disciplinares e, posteriormente, explicita como deve ser o procedimento disciplinar (art. 329º) e a aplicação da sanção disciplinar (art. 330º, 331º e 332º).

No artigo 328º do CTP estão previstas as seguintes sanções disciplinares: repreensão; repreensão registrada; sanção pecuniária; perda de férias; suspensão do trabalho com perda de retribuição e de antiguidade e despedimento sem indemnização ou compensação. Note-se que tal enumeração não é exaustiva, podendo haver outras formas de sanção previstas em instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, desde que não prejudiquem os direitos e garantias do trabalhador, consoante dispõe o item 2, do artigo 328º.

A respeito de cada tipo de sanção³⁴⁰, utilizando os ensinamentos de MENEZES LEITÃO,³⁴¹ verifica-se a:

- (i) Repreensão: empregador adverte o empregado de que a conduta praticada não é tolerada e representa um comportamento inadequado. Pode ser emitida verbalmente inclusive. Aplicada, normalmente, para infrações leves por possuir mais um carácter educativo e de incentivo ao empregado para a não repetição da falta.
- (ii) Repreensão registrada: difere da anterior pela utilização da forma escrita, documentando o fato.
- (iii) Sanção pecuniária: pena pecuniária (normalmente aplicação de multa) descontada da remuneração. É sujeita a limitações, nos termos do artigo 328º, 3, “a”, do CTP, sendo que as sanções pecuniárias aplicadas ao trabalhador por infrações praticadas no mesmo dia não podem ultrapassar um terço da retribuição diária e, em cada ano civil, a retribuição correspondente a 30 dias.
- (iv) Perda de dias de férias: redução do período de férias, que, também, encontra limites no artigo 328º, 3, b, do CTP, e não pode retirar o direito mínimo de gozo de 20 dias úteis.
- (v) Suspensão do trabalho com perda de retribuição e de antiguidade: sanção grave, já que afeta três direitos do trabalhador, quais sejam, sua ocupação efetiva (trabalhar), retribuição e antiguidade. O artigo 328º, 3, c, determina que a

³⁴⁰ Essas sanções podem ser agravadas pela respectiva divulgação dentro da empresa, conforme disposto no item 5 do art. 328º, do CTP. Ademais, sempre que se justifiquem as condições de trabalho, os limites de sanção previstos para a sanção pecuniária e suspensão do trabalho podem ser elevados até o dobro por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, conforme prevê o item 4 do artigo 328º do referido diploma.

³⁴¹ A respeito, *vide* MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de - *Direito do Trabalho*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. (Manuais Universitários). p. 367-368.

suspensão do trabalho não pode exceder 30 dias por cada infração e, em cada ano civil, o total de 90 dias.

- (vi) Despedimento sem indemnização ou compensação: logicamente, trata-se da sanção mais grave, que é a perda do emprego.

Releva notar que o sistema de aplicações de sanções deve ser precedido do procedimento disciplinar previsto expressamente no artigo 329³⁴² do CTP e, como nos ensina MENEZES CORDEIRO³⁴³, deve sempre respeitar determinados princípios, quais sejam: o princípio da defesa, da boa-fé, da celeridade e da igualdade.

O princípio da defesa assegura que haja sempre uma audiência prévia com o trabalhador, nos termos previstos no artigo 329º, nº 6³⁴⁴, do CTP, sendo que a *nota de culpa* ou as *acusações* formuladas não podem incluir elementos novos após serem fixadas. Deve, ainda, ser assegurado que as diligências razoáveis para o apuramento dos fatos importantes serão feitas.³⁴⁵

Em relação à boa-fé, trata-se de respeitar a confiança e não ter comportamentos contraditórios durante o curso do processo disciplinar, proibindo-se, inclusive, sanções abusivas que visem perseguir empregados quando, por exemplo, reclamem das condições de trabalho, se candidatem a vagas de representação coletiva dos trabalhadores, tenham se recusado a cumprir ordens às quais não devessem obediência e, ainda, pelo fato de terem invocado seus direitos e garantias.³⁴⁶

³⁴² “Art. 329º. Procedimento disciplinar e prescrição

1 – O direito de exercer o poder disciplinar prescreve um ano após a prática da infração, ou no prazo de prescrição da lei penal se o facto constituir igualmente crime.

2 – O procedimento disciplinar deve iniciar-se nos 60 dias subsequentes àquele em que o empregador, ou o superior hierárquico com competência disciplinar, teve conhecimento da infração.

3 – O procedimento disciplinar prescreve decorrido um ano contado da data em que é instaurado quando, nesse prazo, o trabalhador não seja notificado da decisão final.

4 – O poder disciplinar pode ser exercido directamente pelo empregador, ou por superior hierárquico do trabalhador, nos termos estabelecidos por aquele.

5 – Iniciado o procedimento disciplinar, o empregador pode suspender o trabalhador se a presença deste se mostrar inconveniente, mantendo o pagamento da retribuição.

6 – A sanção disciplinar não pode ser aplicada sem audiência prévia do trabalhador.

7 – Sem prejuízo do correspondente direito de acção judicial, o trabalhador pode reclamar para o escalão hierarquicamente superior ao que aplicou a sanção, ou recorrer a processo de resolução de litígio quando previsto em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou na lei.

8 – Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto no n.º 6.” (LEI n.º 7/2009 - Código do Trabalho [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>).

³⁴³ A respeito, vide MENEZES CORDEIRO, António - *Direito do Trabalho*. 2º volume. *Direito Individual*. Coimbra: Almedina, 2019. (Manuais Universitários). p. 756.

³⁴⁴ “Art. 329º [...] 6 - A sanção disciplinar não pode ser aplicada sem audiência prévia do trabalhador.”

³⁴⁵ A respeito, vide MENEZES CORDEIRO, António, *op. cit.*, p. 756-757.

³⁴⁶ O artigo 331º do CTP elenca o rol de sanções abusivas:

“1 - Considera-se abusiva a sanção disciplinar motivada pelo facto de o trabalhador:

a) Ter reclamado legitimamente contra as condições de trabalho;

b) Se recusar a cumprir ordem a que não deva obediência, nos termos da alínea e) do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 128.º;

Já a celeridade importa que as medidas tomadas durante o procedimento disciplinar sejam ágeis, observando-se os prazos prescricionais legais: prazo de instauração do procedimento disciplinar (60 dias do conhecimento da infração – artigo 329º, 2, CTP), prazo de prescrição de 1 ano para o direito de exercer referido poder disciplinar após a prática da infração (artigo 329º, 1, CTP) e, ainda, prazo de defesa do trabalhador (10 dias úteis para responder o processo conforme artigo 355º, CTP).

Por fim, não pode haver situações de aplicação diferente ou discriminatória de sanções ou medidas disciplinares, devendo ser observados os critérios de isonomia e igualdade de tratamento em situações similares, exceto se for para beneficiar ou ser benevolente com o trabalhador.³⁴⁷

Da mesma maneira como ocorre no Brasil, consoante será evidenciado adiante, não pode haver aplicação de mais de uma sanção por infração, devendo ela ser proporcional à gravidade da falta e culpa do infrator.³⁴⁸

Ressalta-se que, em Portugal, o artigo 351º³⁴⁹ do Código de Trabalho regulamenta as hipóteses de justa causa de despedimento, sendo todas aquelas decorrentes de ato culposos do

-
- c) Exercer ou candidatar-se ao exercício de funções em estrutura de representação colectiva dos trabalhadores;
 - d) Em geral, exercer, ter exercido, pretender exercer ou invocar os seus direitos ou garantias.

2 - Presume-se abusivo o despedimento ou outra sanção aplicada alegadamente para punir uma infracção, quando tenha lugar:

- a) Até seis meses após qualquer dos factos mencionados no número anterior;
- b) Até um ano após a denúncia ou outra forma de exercício de direitos relativos a igualdade, não discriminação e assédio.

3 - O empregador que aplicar sanção abusiva deve indemnizar o trabalhador nos termos gerais, com as alterações constantes dos números seguintes.

4 - Em caso de despedimento, o trabalhador tem direito a optar entre a reintegração e uma indemnização calculada nos termos do n.º 3 do artigo 392.

5 - Em caso de sanção pecuniária ou suspensão do trabalho, a indemnização não deve ser inferior a 10 vezes a importância daquela ou da retribuição perdida.

6 - O empregador que aplique sanção abusiva no caso previsto na alínea c) do n.º 1 deve indemnizar o trabalhador nos seguintes termos:

- a) Os mínimos a que se refere o número anterior são elevados para o dobro;
- b) Em caso de despedimento, a indemnização não deve ser inferior ao valor da retribuição base e diuturnidades correspondentes a 12 meses.

7 - Constitui contra-ordenação grave a aplicação de sanção abusiva”. (LEI n.º 7/2009 - Código do Trabalho [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>).

³⁴⁷ A respeito, vide MENEZES CORDEIRO, António - *Direito do Trabalho*. 2º volume. *Direito Individual*. Coimbra: Almedina, 2019. (Manuais Universitários). p. 759-760.

³⁴⁸ “Art. 330º Critério de decisão e aplicação de sanção disciplinar. 1 – A sanção disciplinar deve ser proporcional à gravidade da infracção e à culpabilidade do infractor, não podendo aplicar-se mais de uma pela mesma infracção.” (LEI n.º 7/2009 - Código do Trabalho [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>).

³⁴⁹ “Artigo 351.º Noção de justa causa de despedimento

1 - Constitui justa causa de despedimento o comportamento culposos do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho.

2 - Constituem, nomeadamente, justa causa de despedimento os seguintes comportamentos do trabalhador:

- a) Desobediência ilegítima às ordens dadas por responsáveis hierarquicamente superiores;

trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho.

No contexto brasileiro, em que pese inexistir previsão legal sobre como deve ser o exercício prático do poder disciplinar, há previsão legal de atos que, praticados pelos empregados, retiram a boa-fé existente entre as partes, justificando, inclusive, o despedimento por justa causa. Tais atos de justa causa encontram-se disciplinados no artigo 482³⁵⁰ da Consolidação das Leis do Trabalho.

No ordenamento jurídico brasileiro, há, ainda, ampla discussão doutrinária a respeito dos requisitos que devem ser observados na aplicação de sanções, encarregando-se a doutrina

-
- b) Violação de direitos e garantias de trabalhadores da empresa;
 - c) Provocação repetida de conflitos com trabalhadores da empresa;
 - d) Desinteresse repetido pelo cumprimento, com a diligência devida, de obrigações inerentes ao exercício do cargo ou posto de trabalho a que está afeto;
 - e) Lesão de interesses patrimoniais sérios da empresa;
 - f) Falsas declarações relativas à justificação de faltas;
 - g) Faltas não justificadas ao trabalho que determinem diretamente prejuízos ou riscos graves para a empresa, ou cujo número atinja, em cada ano civil, cinco seguidas ou 10 interpoladas, independentemente de prejuízo ou risco;
 - h) Falta culposa de observância de regras de segurança e saúde no trabalho;
 - i) Prática, no âmbito da empresa, de violências físicas, injúrias ou outras ofensas punidas por lei sobre trabalhador da empresa, elemento dos corpos sociais ou empregador individual não pertencente a estes, seus delegados ou representantes;
 - j) Sequestro ou em geral crime contra a liberdade das pessoas referidas na alínea anterior;
 - l) Incumprimento ou oposição ao cumprimento de decisão judicial ou administrativa;
 - m) Reduções anormais de produtividade.

3 - Na apreciação da justa causa, deve atender-se, no quadro de gestão da empresa, ao grau de lesão dos interesses do empregador, ao caráter das relações entre as partes ou entre o trabalhador e os seus companheiros e às demais circunstâncias que no caso sejam relevantes”. (*Ibidem*).

³⁵⁰ “Art. 482 – Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.
- m) perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional. (Incluído pelo Decreto-lei nº 3, de 27.1.1966)” DECRETO-LEI nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) [Em linha]. [Consult. 12 ago. 2019. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

e a jurisprudência de estabelecer os contornos exatos do poder disciplinar, de forma a nortear a conduta dos empregadores e trabalhadores.

Logo, as sanções no ordenamento jurídico brasileiro são: (i) advertência (que pode ser verbal ou escrita, correspondendo à repreensão do Direito português); suspensão (que não pode ultrapassar 30 dias, de acordo com o artigo 474 da CLT) e despedida por justa causa, com redução de direitos comumente recebidos em uma despedida sem justa causa³⁵¹. Admite-se a multa tão somente para jogadores de futebol em virtude de expressa previsão na Lei n.º 9.615/1988.

Situações como transferência, redução salarial ou rebaixamento de função, como critérios punitivos, não são permitidos no Brasil. Em Portugal, sucede o mesmo.

De igual modo ao que ocorre em Portugal, na aplicação das medidas disciplinares, no ordenamento jurídico brasileiro, o empregador deve comprovar a culpa ou nexo de causalidade entre a falta praticada e o ato do trabalhador, a sanção deve ser proporcional à falta, não pode haver aplicação de dupla penalidade pela mesma falta e deve existir respeito ao critério isonômico. Deve haver, ainda, certa imediatidade na aplicação da sanção, sob pena de se considerar a falta perdoada, não existindo, contudo, um prazo legal estabelecido. A jurisprudência tem entendido como razoável, a depender das situações, algo em torno de 10 dias entre a ciência do fato pelo empregador e a aplicação de penalidades, exceto se tiver havido processo interno para apuração de fatos, o que pode justificar legalmente um prazo maior.³⁵²

De toda forma, é indubitável que o poder disciplinar existe, no ambiente laboral, para auxiliar na manutenção da ordem e da harmonia e não como um poder intimidatório ou discriminatório. Deve, pois, ser exercido com responsabilidade, cautela e sempre respeitando-se os princípios gerais do contraditório, da boa-fé, entre outros.

Em suma, no contexto da democratização do constitucionalismo humanístico do pós-guerra, que irradiou para as normas infraconstitucionais toda a sua força, inclusive no quadro jurídico laboral, o poder disciplinar deve se afastar totalmente de critérios discricionários e, cada vez mais, transformar-se em efetivo meio de educação dos trabalhadores, correção de desvios, sempre tendo como pano de fundo o respeito à pessoa humana e seus direitos individuais.³⁵³

³⁵¹ No caso de justa causa, o trabalhador perde praticamente todos os direitos de rescisão, como aviso prévio, férias proporcionais, 1/3 de férias, 13º salário, FGTS, multa de 40% e seguro-desemprego.

³⁵² A respeito, vide BARROS, Alice Monteiro de - *Curso de Direito do Trabalho*. 4.ª ed., rev. e amp. São Paulo: LTr, 2008. p. 603-604.

³⁵³ DELGADO, Mauricio Godinho - *Curso de Direito do Trabalho*. 17.ª ed., rev., atual., ampl. São Paulo: LTr, 2018. p. 798, citando ARION SAYÃO ROMITA: “O jurista brasileiro Arion Sayão Romita mostrou a inexorabilidade desse processo de democratização no universo das ordens jurídicas mais avançadas: ‘Se o

3.5 LIMITES AO PODER DO EMPREGADOR

O poder diretivo do empregador, em que pese ser relevante, não é ilimitado. Ele encontra seus limites ao esbarrar com os direitos e garantias dos trabalhadores, que vão desde o respeito à lei, no momento de editar regulamentos internos ou diretrizes, até no momento de aplicar penalidades, aos requisitos mencionados no tópico anterior em relação ao poder disciplinar. O mesmo se aplica ao que concerne aos limites do controlo ou vigilância dos empregados, que, como destacado, não pode ferir direitos à personalidade como a intimidade, a imagem, a honra.

Deve, assim, haver respeito, no exercício do poder do empregador ou diretivo *lato sensu*, em qualquer de suas modalidades, a direitos e garantias asseguradas aos empregados, por força de disposições contratuais, legais ou via regulamentação ou negociação coletiva.

Sobre o tema, destaca o doutrinador português PEDRO ROMANO MARTINEZ³⁵⁴, citando dispositivos legais do Código de Trabalho de Portugal:

“O poder de direção do empregador tem limites; o trabalhador não deve obediência sempre que as ordens ou instruções se mostrem contrárias aos seus direitos e garantias, designadamente se contrariarem qualquer das previsões constantes do art. 129³⁵⁵, n. 1, do CT; parafraseando o disposto no art. 97º do CT, os << limites decorrem do contrato e das normas que o regem>>. Como limites ao poder de direção, há que

moderno direito do trabalho é favorável a uma limitação dos poderes de direção económica do chefe de empresa, com mais razão há de mostrar-se ele favorável à limitação do poder disciplinar que, na maioria das manifestações práticas, põe em jogo a personalidade do trabalhador. Essa tendência pode ser observada na quase-totalidade dos ordenamentos jurídicos estrangeiros. A evolução geral, por via legislativa ou mediante negociação coletiva, demonstra que o poder disciplinar tende a despojar-se de seu primitivo carácter discricionário em proveito de uma ‘normalização’ justificada pela finalidade por ele perseguida e lastreada no intuito de proteger o assalariado’.”

³⁵⁴ MARTINEZ, Pedro Romano - *Direito do Trabalho*. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2015. (Manuais Universitários). p. 635.

³⁵⁵ “Art 129º Garantias do trabalhador

1 - É proibido ao empregador:

- a) Opor-se, por qualquer forma, a que o trabalhador exerça os seus direitos, bem como despedi-lo, aplicar-lhe outra sanção, ou tratá-lo desfavoravelmente por causa desse exercício;
- b) Obstar injustificadamente à prestação efectiva de trabalho;
- c) Exercer pressão sobre o trabalhador para que actue no sentido de influir desfavoravelmente nas condições de trabalho dele ou dos companheiros;
- d) Diminuir a retribuição, salvo nos casos previstos neste Código ou em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho;
- e) Mudar o trabalhador para categoria inferior, salvo nos casos previstos neste Código;
- f) Transferir o trabalhador para outro local de trabalho, salvo nos casos previstos neste Código ou em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, ou ainda quando haja acordo;
- g) Ceder trabalhador para utilização de terceiro, salvo nos casos previstos neste Código ou em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho;
- h) Obrigar o trabalhador a adquirir bens ou serviços a ele próprio ou a pessoa por ele indicada;
- i) Explorar, com fim lucrativo, cantina, refeitório, economato ou outro estabelecimento directamente relacionado com o trabalho, para fornecimento de bens ou prestação de serviços aos seus trabalhadores;
- j) Fazer cessar o contrato e readmitir o trabalhador, mesmo com o seu acordo, com o propósito de o prejudicar em direito ou garantia decorrente da antiguidade.

2 - Constitui contra-ordenação muito grave a violação do disposto neste artigo” (LEI n.º 7/2009 - Código do Trabalho [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>).

atender às prescrições contratuais e, em particular, às garantias conferidas no art. 129º, n. 1, do CT, que se conjugam com outras estatuições legais, como os arts. 118º e 120º do CT quanto à atividade, o art. 194º do CT em relação ao local de trabalho ou o regime da greve”.

Logo, o poder de direção não pode contrariar garantias do trabalhador ligadas ao seu direito ao trabalho, ao seu direito à justa retribuição, ao seu direito a não ser transferido para local de trabalho diverso, exceto em situações expressamente previstas em lei ou em instrumentos de regulamentação coletiva, entre outros.

Como conclui TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, há um papel relevante do Direito do trabalho para que o poder do empregador possa ser exercido em respeito aos limites existentes nos direitos dos próprios trabalhadores, de forma a evitar excessos ou arbitrariedades³⁵⁶:

“Desta forma, se o Direito tem hoje, em geral, uma função de eliminar as arbitrariedades de poder tanto de particulares como de entes públicos, o Direito do trabalho dedica muitas das suas normas a reconhecer direitos aos trabalhadores que constituem limites aos poderes dos empregadores, sendo apenas no respeito por estes limites que o seu exercício se faz regularmente, podendo defender-se que todo o Direito do trabalho é um sistema de progressiva contenção do poder do empregador. Assim, se o ordenamento jurídico-laboral reconhece a existência de poderes do empregador, simultaneamente fixa os seus limites tanto directa como indirectamente, interna e externamente”.

3.5.1 *Ius variandi e ius resistentiae*

Como consectário do poder de direção, o empregador pode, em determinadas situações, alterar atividades ou tarefas a cargo do trabalhador. A possibilidade de variações decorre do contrato ou da lei ou do instrumento coletivo.³⁵⁷

O contrato de trabalho é, pois, o marco inicial da relação empregatícia entre empregado e empregador.

No decorrer do exercício do poder diretivo ao longo do contrato de trabalho, podem ocorrer situações novas em que o empregador, utilizando-se de seu poder, atue variando ou alterando as orientações inicialmente determinadas ao trabalhador.

Surge, pois, o *ius variandi*, que “traduz o poder que a entidade patronal tem de, em certas situações, atribuir ao trabalhador tarefas não cobertas pelo contrato celebrado ou pelas regras que, por força desse contrato, diretamente conformam a prestação laboral”³⁵⁸.

³⁵⁶ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites de poder de controlo electrónico do empregador*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 346.

³⁵⁷ Vide MENEZES CORDEIRO, António - *Direito do Trabalho. 2º volume. Direito Individual*. Coimbra: Almedina, 2019. (Manuais Universitários). p. 744.

³⁵⁸ *Ibidem*.

O direito do empregador de variação está regulamentado tanto no Direito português quanto na legislação brasileira.

Em Portugal, o artigo 120º³⁵⁹ do CTP regula a denominada *mobilidade funcional* e estabelece que o empregador “pode, quando o interesse da empresa o exija, encarregar o trabalhador de exercer provisoriamente funções não compreendidas na actividade contratada, desde que tal não implique modificação substancial da posição do trabalhador”. Referida ordem de alteração deve ser justificada, não podendo acarretar alteração de remuneração e, ainda, deve possuir prazo máximo de duração de 2 anos. Pode, ainda, ser alargada ou restringida por meio de acordo com empregado, que caducará em 2 anos caso não aplicado.

Já o artigo 194º, n.º 2³⁶⁰, assegura ao empregador o direito de transferir o empregado de local de trabalho, temporária ou definitivamente, quando: (i) houver mudança ou extinção, parcial ou total, do estabelecimento em que o empregado labora; (ii) quando existir outro motivo de interesse do empregador e desde que a transferência não acarrete sério prejuízo ao

³⁵⁹ “ARTIGO 120º - Mobilidade funcional.

1 - O empregador pode, quando o interesse da empresa o exija, encarregar o trabalhador de exercer temporariamente funções não compreendidas na actividade contratada, desde que tal não implique modificação substancial da posição do trabalhador.

2 - As partes podem alargar ou restringir a faculdade conferida no número anterior, mediante acordo que caduca ao fim de dois anos se não tiver sido aplicado.

3 - A ordem de alteração deve ser justificada, mencionando se for caso disso o acordo a que se refere o número anterior, e indicar a duração previsível da mesma, que não deve ultrapassar dois anos.

4 - O disposto no n.º 1 não pode implicar diminuição da retribuição, tendo o trabalhador direito às condições de trabalho mais favoráveis que sejam inerentes às funções exercidas.

5 - Salvo disposição em contrário, o trabalhador não adquire a categoria correspondente às funções temporariamente exercidas.

6 - O disposto nos números anteriores pode ser afastado por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho.

7 - Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto nos n.os 1, 3 ou 4.”

³⁶⁰ “ARTIGO 194º - Transferência de local de trabalho

1 - O empregador pode transferir o trabalhador para outro local de trabalho, temporária ou definitivamente, nas seguintes situações:

a) Em caso de mudança ou extinção, total ou parcial, do estabelecimento onde aquele presta serviço;

b) Quando outro motivo do interesse da empresa o exija e a transferência não implique prejuízo sério para o trabalhador.

2 - As partes podem alargar ou restringir o disposto no número anterior, mediante acordo que caduca ao fim de dois anos se não tiver sido aplicado.

3 - A transferência temporária não pode exceder seis meses, salvo por exigências imperiosas do funcionamento da empresa.

4 - O empregador deve custear as despesas do trabalhador decorrentes do acréscimo dos custos de deslocação e da mudança de residência ou, em caso de transferência temporária, de alojamento.

5 - No caso de transferência definitiva, o trabalhador pode resolver o contrato se tiver prejuízo sério, tendo direito à compensação prevista no artigo 366.º

6 - O disposto nos números anteriores pode ser afastado por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho.

7 - Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto nos n.os 1 ou 4, no caso de transferência definitiva, e constitui contra-ordenação leve a violação do disposto no n.º 3.”

empregado. De igual modo ao previsto no artigo 120º citado, as partes podem alargar ou restringir tal possibilidade, mediante acordo, que caducará em 2 anos caso não aplicado.

Explicitando a respeito do tema *ius variandi* em Portugal, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO³⁶¹ destaca que:

- (i) referido poder fundamenta-se nas necessidades de gestão do empregador;
- (ii) para que seja exercido, deve observar requisitos cumulativos, como a justificativa objetiva daquela variação, duração (que deve ser transitória), respeito a determinados direitos dos trabalhadores como remuneração e dignidade profissional.

No Brasil, dentro do conceito de *ius variandi*, também é possível que o empregador faça pequenas alterações ou ajustes no contrato de trabalho do empregado, desde que haja concordância expressa do empregado e que não acarretem prejuízos diretos ou indiretos a este. Nessa esteira, merece menção o artigo 468 e seguintes da CLT³⁶², *litteris*:

“Art. 468 – Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Parágrafo único – Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

§ 1º Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º A alteração de que trata o § 1º deste artigo, com ou sem justo motivo, não assegura ao empregado o direito à manutenção do pagamento da gratificação correspondente, que não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da respectiva função. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Art. 469 – Ao empregador é vedado transferir o empregado, sem a sua anuência, para localidade diversa da que resultar do contrato, não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança do seu domicílio.

§ 1º – Não estão compreendidos na proibição deste artigo: os empregados que exerçam cargo de confiança e aqueles cujos contratos tenham como condição, implícita ou explícita, a transferência, quando esta decorra de real necessidade de serviço. (Redação dada pela Lei nº 6.203, de 17.4.1975)

§ 2º – É lícita a transferência quando ocorrer extinção do estabelecimento em que trabalhar o empregado.

§ 3º – Em caso de necessidade de serviço o empregador poderá transferir o empregado para localidade diversa da que resultar do contrato, não obstante as restrições do artigo anterior, mas, nesse caso, ficará obrigado a um pagamento suplementar, nunca inferior a 25% (vinte e cinco por cento) dos salários que o empregado percebia naquela localidade, enquanto durar essa situação. (Parágrafo incluído pela Lei nº 6.203, de 17.4.1975)

Art. 470. Em caso de necessidade de serviço, o empregador poderá transferir o empregado para localidade diversa da que resultar do contrato, não obstante as

³⁶¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho*. 2ª v: *Situações laborais individuais*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 471-475.

³⁶² DECRETO-LEI n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) [Em linha]. [Consult. 12 ago. 2019. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

restrições do artigo anterior, mas, nesse caso, ficará obrigado a um pagamento suplementar, nunca inferior a 25 % dos salários que o empregado percebia naquela localidade, enquanto durar essa situação.

Parágrafo único - As despesas resultantes da transferência correrão por conta do empregador. (Redação dada pela Lei nº 6.203, de 17.4.1975).”

Destarte, do exposto pode-se observar que o *ius variandi* é importante consectário do poder de direção do empregador, por meio do qual o empregador pode ir alterando, no curso do contrato de trabalho, determinadas questões, como função, local de trabalho *etc.*

Contudo, MÁRCIO TÚLIO VIANA³⁶³ explica:

“É principalmente do mau uso do direito de variar que decorre o direito de resistir. Observa o grande Catharino que ‘a relação de emprego corre no tempo, como um rio cujo curso sofre variações impostas pela natureza do terreno. Suas alterações verificam-se entre as duas margens, representadas pelo *ius variandi* do empregador e pelo *ius resistentiae* do empregado’”.

Destarte, da mesma forma como o empregador possui, dentro do seu poder diretivo, o direito de variar ou alterar as diretrizes iniciais dadas ao empregado, o empregado, dentro do dever de obediência que tem ao empregador, possui o direito de resistir às alterações que sejam contrárias aos seus direitos e garantias.

Em obra dedicada ao tema, MÁRCIO TÚLIO VIANA afirma que o poder de resistência pode ser exercido tanto em face do *poder directivo stricto sensu* quanto em face dos poderes organizativo e disciplinar.

No primeiro caso, de acordo com o jurista, quando “a taxa de comando varia em função de fatores que não se prendem à lei (*lato sensu*) ou ao contrato, quase sempre haverá um excesso ilícito”³⁶⁴, que, nesse sentido, pode ser objeto de resistência pelo empregado em virtude do excesso.

Em face do poder organizativo, continua o autor, normalmente a resistência que surge, na prática, é uma resistência coletiva³⁶⁵, já que, por vezes, o poder organizacional dita diretrizes gerais à empresa ou estabelecimento onde laboram diversos empregados.³⁶⁶

³⁶³ VIANA, Márcio Túlio - *Direito de Resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996. p. 220.

³⁶⁴ VIANA, Márcio Túlio - *Direito de Resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996. p. 220.

³⁶⁵ Contudo, poderá ser também individual, como destaca o autor. “Ainda assim, é possível a resistência individual, especialmente nos casos de atividades insalubres ou perigosas, (arts. 189 a 197 da CLT), que se ligam mais diretamente à prestação de cada empregado, muito embora também interessem a mais de um. Aliás, em hipóteses como essas, a resistência individual assume papel importantíssimo, já que pode trazer efeitos benéficos para o grupo.

Figure-se o exemplo de uma faxineira em hospital de doenças transmissíveis, a quem o empregador se recusa a fornecer luvas de proteção. Poderia ela, naturalmente, recusar-se a prestar serviços, até que as luvas lhe fossem entregues.” (*Idem*, p. 160).

³⁶⁶ *Idem*, p. 159.

Em relação ao poder disciplinar, poderia haver resistência do empregado se, por exemplo, houvesse punições ou sanções que desrespeitassem seus direitos de personalidade ou sua segurança, ainda, se fossem descumpridos requisitos legais para a aplicação dessas punições e sanções e, também, se dito poder fosse utilizado para finalidades outras que não a educação ou a busca de harmonia e ordem na empresa, como a aplicação da penalidade para perseguir algum empregado que tenha reclamado da empresa.³⁶⁷

Assim, conclui VIANA³⁶⁸:

- “1. O *ius resistentiae* não nega o próprio nome. É um direito, e – mais que isso – um direito fundamental, exercitável pelo indivíduo ou pelo grupo.
2. No campo dos contratos, é específico do contrato de trabalho, derivando diretamente do uso irregular do poder diretivo patronal.
3. Pode-se destinar tanto à defesa do direito posto como à luta para se pôr o direito. No último caso, apenas quando exercido coletivamente.
4. Tal como o próprio poder diretivo, de que é contraface, sujeita-se a limites, que guardam semelhança com os da legítima defesa.
5. Embora fundamental, é fragilizado pelo contexto em que se insere: instabilidade no emprego, alto índice de desocupação, empresas monocráticas, leitura exegética da lei, prática burocrática do processo.
6. Por ser fundamental, deve ser fortalecido por novo contexto: garantias de e no emprego, empresas democráticas, leitura criadora da lei, prática comprometida do processo.
7. Cabe a todos nós essa outra luta de resistência”.

No Brasil, o empregado pode, por exemplo, considerar seu contrato de trabalho rescindido e pleitear a devida indenização quando, nos termos do artigo 483 da Consolidação das Leis do Trabalho: (i) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato; (ii) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo.

Tais seriam, nos ensinamentos de RÚBIA ZANOTELLI DE ALVARENGA, “prática do exercício ilegal do poder empregatício”³⁶⁹, sendo “conferido ao empregado o direito de resistência”³⁷⁰.

Ainda no Brasil, o exercício do direito de resistência do empregado encontra sua fundamentação também no artigo 160, I, do Código Civil de 2002 (CCB), que dispõe: “Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”.

³⁶⁷ *Idem*, p. 186.

³⁶⁸ *Idem*, p. 421.

³⁶⁹ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de - Os Efeitos da Interferência do Monitoramento Eletrônico. Os Limites do Poder Fiscalizatório do Empregador quanto ao Monitoramento do Correio Eletrônico no Ambiente de Trabalho. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo. Ano XXII, Vol. 22, n.º 257 (nov. 2010), p. 7.

³⁷⁰ *Ibidem*.

Com efeito, praticando o empregado uma *desobediência* às ordens do empregador, mas sendo essa *desobediência* oriunda do exercício regular de um direito seu, haja vista que referida ordem possui conteúdo ilícito ou viola seus próprios direitos e garantias, nada há de ilícito em tal atitude.

De fato, o empregado “pode legitimamente desrespeitar a ordem recebida, desde que esta colida com as garantias que a lei lhe atribuiu, assim como na eventualidade de o cumprimento envolver perigo para a sua saúde ou vida e quando implicar a prática de um ato ilícito”.³⁷¹

Em Portugal, o artigo 394º do CTP também permite ao trabalhador fazer cessar imediatamente o contrato quando o empregador, exemplificativamente, lhe aplicar sanções abusivas, violar suas garantias legais ou convencionais e seus interesses patrimoniais, ofender sua integridade física ou moral, liberdade, honra e dignidade, faltar com seus compromissos relativos à segurança e saúde do trabalho. Vejamos:

“Artigo 394.º – Justa causa de resolução

1 – Ocorrendo justa causa, o trabalhador pode fazer cessar imediatamente o contrato.
2– Constituem justa causa de resolução do contrato pelo trabalhador, nomeadamente, os seguintes comportamentos do empregador:

- a) Falta culposa de pagamento pontual da retribuição;
- b) Violação culposa de garantias legais ou convencionais do trabalhador;
- c) Aplicação de sanção abusiva;
- d) Falta culposa de condições de segurança e saúde no trabalho;
- e) Lesão culposa de interesses patrimoniais sérios do trabalhador;
- f) Ofensa à integridade física ou moral, liberdade, honra ou dignidade do trabalhador, punível por lei, incluindo a prática de assédio denunciada ao serviço com competência inspetiva na área laboral, praticada pelo empregador ou seu representante.

3–Constituem ainda justa causa de resolução do contrato pelo trabalhador:

- a) Necessidade de cumprimento de obrigação legal incompatível com a continuação do contrato;
- b) Alteração substancial e duradoura das condições de trabalho no exercício lícito de poderes do empregador;
- c) Falta não culposa de pagamento pontual da retribuição.
- d) Transmissão para o adquirente da posição do empregador no respetivo contrato de trabalho, em consequência da transmissão da empresa, nos termos dos n.os 1 ou 2 do artigo 285º, com o fundamento previsto no n.º 1 do artigo 286º-A.

4–A justa causa é apreciada nos termos do n.º 3 do artigo 351.º, com as necessárias adaptações.

5–Considera-se culposa a falta de pagamento pontual da retribuição que se prolongue por período de 60 dias, ou quando o empregador, a pedido do trabalhador, declare por escrito a previsão de não pagamento da retribuição em falta, até ao termo daquele prazo”.³⁷²

³⁷¹ MARTINEZ, Pedro Romano - *Direito do Trabalho*. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. (Manuais Universitários). p. 635.

³⁷² LEI n.º 7/2009 - Código do Trabalho [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>

Contudo, ressalta-se, o *ius resistantiae* deve ser exercido com bastante prudência e responsabilidade pelos empregados e nos casos em que, realmente, houver ilegalidade na ordem do empregador e não por mero *capricho*, o que, sem sombra de dúvidas, poderia acarretar a aplicação de penalidades pelo empregador.

Destacamos isso porque, no exercício da advocacia, por vezes também nos deparamos com o descumprimento infundado de ordens pelos empregados, repita-se, por mero capricho e desrespeito aos atos do empregador.

Trazemos à baila o caso, acompanhado pela autora desta tese, em que o empregado, após eleger-se para representante dos empregados na Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA) e, portanto, tornar-se detentor de estabilidade legal, passou, da noite para o dia, a descumprir deliberadamente ordens de seus superiores hierárquicos, na frente dos colegas, desrespeitando e criando verdadeiro caos no local onde trabalhava.

Referido empregado estava utilizando-se de sua estabilidade legal, com as dificuldades naturais do despedimento pelo empregador em tais hipóteses, para afrontar seus superiores, criar confusões no ambiente de trabalho.

Certa vez, ao descumprir ordem séria de segurança na empresa – empresa essa que possui atividade de risco 4, ou seja, elevado risco de acidente pela atividade exercida –, o trabalhador colocou um papelão na frente do seu posto de trabalho para que ninguém pudesse ver direito e simplesmente dormiu durante o trabalho. Ao ser advertido por seu superior, recusou-se a assinar a penalidade aplicada e, ainda, o ameaçou, atitude que acabou por gerar a lavratura, pelo seu superior, de boletim de ocorrência policial.

No caso específico, importante ressaltar que o empregado sofreu nova penalidade de suspensão disciplinar, sendo que o Judiciário, após ser instado a se pronunciar a respeito, deu *ganho de causa integral à empresa*, repreendendo a conduta do empregado e entendendo, assim, que sua desobediência, no caso às ordens do seu superior, não era lícita (não estava o empregado no seu direito legítimo de *resistência*). Ao contrário, ao descumprir ordens de segurança da forma como fez e, ainda, debochar do *chamado de atenção* do superior, estava o empregado colocando em risco a própria vida e a de vários trabalhadores da empresa, o que não é admissível.

Note-se que referido exemplo é citado para que fique claro que o direito de resistência também possui limites, ou seja, não pode ser exercido pelo empregado para *afrontar o empregador ou seu superior hierárquico*, por mero capricho ou desordem.

Ressalte-se que, a todo momento, procuro fazer reflexões no presente trabalho tanto a favor do empregado quanto a favor do empregador, haja vista que ambos estão sujeitos a abusar

de seus direitos ou descumprir suas obrigações, considerando que o empresário e o empregado são, em realidade, pessoas – embora estejam em lados aparentemente contrários.

Nesse sentido, após duas décadas de advocacia na área trabalhista, tenho me esforçado para analisar a situação de uma forma mais isenta, imparcial. Nem sempre o empregador está correto. Nem sempre o empregado também está correto. Ambos são humanos e, portanto, sujeitos a erros.

Portanto, no contexto das normas laborais, igualmente importantes são o direito do empregador de ditar as ordens para dirigir sua empresa e o direito do empregado de resistir a elas quando excessivas ou abusivas.

Por fim, relevante destacar que um dos direitos do empregado ao exercício do *ius resistentiae* é, justamente, quando o empregador desrespeita seus direitos da personalidade.

Tais direitos serão abordados no próximo capítulo, assim como situações práticas no dia a dia da relação empregatícia em que tais direitos colidam com os poderes diretivos do empregador, objetivando verificar, desde já, como se harmonizam e se compatibilizam esses direitos igualmente importantes na prática, seja em situações usuais e clássicas, quanto diante de tantos meios tecnológicos e de comunicação que a modernidade trouxe para a realidade das empresas.

4 A ATUAÇÃO DO PODER DO EMPREGADOR NO CAMPO DO UNIVERSO DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR: POSSIBILIDADES E LIMITES JURÍDICOS

Conforme visto no capítulo anterior, o empregador possui poderes que lhe possibilitam dirigir e ditar seus negócios. Entretanto, referidos poderes não são ilimitados e devem ser exercidos respeitando-se os direitos de personalidade dos trabalhadores, consoante será analisado a seguir.

4.1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR NO DIREITO BRASILEIRO E NO DIREITO PORTUGUÊS

“O Direito, feito pelos homens que vivem em sociedade, visa as pessoas e existe em função das mesmas. Trata-se de um dado axiomático, de natureza histórica e cultural, que está na origem da ordem jurídica e da Ciência Jurídica e que assenta na tradição greco-cristão-ocidental.”³⁷³

A tutela do ser humano e de suas prerrogativas como tal ganhou contornos expressivos nos ordenamentos jurídicos do pós-guerra, sendo esse um movimento fortemente influenciado pelas barbáries cometidas na Segunda Guerra Mundial.

A necessidade de proteger os seres humanos, uns contra os outros, na luta de poder, tornou-se fator de ordem para garantia da paz social. Daí que, gradativamente, foram sendo inseridos em diplomas internacionais e em diplomas constitucionais de diversos países princípios ou diretrizes fundamentais para a salvaguarda de tais direitos e prerrogativas dos seres humanos, objetivando a manutenção de sua dignidade na sociedade.³⁷⁴

O Direito do Trabalho não ficou alheio a tal realidade. A relação laboral, sendo uma relação que naturalmente envolve poderes, a todo momento apresenta situações práticas de conflitos em que direitos dos seres humanos colidem entre si, a depender dos interesses existentes.

³⁷³ DRAY, Guilherme Machado - *O princípio da proteção do trabalhador*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 163.

³⁷⁴ A respeito, preleciona CARLOS ALBERTO BITTAR: “Os movimentos desencadeados a partir da segunda metade do nosso século – em especial em face da barbárie do genocídio na Guerra – geraram a edificação de sistemas de princípios internacionais e universais para a defesa da personalidade humana – as Declarações já citadas, em particular as da Assembleia Geral da ONU, de 1948, e a Convenção Europeia, de 1950 e, ainda, o Pacto Internacional das Nações Unidas sobre a proteção dos direitos civis, de 1966 –, com a enunciação de direitos considerados inerentes ao homem e que aos Estados participantes competia respeitar.” (BITTAR, Carlos Alberto - *Os direitos da personalidade*. 8.^a ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C.B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 99).

Como visto no capítulo anterior, o empregador é dotado de poderes que lhe permitem dirigir a empresa, em busca da consecução de seus objetivos finais de lucro, dentro da liberdade de iniciativa e do poder de propriedade sobre os meios de produção que possui.

Contudo tais poderes não são ilimitados. Os empregados, apesar de possuírem deveres de obediência, também têm prerrogativas que necessitam ser respeitadas, sob pena de cometimento de abusos. Logo, os direitos de personalidade do trabalhador também lhe conferem poderes que surgem como um mecanismo importante e necessário para a limitação das prerrogativas do empregador, evitando excessos.

A harmonização desses poderes diametralmente opostos é, em suma, o grande desafio. De um lado, o poder de direção do empregador. De outro, os direitos dos empregados, incluindo seus direitos de personalidade. Essa aparente dicotomia e a análise de soluções para a harmonização de ambos, inclusive em situações fáticas tradicionais e modernas do mundo do trabalho, serão objeto de estudo mais aprofundado no presente capítulo.

Entretanto, antes de adentrarmos especificamente nessas questões, é essencial compreendermos o conceito, natureza, caracteres essenciais e, ainda, abordarmos o tratamento que os ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil têm concedido a referidos direitos de personalidade dos empregados.

Inicialmente, questiona-se: como podemos definir *pessoa*?

Contribuindo para importantes reflexões a respeito do conceito de *pessoa*, explicita STELA BARBAS³⁷⁵:

“A pessoa é sujeito individual, substancial, racional, dotado de espiritualidade, e, por isso, capaz de se relacionar. É um ser livre.

A pessoa existe em si e por si. Ela preside, é o cerne da sua existência individual, e realiza, de modo pleno, o conceito de individualidade.

[...]

A pessoa é um todo, uma unidade e não apenas uma parte. É o ponto de referência, o valor, o fim e não o meio para atingir o fim, é a realidade transcendente para o Direito, a Economia, a Política, a Ciência, a História”.

Por sua vez, os direitos da personalidade, nos dizeres de CARLOS ALBERTO BITTAR,³⁷⁶ são aqueles “reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas

³⁷⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - *Direito do Genoma Humano*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 170 e 174.

³⁷⁶ BITTAR é naturalista: “Situamo-nos entre os naturalistas. Entendemos que os direitos da personalidade constituem direitos inatos – como a maioria dos escritores ora atesta –, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária –, e dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou as incursões de particulares.” (BITTAR, Carlos Alberto - *Os direitos da personalidade*. 8.^a ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C.B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 38).

projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem”³⁷⁷. Assim, são o direito à vida, intimidade, integridade física, honra e outros.

Importante, desde já, que seja feita distinção entre os direitos da personalidade e o conceito de *direitos fundamentais* e *direitos do homem*.

De fato, a depender dos planos em que se situam, tais direitos são classificados ou compreendidos de diferentes enfoques.

Nesse sentido, no universo do Direito Internacional, esses direitos da pessoa são tratados como *direitos do homem ou direitos humanos*.³⁷⁸

Já quando inseridos em diplomas constitucionais e reconhecidos, portanto, nos ordenamentos jurídicos positivos a nível constitucional e sob o enfoque da relação com o Estado, os direitos da pessoa são reconhecidos como *direitos fundamentais*.³⁷⁹

Por fim, quando permeiam relações privadas, são compreendidos como *direitos da personalidade*.³⁸⁰

Em maiores detalhes:

“Alguns desses direitos, quando enfocados sob o aspecto do relacionamento com o Estado e reconhecidos pelo ordenamento jurídico positivo, recebem o nome de ‘direitos fundamentais’.

São, pois, os mesmos direitos, mas examinados em planos distintos: de uma pessoa em relação a outras e diante do Estado. Separa-os, nesse passo, a perspectiva de estudo, anotando-se, outrossim, que, no campo dos direitos fundamentais, vem-se identificando também um conteúdo próprio, com o acréscimo dos direitos econômicos, sociais e culturais ao lado dos direitos civis e políticos. [...] Nesse sentido, é válido operar a distinção que observa estes mesmos direitos, sob enfoques

³⁷⁷ BITTAR, Carlos Alberto - *Os direitos da personalidade*. 8.^a ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C.B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 29.

³⁷⁸ “Direitos do Homem são no essencial os que resultam dos catálogos de direitos dos Tratados e Convenções Internacionais. Abrangem não apenas os direitos originários como, também, todo um conjunto de direitos considerados universais e fundamentais pela comunidade jurídica internacional. Assim sucede, nomeadamente, com alguns direitos enumerados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, onde se proclamam, entre outros, o direito à igualdade, à vida, à liberdade, à segurança pessoal, à justiça, ao trabalho.” (DRAY, Guilherme Machado - *Direitos de Personalidade: anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 29).

³⁷⁹ “Direitos fundamentais são os que se mostram formalmente contemplados na Constituição. O critério que os delimita é o da fonte da sua atribuição. São direitos fundamentais o que se mostram inseridos, entre nós, no elenco dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais, respectivamente previstos nos Títulos II e III da Parte I (Direitos e Deveres Fundamentais) da Constituição da República Portuguesa (Constituição). [...] Os direitos fundamentais foram criados e concebidos tendo em vista a tutela das esferas privadas perante ingerências do poder político – trata-se de direitos dos indivíduos face ao Estado; os direitos de personalidade, pelo contrário, atendendo ao seu profundo sentido ético, não se circunscrevem a relações de natureza vertical – impõem-se a todos os níveis e em todas as direcções, designadamente nas relações de direito privado.” (*Idem*, p. 28).

³⁸⁰ “É neste contexto que se inserem os direitos de personalidade e o regime de tutela que os caracteriza: os direitos de personalidade traduzem, no essencial, direitos subjetivos que recaem sobre bens pessoalíssimos e que projetam a própria personalidade humana. Estamos, no fundo, perante ‘direitos sobre a própria pessoa’, razão pela qual se pode afirmar que os direitos de personalidade, em bom rigor, como sustenta JORGE MIRANDA, assumem no plano privado o papel desempenhado pelos direitos fundamentais no direito público.” (DRAY, Guilherme Machado - *O princípio da proteção do trabalhador*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 168).

diversos. No campo do Direito Internacional, costuma-se tratar destes direitos com o nome de Direitos Humanos. E, de fato, o assim chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos é uma clara expressão desta ramificação. É costume, também, no campo da Sociologia, da Ciência Política e da Teoria Geral do Estado, além da Filosofia do Direito, abordarem-se estes mesmos temas, considerando-os temas dos Direitos Humanos. Já na perspectiva do Direito Constitucional, e do publicismo, na medida em que estes direitos são reconhecidos e positivados pelo Estado, costumam ser chamados de direitos fundamentais, sabendo-se que diante do Neoconstitucionalismo, ressaltam-se duas importantes tarefas diante destes direitos, quais sejam a sua interpretação, e a solução dos casos em que há colisão de direitos fundamentais, o que tem motivado a maior parte dos estudos no setor. No entanto, como se haverá de perceber em muitas passagens deste estudo, trata-se fundamentalmente dos direitos de mesma natureza, por vezes, em graus de reconhecimento muito diversificados.

Assim, em conclusão, sempre que apreciados sob o prisma das relações privadas, no campo e como enfoque de estudo do Direito Civil, esses direitos chamam-se ‘direitos da personalidade’ e, como tal, os entendemos e os versaremos na presente obra”.³⁸¹

Feita essa distinção necessária, também é relevante destacar que, independentemente do conceito de direitos de personalidade e de sua existência no universo das relações privadas – tendo, inclusive, sido a área cível a apresentar regulamentação pioneira –, é indubitável que tais direitos possuem como norte a dignidade da pessoa humana.

Destarte, os direitos de personalidade estão balizados por uma fundamentação que decorre da própria Constituição, tendo como bússola orientativa o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio orientativo do sistema jurídico como um todo.³⁸²

Como direitos existentes para a proteção da pessoa e em função dela, seriam direitos “ínsitos na pessoa, em função de sua própria estruturação física, mental e moral”³⁸³.

Em virtude disso, possuem características que lhe são próprias e inerentes, tais como preleciona ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO³⁸⁴:

- (i) são direitos subjetivos privados: porque asseguram a satisfação do próprio ser, física e espiritualmente;
- (ii) são direitos não patrimoniais/extrapatrimoniais: por não objetivarem uma dimensão econômica ou financeira;
- (iii) são direitos originários ou inatos: porque são naturais do próprio ser humano;
- (iv) são direitos absolutos ou de exclusão: por serem oponíveis *erga omnes*;
- (v) são intransmissíveis³⁸⁵: porque são inerentes à pessoa que os detém, seu titular;

³⁸¹ BITTAR, Carlos Alberto - *Os direitos da personalidade*. 8.^a ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C.B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 30-31.

³⁸² *Idem*, p. 36.

³⁸³ *Idem*, p. 35.

³⁸⁴ A respeito, *vide* AZEVEDO, Álvaro Villaça - Direitos e Deveres dos Avós (alimentos e visitação). In CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara, coord. - *Pessoa Humana e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 7-8.

³⁸⁵ A respeito da intransmissibilidade e irrenunciabilidade, explica BITTAR: “Daí, são dotados de certas particularidades, que lhes conferem posição singular no cenário dos direitos privados, de que avultam, desde logo, os seguintes: a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, que se antepõem, inclusive como limites à

- (vi) são irrenunciáveis: porque não podem ser renunciados ou rejeitados;
- (vii) são imprescritíveis: porque podem ser exercidos a todo tempo.

Por possuírem enorme relevância no universo dos direitos, os direitos da personalidade receberam tratamento jurídico especial tanto em Portugal quanto no Brasil, sendo certo que, no ordenamento justrabalhista português, consoante será evidenciado adiante, a regulamentação se mostra mais detalhada e avançada, a nosso ver, apesar da grande e semelhante importância doutrinária e jurisprudencial que ao tema é dedicado em ambos os ordenamentos.

Como explicita STELA BARBAS³⁸⁶, “se existe vida humana, existe personalidade, gozando de toda a proteção que o direito lhe confere”.

Nesse viés, em Portugal, regulamentação específica sobre os direitos da personalidade encontra previsão tanto nos artigos 70º a 81º do Código Civil de Portugal (CCP) quanto nos artigos 14º a 22º do Código do Trabalho de Portugal, diplomas que, juntamente com os preceitos previstos na Constituição da República Portuguesa, se complementam, não sendo isoladamente taxativos. Desde já, releva notar que o CTP insere, numa mesma subsecção, direitos de personalidade do trabalhador e do empregador. Contudo, a abordagem sobre os direitos de personalidade sob o enfoque do empregador será mais detalhada em tópico apartado.

Nesses termos, a leitura conjunta dos artigos 70º a 81º do CCP concomitantemente ao CTP em seus artigos 14º a 22º permite destacar os principais direitos da personalidade tutelados em referido ordenamento, quais sejam:

(i) Tutela geral da personalidade, inclusive para pessoas falecidas / Tutela à integridade física e moral

O Código Civil de Portugal (CCP), ao expressar no artigo 70º que “a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”, destaca a importância do ser humano e sua integridade física ou moral para o ordenamento jurídico, sendo que, para evitar a consumação de eventuais violações ou atenuar seus efeitos, concede a prerrogativa ao ser humano de requerer as providências adequadas, independentemente da responsabilidade civil do ofensor.

própria ação do titular (que não pode eliminá-los por ato de vontade, mas, de outro lado, deles, sob certos aspectos, pode dispor, como, por exemplo, a licença para uso de imagem, entre outras hipóteses). Contudo, esse consentimento não desnatura o direito, representando, ao revés, exercício de faculdade inerente ao titular (e que lhe é privativa, não comportando, de uma parte, uso por terceiro sem expressa autorização do titular e quando juridicamente possível, e, de outra, execução forçada, em qualquer situação, visto que incompatível com a sua essencialidade.” (BITTAR, Carlos Alberto - *Os direitos da personalidade*. 8.ª ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C.B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 35).

³⁸⁶ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - *Direito do Genoma Humano*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 220.

Note-se que a tutela não é apenas para as pessoas vivas, mas, também, estende-se àquelas já falecidas, sendo que, nesse sentido, o artigo 71º do CCP dispõe que o cônjuge ou qualquer ascendente, irmão, descendente, herdeiro ou sobrinho do falecido possuem legitimidade para requerer as providências para defesa de tais direitos do falecido, excetuando-se hipóteses em que a ofensa resulta da falta de consentimento; nesse caso, as pessoas que possuíam o poder de prestar tal consentimento é que detêm a legitimidade, conjunta ou separadamente, para requerer as providências para a tutela de tais direitos.

Em sentido semelhante, o Código do Trabalho de Portugal destaca, em seu artigo 15º, que “o empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e o trabalhador gozam do direito à respectiva integridade física e moral”.

Quanto à tutela da personalidade do empregador, será objeto de análise em tópico específico.

(ii) Direito ao nome e tutela aos dados pessoais

No artigo 72º do Código Civil de Portugal (CCP), o legislador objetivou proteger o uso do nome, completo ou abreviado, por parte de seu titular, protegendo este, ainda, contra o uso ilícito que possa ser feito por qualquer pessoa de referida identificação pessoal.

Releva notar que abusos, de qualquer espécie, não são permitidos. Nesse sentido, apesar da liberdade que todo ser humano possui quanto ao uso do seu nome, é certo também que tal liberdade não pode extrapolar o direito de outra pessoa, ou seja, o titular do nome não pode “usá-lo de modo a prejudicar os interesses de quem tiver nome total ou parcialmente idêntico”³⁸⁷, mormente no exercício de uma atividade profissional.

A proteção mais ampliada não só ao nome, mas, ainda, a todos os dados pessoais do trabalhador encontra previsão expressa no artigo 17º³⁸⁸ do Código do Trabalho de Portugal.

³⁸⁷ A respeito, *vide* Artigo 72º, 2 do CCP: “[...] 2. O titular do nome não pode, todavia, especialmente no exercício de uma atividade profissional, usá-lo de modo a prejudicar os interesses de quem tiver nome total ou parcialmente idêntico; nestes casos, o tribunal decretará as providências que, segundo juízos de equidade, melhor conciliem os interesses em conflito”. (DECRETO-LEI n.º 47344, de 25 de Novembro de 1966 - Código Civil [Em linha]. Atualizado de acordo com: Lei n.º 85/2019, de 03/09. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.codigocivil.pt/>).

³⁸⁸ “**ARTIGO 17º – Protecção de dados pessoais**

1. O empregador não pode exigir a candidato a emprego ou a trabalhador que preste informações relativas:
 - a) À sua vida privada, salvo quando estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar da respectiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação;
 - b) À sua saúde ou estado de gravidez, salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação.
2. As informações previstas na alínea b) do número anterior são prestadas a médico, que só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto a desempenhar a actividade.

Preceitua o artigo 17º, 3, do CTP, que “o candidato ao emprego ou o trabalhador que haja fornecido informações de índole pessoal goza do direito ao controlo dos respectivos dados pessoais”, acrescentando que o empregado pode tomar conhecimento dos fins a que tais dados se destinam no âmbito da empresa e, ainda, exigir a atualização ou retificação dos mesmos. Igual proteção é dada, pela lei, aos dados constantes em ficheiros e demais acessos informáticos utilizados pelo empregador para tratamento de tais dados pessoais.

Adicionalmente, a legislação laboral proíbe que o empregador exija do candidato a emprego ou trabalhador quaisquer informações relativas à sua vida privada ou à sua saúde e estado de gravidez, exceto se elas forem estritamente necessárias e relevantes para avaliação da sua aptidão em relação à execução do contrato e à natureza da atividade profissional, devendo, nessas hipóteses, ser fornecida ao candidato fundamentação por escrito para acesso a tais informações.

Logo, com referida tutela, o ordenamento quer proteger não somente os dados pessoais dos trabalhadores, incluindo seu nome, quanto os demais dados de natureza privada relacionados à sua condição pessoal de saúde, excetuando-se situações excepcionais em que tais informações são relevantes para a proteção da própria pessoa, ou seja, do próprio trabalhador, em circunstâncias especiais da atividade profissional ou execução do contrato.

Interessante observar, ainda, que, mesmo que tais dados relativos à saúde do trabalhador sejam necessários e fornecidos pelo empregado, em determinadas circunstâncias, caberá ao médico ter conhecimento deles. O empregador será comunicado a respeito da aptidão, ou não, do candidato ao emprego para determinada vaga.

(iii) Tutela às cartas missivas-confidenciais e à confidencialidade de mensagens e de acesso à informação

Nos preceitos dispostos nos artigos 75º a 78º do Código Civil de Portugal (CCP), bem como no artigo 22º do Código do Trabalho de Portugal, o que se procura tutelar é a confidencialidade de determinados documentos que dizem respeito à pessoa humana e, em especial, no caso específico do CTP, ao trabalhador.

3. O candidato a emprego ou o trabalhador que haja fornecido informações de índole pessoal goza do direito ao controlo dos respectivos dados pessoais, podendo tomar conhecimento do seu teor e dos fins a que se destinam, bem como exigir a sua rectificação e actualização.

4. Os ficheiros e acessos informáticos utilizados pelo empregador para tratamento de dados pessoais do candidato a emprego ou trabalhador ficam sujeitos à legislação em vigor relativa à proteção de dados pessoais.

5. Constitui contra-ordenação muito grave a violação do disposto nos n.s 1 ou 2.” (LEI n.º 7/2009 - Código do Trabalho [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>).

Destarte, as cartas confidenciais e, também, memórias pessoais e familiares e outras que tenham relação com a intimidade da vida privada são protegidas.³⁸⁹

No âmbito do contrato de trabalho, tal proteção também se aplica quanto ao conteúdo de mensagens de natureza pessoal que o trabalhador envie, receba ou consulte.³⁹⁰

Com a evolução dos meios de comunicação através de ferramentas como *e-mails* ou *correio electrónico*, as comunicações se tornaram mais ágeis e dinâmicas. Contudo aquilo que se refere a conteúdos pessoais trocados por meio de tais ferramentas encontra proteção na lei, à exceção de informações profissionais relativas ao contrato de trabalho e que, assim, podem ser objeto de expressa regulamentação pelo empregador dentro dos seus poderes.

Uma análise mais detida a esse respeito, inclusive no que se refere ao limite de monitoramento ou utilização dos *e-mails* (*correios eletrônicos*) no âmbito do contrato laboral, será realizada ainda neste capítulo, quando analisarmos as situações fáticas de eventual conflito entre os poderes do empregador e os direitos de personalidade dos trabalhadores.

(iv) Tutela ao direito de imagem / Tutela em relação aos meios de vigilância a distância e sua utilização

Assim como o nome e demais dados pessoais, a imagem é algo inerente à pessoa, à exceção de hipóteses em que ela mesma autorize sua divulgação com seu consentimento e,

³⁸⁹ “**Art. 75º – Cartas – missivas confidenciais**

1. O destinatário de carta-missiva de natureza confidencial deve guardar reserva sobre o seu conteúdo, não lhe sendo lícito aproveitar os elementos de informação que ela tenha levado ao seu conhecimento.

2. Morto o destinatário, pode a restituição da carta confidencial ser ordenada pelo tribunal, a requerimento do autor dela ou, se este já tiver falecido, das pessoas indicadas no n. 2 do artigo 71º; pode também ser ordenada a destruição da carta, o seu depósito em mão de pessoa idónea ou qualquer outra medida apropriada.

Artigo 76º Publicação de cartas confidenciais

1. As cartas-missivas confidenciais só podem ser publicadas com o consentimento do seu autor ou com o suprimimento judicial desse consentimento; mas não há lugar ao suprimimento quando se trate de utilizar as cartas como documento literário, histórico ou biográfico.

2. Depois da morte do autor, a autorização compete às pessoas designadas no n.2 do artigo 71º, segundo a ordem nele indicada.

Artigo 77º – Memórias familiares e outros escritos confidenciais

O disposto no artigo anterior é aplicável, com as necessárias adaptações, às memórias familiares e pessoais e a outros escritos que tenham caráter confidencial ou se refiram à intimidade da vida privada.

Artigo 78º – Cartas-missivas não confidenciais

O destinatário da carta não confidencial só pode usar dela em termos que não contrariem a expectativa do autor.” (DECRETO-LEI n.º 47344, de 25 de Novembro de 1966 - Código Civil [Em linha]. Atualizado de acordo com: Lei n.º 85/2019, de 03/09. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.codigocivil.pt/>).

³⁹⁰ “**ARTIGO 22º – Confidencialidade de mensagens e de acesso a informação**

1. O trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso a informação de carácter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio electrónico.

2. O disposto no número anterior não prejudica o poder de o empregador estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação na empresa, nomeadamente do correio electrónico.” (LEI n.º 7/2009 - Código do Trabalho [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>).

ainda, quando se refere a pessoas públicas ou dotadas de notoriedade e outras circunstâncias especiais que justifiquem seu uso mais amplo, como *cargos desempenhados, exigências de polícia ou justiça*, entre outras. De forma geral, contudo, a imagem ou retrato de uma pessoa não pode ser exposto ou divulgado sem seu prévio consentimento, inclusive havendo tutela de tal direito após a morte, como preceitua o artigo 79^{o391} do Código Civil de Portugal (CCP).

Para a preservação da imagem da pessoa e, ainda, de sua privacidade de forma geral, no contexto da relação de emprego, o Código de Trabalho de Portugal, embora não proíba a utilização de câmeras de vigilância e outros meios tecnológicos de controlo, estabelece certos limites.

Desse modo, os artigos 20^{o392} e 21^{o,393} do CTP, de forma resumida, estabelecem os seguintes limites:

(a) os meios de vigilância a distância, mediante utilização de equipamentos tecnológicos, não podem ser usados pelo empregador no local de trabalho com o intuito de

³⁹¹ “**Artigo 79º – Direito à imagem.**

1. O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela; depois da morte da pessoa retratada, a autoridade compete às pessoas designadas no n. 2 do artigo 71º, segundo a ordem nele indicada.

2. Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justifiquem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente.

3. O retrato não pode, porém, ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio, se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decore da pessoa retratada.” (DECRETO-LEI n.º 47344, de 25 de Novembro de 1966 - Código Civil [Em linha]. Atualizado de acordo com: Lei n.º 85/2019, de 03/09. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.codigocivil.pt/>).

³⁹² “**ARTIGO 20º – Meios de vigilância a distância**

1 - O empregador não pode utilizar meios de vigilância a distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador.

2 - A utilização de equipamento referido no número anterior é lícita sempre que tenha por finalidade a protecção e segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade o justifiquem.

3 - Nos casos previstos no número anterior, o empregador informa o trabalhador sobre a existência e finalidade dos meios de vigilância utilizados, devendo nomeadamente afixar nos locais sujeitos os seguintes dizeres, consoante os casos: <<Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão>> ou << Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão, procedendo-se à gravação de imagem e som>>, seguido de símbolo identificativo.

4 - Constitui contra-ordenação muito grave a violação do disposto no n. 1 e constitui contra-ordenação leve a violação do disposto no n. 3.” (LEI n.º 7/2009 - Código do Trabalho [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>).

³⁹³ “**ARTIGO 21º – Utilização de meios de vigilância a distância**

1 - A utilização de meios de vigilância a distância no local de trabalho está sujeita a autorização da Comissão Nacional de Protecção de Dados.

2 - A autorização só pode ser concedida se a utilização dos meios for necessária, adequada e proporcional aos objetivos a atingir.

3 - Os dados pessoais recolhidos através dos meios de vigilância a distância são conservados durante o período necessário para a prossecução das finalidades da utilização a que se destinam, devendo ser destruídos no momento da transferência do trabalhador para outro local de trabalho ou da cessação do contrato de trabalho.

4 - O pedido de autorização a que se refere o n. 1 deve ser acompanhada de parecer da comissão de trabalhadores ou, não estando este disponível 10 dias após a consulta, de comprovativo do pedido de parecer.

5 - Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto no n. 3.” (*Ibidem*).

controlar o desempenho profissional do trabalhador, à exceção de casos em que for necessário para a proteção e segurança de bens ou pessoas e as próprias atividades assim o exigirem;

(b) deve haver prévio conhecimento, pelos trabalhadores, da existência de tais equipamentos ou meios de vigilância;

(c) deve haver prévio envolvimento da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) para verificar a adequação e proporcionalidade dos meios utilizados, e referidos dados só devem ser destruídos após a cessação do contrato de trabalho do empregado ou após a transferência do trabalhador para outro local de trabalho.

Logicamente, inúmeras questões fáticas surgem no dia a dia do contexto empresarial que não encontram pronta resposta no texto puro da lei. Desse modo, ainda neste capítulo, verificaremos mais à frente algumas hipóteses em que isso ocorre, na prática, e a forma de harmonizar ou compatibilizar o direito do empregador de se utilizar de tais meios de vigilância e imagem do trabalhador e o direito deste último quanto à tutela de seus direitos correlatos.

(v) Tutela ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada

A vida privada, em todas as suas esferas, incluindo a vida íntima, é tutelada como direito de personalidade, com previsão expressa no Código Civil de Portugal (CCP) e, também, no Código do Trabalho de Portugal.

No artigo 80º do CCP, há previsão de que “todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem”, sendo que sua extensão é definida de acordo com a condição do caso concreto e das pessoas envolvidas.

De modo semelhante, o artigo 16º do Código do Trabalho de Portugal, mencionando direitos recíprocos tanto do trabalhador quanto do empregador, afirma que ambos “devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada”.

O tema central da presente tese, qual seja, exames toxicológicos no ambiente laboral, perpassará exatamente a verificação da compatibilidade de tais exames, dentro do poder do empregador, em face da necessária intimidade que o trabalhador possui em relação ao seu corpo, condições de saúde e dados pessoais.

Com propriedade, o mesmo artigo 16º do Código do Trabalho de Portugal evidencia que o direito à reserva da intimidade da vida privada abrange diversas esferas, incluindo o acesso e divulgação de dados referentes à esfera íntima e pessoal das partes, em especial os relacionados ao seu estado de saúde, e outros, como vida familiar, afetiva, sexual e convicções políticas e religiosas.

Assim, trata-se de relevante preceito legal que, em conjunto com todas as demais normas relacionadas aos poderes do empregador, bem como àquelas que, em complemento à tutela à reserva da intimidade da vida privada envolvem proteção de dados pessoais e limites da realização de testes e exames médicos nos possibilitarão construir, nesta tese de doutoramento, uma teoria direcional que possa não esgotar – o que não se tem pretensão – senão nortear as condições para o tratamento do tema com maior segurança jurídica, tanto por parte dos empregadores quanto por parte dos trabalhadores.

(vi) Tutela à liberdade de expressão e de opinião

De grande importância é, ainda, a proteção à liberdade de expressão e opinião, recordando que, também como se verificará nas demais situações, não constitui direito absoluto, devendo ser exercido com respeito e observância aos limites dos direitos dos outros.

Todos são livres para manifestarem sua opinião e expressarem-se até o momento em que tal liberdade não fira ou prejudique o direito de terceiros.

Assim, também, ocorrerá no ambiente laboral, sendo certo que não pode haver violação tanto por parte dos empregadores quanto por parte dos trabalhadores, considerando-se em relação a estes últimos, atentatório todo ato que possa violar ou prejudicar o normal funcionamento da empresa.³⁹⁴

A jurisprudência em Portugal já teve a oportunidade de analisar singulares manifestações a respeito do tema, o que será abordado mais adiante, de forma ilustrativa e elucidativa, quando analisarmos situações fáticas.

(vii) Tutela aos dados biométricos do trabalhador

Relevante e atual tutela envolve, ainda, aquela relativa à proteção de dados biométricos do trabalhador aos quais o empregador, em virtude do contrato de trabalho, tenha tido acesso.

O artigo 18º³⁹⁵ do Código de Trabalho de Portugal evidencia que o empregador deve ter parcimônia no uso de tais dados, ou seja, estes devem ser utilizados para os necessários, proporcionais e adequados fins que se pretende atingir.

³⁹⁴ “**ARTIGO 14º – Liberdade de expressão e de opinião.**

É reconhecida, no âmbito da empresa, a liberdade de expressão e de divulgação do pensamento e opinião, com respeito dos direitos de personalidade do trabalhador e do empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e do normal funcionamento da empresa.” (LEI n.º 7/2009 - Código do Trabalho [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>).

³⁹⁵ “**ARTIGO 18º – Dados biométricos**

1 - O empregador só pode tratar dados biométricos do trabalhador após notificação à Comissão Nacional de Proteção de Dados.

2 - O tratamento de dados biométricos só é permitido se os dados a utilizar forem necessários, adequados e proporcionais aos objetivos a atingir.

Da mesma forma como previsto no artigo relativo aos meios de vigilância, qual seja, artigo 21º, deve haver envolvimento da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) e os dados biométricos devem ser destruídos quando da cessação do contrato ou quando o empregado for transferido.

(viii) Tutela específica nos casos de testes e exames médicos dos trabalhadores

Por fim, há expressa previsão no Código de Trabalho de Portugal quanto à realização de testes e exames médicos nos trabalhadores, sejam vinculados à admissão ou permanência no emprego.

Destarte, de forma geral, é vedado ao empregador exigir do candidato ao emprego ou trabalhador testes ou exames médicos que possam verificar sua condição física ou psíquica.

Contudo há exceções. Essas ocorrem, por exemplo, em situações ligadas à legislação relativa à segurança e saúde no trabalho ou, ainda, quando tais exames ou testes tenham por objetivo a salvaguarda de bens maiores, quais sejam, a própria proteção e segurança do trabalhador e a de terceiros, inclusive em virtude de exigências inerentes à atividade a ser desempenhada ou efetivamente desempenhada. Em todo o caso, deve haver justificação ou fundamentação, por escrito, ao trabalhador envolvido, e permanece o dever de sigilo quanto a tais dados ou informações, cabendo acesso ao médico responsável.

Assim é que, apesar da regra geral, a legislação portuguesa deixou entrever a necessidade de que situações concretas e específicas sejam flexibilizadas, como nos parece ser a situação de testes de alcoolemia e exames toxicológicos em atividades de risco.

Ora, havendo bens maiores a serem protegidos, quais sejam, a vida e segurança do próprio trabalhador e terceiros, parece-nos que a proibição geral de realização de testes e exames médicos deve ser mitigada.

Daí que a própria legislação, a nosso ver, embora não dê respostas cabais ou prontas para todas as situações concretas, já concede uma diretiva norte para que essa situação específica seja mais detidamente analisada, o que se pretende fazer na presente tese de doutoramento.

3 - Os dados biométricos são conservados durante o período necessário para a prossecução das finalidades do tratamento a que se destinam, devendo ser destruídos no momento da transferência do trabalhador para outro local de trabalho ou da cessação do contrato de trabalho.

4 - A notificação a que se refere o n. 1 deve ser acompanhada de parecer da comissão de trabalhadores ou, não estando este disponível 10 dias após a consulta, de comprovativo do pedido de parecer.

5 - Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto no n. 3.º (LEI n.º 7/2009 - Código do Trabalho [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>).

Pois bem, superando tais questões, por ora, e voltando à análise das situações gerais da tutela da personalidade, é necessário reiterar que tais previsões expressas do Código do Trabalho de Portugal envolvem situações não taxativas e complementam-se, ainda, com os direitos constitucionalmente previstos, no mesmo sentido, ou em sentido adicional, tal como a menção específica no artigo 41^{o396} da Constituição da República de Portugal no que se refere à liberdade religiosa e de culto. Nesse sentido, acrescenta-se ao já disposto a previsão expressa quanto à liberdade de consciência, de religião e de culto, sendo também inviolável e merecendo a tutela necessária no âmbito laboral.

Analisadas, assim, as situações previstas formalmente no ordenamento jurídico de Portugal, façamos um breve comparativo com a normativa no Brasil.

No ordenamento jurídico brasileiro, de igual modo, a matéria permanece sendo regulamentada, de forma expressa, no Código Civil Brasileiro (CCB) além, é claro, da tutela já mencionada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB).

Outrossim, recentemente, por meio da reforma trabalhista ocorrida com a Lei n.º 13.467/2017, foi incluído o artigo 223-C na CLT, que afirmou: “A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física”.

Já o Código Civil Brasileiro (CCB), além de estabelecer no artigo 2º³⁹⁷ que a personalidade *civil* começa do nascimento com vida e apontar, no artigo 11^{o398} que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, lista, exemplificativamente, os direitos da personalidade abaixo, aos quais confere proteção, completando, assim, a previsão contida na CLT. Vejamos:

³⁹⁶ “Art. 41º (**Liberdade de consciência, de religião e de culto**)

1. A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável.

2. Ninguém pode ser perseguido, privado de direitos ou isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou prática religiosa.

3. Ninguém pode ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou prática religiosa, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder.

4. As igrejas e outras comunidades religiosas estão separadas do Estado e são livres na sua organização e no exercício de suas funções e do culto.

5. É garantida a liberdade de ensino de qualquer religião praticado no âmbito da respectiva confissão, bem como a utilização de meios de comunicação social próprios para o prosseguimento das suas actividades.

6. É garantido o direito à objecção de consciência, nos termos da lei.” (DECRETO-LEI n.º 47344, de 25 de Novembro de 1966 - Código Civil [Em linha]. Atualizado de acordo com: Lei n.º 85/2019, de 03/09. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.codigocivil.pt/>).

³⁹⁷ “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” (LEI n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm).

³⁹⁸ “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.” (*Ibidem*).

(i) Proteção ao nome (nele incluídos prenome e sobrenome)

Da mesma forma como ocorre no Código Civil Português (CCP), o ordenamento jurídico brasileiro protege o nome da pessoa – incluindo prenome e sobrenome. Há, ainda, expressa menção à proteção ao pseudônimo. As normas encontram-se previstas nos artigos 16 a 19.³⁹⁹

A legislação protege, assim, qualquer utilização indevida do nome por outrem, seja em publicações ou representações que exponham seu detentor ao *desprezo público*, mesmo que tal consequência difamatória não tenha sido intencional. No caso de propaganda comercial, o nome de outrem só pode ser utilizado mediante autorização, o que demonstra que alguns direitos da personalidade, como imagem e nome, podem ser objeto de livre disposição pelo titular, desde que por expresse consentimento.

(ii) Proteção à imagem, escritos e palavras

A imagem, divulgação de escritos e transmissão da palavra também são objeto de proteção expressa no artigo 20 do Código Civil Brasileiro (CCB), que assim preceitua:

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

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”.⁴⁰⁰

Na Consolidação das Leis do Trabalho, como visto, a imagem foi expressamente protegida no artigo 223-C supracitado.

(iii) Proteção à vida privada

A vida privada, conforme inteligência do artigo 21 do CCB, é inviolável e merece ser tutelada em caso de violação para que a autoridade impeça ou faça cessar quaisquer atos contrários a isso.⁴⁰¹

³⁹⁹ “Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.” (LEI n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm).

⁴⁰⁰ *Ibidem*

⁴⁰¹ “Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.” (*Ibidem*).

Repita-se que os direitos de personalidade aqui estudados, no âmbito privado, encontram também ampla proteção nos diplomas constitucionais, sendo denominados, nesse viés, *direitos fundamentais*.

Na CLT, tal como exposto, a intimidade foi o termo utilizado pelo legislador no artigo 223-C.

(iv) Proteção à integridade física e vedação de constrangimento à submissão a tratamento médico ou intervenção cirúrgica

Como não poderia deixar de ser, por se tratar da proteção ao corpo físico em si, os artigos 13 a 15 do CCB⁴⁰² vedam, salvo exigência ou questão médica (como é o caso do transplante), atos de disposição do próprio corpo quando implicarem diminuição permanente da integridade física ou contrariarem os bons costumes.

Tal não se aplica à situação pós-morte, em que a disposição gratuita do próprio corpo, que já perdeu sua razão de ser, pode ser realizada, no todo ou em parte, seja por razões altruísticas, seja com objetivos científicos.

Note-se que referida proteção ao corpo físico também inclui vedação de qualquer tipo de constrangimento para submissão a tratamento médico ou intervenção cirúrgica que possa acarretar risco de vida.

Na CLT, como exposto, a saúde, de forma geral, e a integridade física foram protegidas pelo legislador no artigo 223-C.

(v) Outros: sexualidade, lazer e autoestima, liberdade de ação, honra

Note-se, para concluir, que no ordenamento brasileiro, recente reforma trabalhista, implementada por meio da Lei n.º 13.467/2017, introduziu no âmbito da CLT proteção específica à autoestima, sexualidade, lazer, liberdade de ação e honra, inovando em relação ao que anteriormente era previsto no CCB.

⁴⁰² “Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.” (LEI n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm).

Quanto à honra, liberdade e lazer de modo geral, já havia tutela correlata na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), em nível de direitos fundamentais, conforme artigo 5º, *caput* e inciso X, e artigo 6º, *caput*.

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”;

“DOS DIREITOS SOCIAIS

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.⁴⁰³

Entretanto, inovou a legislação ao incluir os conceitos de direito à *sexualidade* e *autoestima*, conceitos que, muito provavelmente, vieram oriundos de construção jurisprudencial e dos novos desafios da atualidade, que envolvem a expansão da repressão a atos de discriminação em geral, inclusive em virtude de diferenças de cunho sexual.

Apesar de certa *subjetividade* do conceito de *autoestima*, caberá à jurisprudência, mediante análise de casos concretos e sopesando demais princípios ou valores fundantes do ordenamento jurídico brasileiro, estabelecer os traços orientativos e limites para tal proteção.

Certamente, ambos são conceitos que, na prática, serão vinculados a, repita-se, atitudes discriminatórias e que violem, nesse sentido, a moral (inclusive nos âmbitos sexual e psíquico) dos seres humanos, de modo a preservar-lhes a idoneidade mental e assegurar a aplicação do conceito de dignidade de forma ampla.

De todo o exposto, observa-se que há, em ambos os ordenamentos, brasileiro e português, expressa proteção e tutela adequada aos direitos da personalidade, objetivando assegurar sua plena eficácia e observância na sociedade e, também, no meio ambiente laboral.

Assim, podem ser utilizados mecanismos judiciais para impedir ou mitigar os efeitos de tais violações, incluindo eventual indenização a ser quitada pelo ofensor, objetivando evitar que tais violações se repitam ou para auxiliar na sua cessação, sem prejuízo de que tais violações possam configurar crime tipificado e merecer, na seara própria, as sanções correlatas.

⁴⁰³ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

Sobre tais questões, cite-se GUILHERME DRAY⁴⁰⁴ mencionando o dispositivo legal em Portugal que, no Brasil, tem correspondência com a previsão de perdas e danos do artigo 12 do Código Civil Brasileiro (CCB) e, ainda, consonância com a reparação de danos de natureza extrapatrimonial estabelecida, para as relações de emprego em especial, no artigo 223-A⁴⁰⁵ e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho, *litteris*:

⁴⁰⁴ No CCB, cite-se o artigo 12:

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

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.” (LEI n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm).

⁴⁰⁵ DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

‘Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.’

‘Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.’

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

‘Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.’

‘Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.’

‘Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

§ 1º Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial.

§ 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais.’

‘Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

- I - a natureza do bem jurídico tutelado;
- II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
- III - a possibilidade de superação física ou psicológica;
- IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
- V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
- VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
- VII - o grau de dolo ou culpa;
- VIII - a ocorrência de retratação espontânea;
- IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
- X - o perdão, tácito ou expresso;
- XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;
- XII - o grau de publicidade da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

- I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;
- II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;
- III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;
- IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.” (DECRETO-LEI n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) [Em linha]. [Consult. 12 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm).

Interessante observação a ser feita é que o § 1º e incisos do artigo 223-G têm sofrido fortes críticas em relação à vinculação com o salário contratual do ofendido. Os críticos alegam que não se pode mensurar e diferenciar a

“O número 2 do citado artigo 70º, por sua vez, enuncia a tutela civil dos direitos de personalidade, estabelecendo que, independentemente da ‘responsabilidade civil’ a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as ‘providências adequadas’ às circunstâncias do caso, de forma a evitar a ‘consumação da ameaça’ ou ‘a atenuar os efeitos da ofensa já cometida’. A tutela civil a que se refere o número 2 do artigo 70º pode, assim, do ponto de vista analítico, ser decomposta em três vetores, que a concretizam:

Por um lado, a tutela repressiva, que opera através da responsabilidade civil, perante uma ofensa já materializada;

Por outro lado, a tutela preventiva, que tem em vista evitar a consumação de uma ameaça efetiva e eminente de violação de um dever de personalidade, a qual pode passar, nomeadamente, pela imposição de deveres de omissão da conduta prevaricadora;

Em terceiro lugar, a tutela atenuante, que visa atenuar os efeitos de uma ofensa já consumada, ou que já teve início, nomeadamente através da cessação de determinadas atividades em curso, ou da institucionalização de sanções pecuniárias compulsórias. A este propósito, importa atender ao procedimento cautelar previsto nos artigos 878º a 880º (Livro V – Dos processos especiais) do Código do Processo Civil, aprovado pela Lei no 41/2013, de 26 de junho, que dispõe sobre a tutela da personalidade – o número 1 do artigo 878º determina que ‘Pode ser requerido o decretamento das providências concretamente adequadas a evitar a consumação de qualquer ameaça ilícita e direta à personalidade física ou moral do ser humano ou a atenuar, ou a fazer cessar, os efeitos de ofensa já cometida,’

VII – Noutro plano, atendendo à importância dos direitos de personalidade e dos bens sobre os quais os mesmos incidem, a sua violação pode, também, justificar a aplicação ao respectivo infrator de sanções punitivas, de natureza penal, nomeadamente a aplicação de penas privativas de liberdade. É o que sucede sempre que o Código Penal tipifica como crime a violação de alguns direitos de personalidade, tais como o direito à vida (artigos 131º a 139º), à vida intrauterina (artigos 140º a 142º), à integridade física e moral, nas suas variantes de ofensa à integridade física (artigos 143º a 152º), à liberdade pessoal (artigos 153º a 162º), à liberdade e autodeterminação sexual (artigos 163º a 179º), à honra (artigos 180º a 189º), à reserva da privada (artigos 190º a 198º) e à palavra e à imagem (artigo 199º)”.⁴⁰⁶ (grifos nossos).

Feitas essas considerações a respeito dos direitos da personalidade do trabalhador, passemos, pois, a analisar sua aplicação também ao empregador, sem antes memorar que, para toda e qualquer violação dos direitos da personalidade, há remédios jurídicos adequados, como visto.

4.2 OS DIREITOS DE PERSONALIDADE DO EMPREGADOR

Não é apenas o trabalhador que possui direitos de personalidade. Referidos direitos também são compatíveis com as pessoas jurídicas, que, de igual modo, merecem proteção especial ao seu nome, marca, honra, símbolos, entre outros.

quantificação financeira da dor de um ser humano, diferentemente da dor de outro, com base restrita a critérios de salário contratual.

⁴⁰⁶ DRAY, Guilherme Machado - *O princípio da proteção do trabalhador*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 178.

Assim como ocorre com o nascimento de pessoas físicas, nas pessoas jurídicas a personalidade jurídica surge com o seu registro, subsistindo enquanto estiverem ativas e terminando com a baixa respectiva, de forma geral.

O doutrinador brasileiro CARLOS ALBERTO BITTAR⁴⁰⁷ leciona, *verbis*:

“Por fim, são eles plenamente compatíveis com pessoas jurídicas, pois, como entes dotados de personalidade pelo ordenamento positivo (Código Civil de 2002, arts. 40, 45, e, especialmente, 52), fazem jus ao reconhecimento de atributos intrínsecos à sua essencialidade, como, por exemplo, os direitos ao nome, à marca, a símbolos e à honra. Nasceram com o registro da pessoa jurídica (art. 46), subsistem enquanto estiverem em atuação e terminam com a baixa do registro, respeitada a prevalência de certos efeitos posteriores, a exemplo do que ocorre com as pessoas físicas (como, por exemplo, com o direito moral sobre criações coletivas e o direito à honra.)”.

No Brasil, recente reforma trabalhista por meio da Lei n.º 13.467/2017, que alterou dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, evidenciou a tutela específica aos direitos de personalidade do empregador, afirmando no artigo 223-D que “a imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo de correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica” e prevendo, como ocorre com eventual violação no caso de pessoa física, indenização para tais entes no caso de danos.

Nesse viés, o artigo 223-B da CLT, também com a recente redação dada pela *reforma trabalhista*, afirma que “causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física *ou jurídica*, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação”.

No Código de Trabalho de Portugal houve também menção expressa aos direitos de personalidade do empregador nos artigos 14º a 16º. Vejamos.

No artigo 14º, reconhece-se a liberdade de expressão e de divulgação do pensamento e opinião, para a proteção dos direitos de personalidade tanto do trabalhador quanto do empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam.

No artigo 15º, menciona-se que o empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, gozam de direito à integridade física e moral.

O artigo 16º, por sua vez, ao tratar de direitos relativos à intimidade da vida privada, também envolve a figura do empregador ao declarar: “1–O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada”.

⁴⁰⁷ BITTAR, Carlos Alberto - *Os direitos da personalidade*. 8.ª ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C.B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 45-46.

Sobre a previsão contida no CTP a respeito dos direitos de personalidade do empregador,⁴⁰⁸ assim se manifesta TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA⁴⁰⁹:

“Parece existir uma abordagem ‘personalista’ das matérias laborais, mas esta preocupação é realizada em termos idênticos para ambos os sujeitos contratantes, o que não nos parece ter sido a melhor solução. Na verdade, não cremos que esta protecção deva ser conferida nos mesmos moldes. Não se pode esquecer que as relações de trabalho são um exemplo pragmático da existência de relações privadas desiguais, não só no plano factual, mas também no plano jurídico. Na verdade, no plano factual os sujeitos contraentes – trabalhador e empregador – não dispõem da mesma liberdade no que concerne à celebração do contrato nem à estipulação de cláusulas contratuais, o que origina o aparecimento de um desequilíbrio contratual que se acentua em alturas de desemprego generalizado. No plano jurídico, a conclusão do contrato coloca o trabalhador numa situação de subordinação face ao empregador. Por outro lado, o envolvimento pessoal do trabalhador na relação de trabalho, atendendo à própria natureza da prestação que desempenha, é muito maior do que o do empregador. A actividade de trabalho é uma prestação de facto positiva para a qual concorrem as qualidades pessoais do trabalhador o que leva a designar o contrato de trabalho como um contrato *intuitu personae*. O Código do Trabalho parece defender a ideia de que o envolvimento pessoal do trabalhador no contrato de trabalho, por força da natureza da própria prestação, pode ser comparável ao envolvimento do empregador, como se ‘os direitos de personalidade em jogo fossem equiparáveis’. Contudo, não nos podemos esquecer, tal como refere M^a DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, que o empregador não envolve a sua pessoa no contrato, ao contrário do trabalhador.

A regulação prevista no Código do Trabalho resulta também das necessidades sentidas actualmente, onde o grande desafio do Direito do trabalho é o de conseguir encontrar um modo de compatibilizar a competitividade das empresas com os direitos de cidadania e a dignidade dos trabalhadores, tendo em atenção que um certo grau de controlo e de tratamento de dados pessoais constitui uma normal e indispensável característica do contrato de trabalho. As empresas necessitam de ter acesso, regularmente, a determinadas informações para saber como se está a desenvolver a relação de trabalho e se está a ser realizada de acordo com as directrizes do empregador, para além de ser necessário por razões de segurança, higiene e saúde no trabalho. Mas, também não pode deixar de ter-se em atenção que os direitos de personalidade do trabalhador são fundados na dignidade da pessoa humana e representam um continuum lógico da sua implicação pessoal na relação de trabalho”.

De modo semelhante, aduz MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO⁴¹⁰:

“(…) a questão que se coloca é saber em que medida os direitos que assistem ao trabalhador e ao empregador, não nessa qualidade, mas enquanto pessoa ou cidadãos, são invocáveis no contrato de trabalho perante a outra parte, se podem ser relevantes

⁴⁰⁸ JOÃO LEAL AMADO também, no mesmo sentido, afirma: “Ora, sem prejuízo do óbvio e necessário respeito pelos direitos de personalidade do empregador, esta *perspectiva paritária* não nos parece feliz, por tender a obnubilar o problema específico colocado pela relação de trabalho nesta sede: o problema da extensão, da intensidade e dos limites dos poderes patronais. Por esta ser uma relação estruturalmente assimétrica, marcada, ademais, pelo profundo envolvimento da pessoa do trabalhador na execução da prestação, são os direitos deste, e não já do empregador, que ao Direito do Trabalho compete salvaguardar. Para tutelar os direitos do empregador, o Código Civil já bastaria...” (AMADO, João Leal - *Trabalhar e amar. Poderes patronais, relações amorosas e direitos de personalidade dos trabalhadores*. Coimbra: GESTLEGAL, 2019. p. 54).

⁴⁰⁹ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites de poder de controlo electrónico do empregador*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 336-338.

⁴¹⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho. 1^o v: Dogmática geral*. 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 185.

no contexto deste contrato e se e até que ponto podem ser comprimidos nesse mesmo contexto.

Embora, em rigor, a questão se possa colocar para qualquer das partes do vínculo de trabalho, ela reveste maior acuidade para o trabalhador, por força da sua subordinação e pelo grau de envolvimento da sua pessoa no vínculo laboral. Deste ponto de vista, a situação do trabalhador no contrato de trabalho é particularmente frágil e, consequentemente, a possibilidade de atentado aos seus direitos como pessoa e como cidadão é superior”.

A nosso ver, concordarmos com os ensinamentos de MOREIRA e RAMALHO acima expostos, que analisam a questão sob a ótica existente nesse ramo especializado do Direito. Destacamos, contudo, que não podemos, por outro lado, deixar de pontuar que a proteção aos direitos de personalidade do empregador reveste-se, também, de importância crucial no contexto da relação de emprego.

Isso porque, embora o empregador esteja *revestido* da pessoa jurídica, atrás de uma *formal pessoa jurídica* existem sempre pessoas físicas. No fundo, a relação laboral envolve interesses de *pessoas*, embora em lados opostos.

Destarte, sem descurar da necessária proteção que o trabalhador possui e deve possuir no contexto da relação empregatícia – o que nos parece inquestionável pelos próprios princípios inatos que a regem, como o princípio protetivo –, a figura do empregador também merece o respeito e proteção do ordenamento jurídico.

O empregador, memore-se, deve ter salvaguardado seu direito de gestão empresarial até para que possa criar empregos e continuar gerando trabalho. Portanto, tudo o que possa afetar o bom funcionamento da empresa e colocar em risco a reputação da empresa perante terceiros e, consequentemente, a sua própria continuidade, deve ser também objeto de repreensão.

Para evitar referidas violações aos seus direitos de personalidade e, ainda, garantir o correto funcionamento da empresa, o empregador possui os poderes que lhe são inerentes, quais sejam, diretivo, organizativo/regulamentar, de fiscalização/de controlo e disciplinar.

Ora, tudo se resume, a nosso ver, mais uma vez, ao necessário equilíbrio. Não somos adeptos, assim, a nenhuma postura que impeça uma imparcial análise das situações fáticas que se apresentam. Somos, ao revés, favoráveis ao entendimento de que a relação empregador-empregado deve conter o necessário respeito entre as partes, sem nos olvidarmos da intrínseca relação de fragilidade ou *hipossuficiência* que faz parte deste ramo do Direito. Logo, aquela parte que abusar, consequentemente, deverá ser penalizada e responder por isso.

A análise isenta e afastada das situações que se apresentam no contexto da relação empregatícia é, portanto, a que melhor se coaduna, a nosso ver, com os preceitos legais que coíbem abusos ou excessos. É, ainda, a que melhor responde aos anseios máximos do *Estado Democrático de Direito* ou *Estado de Direito Democrático*, que, em suma, visa à satisfação da

pessoa no seio da sociedade, mais se aproximando do conceito de justiça e, assim, da sempre almejada paz.

4.3 COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR E O PODER DO EMPREGADOR: POSSIBILIDADES E LIMITES

“O trabalhador é, antes e acima disso, uma pessoa. E enquanto pessoa, mesmo que pessoa trabalhando em moldes heterodeterminados, sujeito aos poderes patronais e inserido numa estrutura empresarial alheia, o trabalhador é titular de um conjunto de direitos fundamentais e de personalidade que não podem deixar de constituir um limite intransponível para os poderes privados (diretivo, regulamentar e disciplinar) resultantes do contrato de trabalho.”⁴¹¹

Os poderes do empregador são uma realidade. É direito do empregador exercê-los. Os direitos do trabalhador também são uma realidade. É direito do trabalhador protegê-los.

Como compatibilizá-los então? É possível que cada um os exerça sem que haja desrespeito aos poderes ou direitos uns dos outros e, acima de tudo, mantendo a paz e organização do ambiente de trabalho? Certamente que sim.

A relação laboral é uma relação privada entre duas partes ou dois sujeitos de direitos privados, quais sejam, empregador e trabalhador. Destarte, para que tal relação permaneça harmônica, “há que encontrar soluções jurídicas para a *tensão laboral*”⁴¹², sendo inúmeras as situações diárias que podem criar referida tensão no dia a dia das empresas, haja vista serem distintos os interesses de ambas as partes.

Mais do que nunca, tal compatibilização se faz necessária.⁴¹³ A evolução tecnológica, da medicina, das comunicações, dos sistemas produtivos, da biologia, entre outros, gerou novas situações e formas de monitoramento e controlo em relação ao trabalho e, consequentemente, ao trabalhador.

Por outro lado, a evolução dos chamados direitos fundamentais dos seres humanos – ou, nas relações internacionais, *direitos humanos*, e, nas relações privadas, *direitos de*

⁴¹¹ AMADO, João Leal - *Trabalhar e amar. Poderes patronais, relações amorosas e direitos de personalidade dos trabalhadores*. Coimbra: GESTLEGAL, 2019. p. 41.

⁴¹² QUINTAS, Paula - *Os direitos de personalidade consagrados no código do trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado: direitos (des) figurados*. Coimbra: Almedina, 2013.p. 116.

⁴¹³ A respeito da busca desse equilíbrio entre os poderes do empregador e os direitos de personalidade dos empregados, afirma JOÃO LEAL AMADO: “Trata-se, em todo o caso, de uma matéria complexa, de um terreno escorregadio em que abundam conceitos indeterminados e em que surgem, não raro, questões melindrosas, cuja resposta poderá oscilar em função das circunstâncias concretas que rodeiam cada situação (a natureza da atividade prestada, o tipo de empresa em que se realiza, os usos do setor, etc). Ao Direito do Trabalho compete, no essencial, estabelecer aqui um marco fundamental: a garantia, nas certas palavras de MARIA REGINA REDINHA, <<de que homens e mulheres, no tempo e local de trabalho, não abandonam a sua qualidade de cidadãos nem se despem dos atributos jurídicos da sua humanidade>>.” (AMADO, João Leal - *Contrato de Trabalho: noções básicas*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 191.)

personalidade – representou uma nova forma de encarar os seres humanos em suas relações, seja com o Estado, seja entre si.

Essas duas realidades novas apresentaram, no contexto fático, situações para as quais ainda não existe uma resposta pronta nos ordenamentos jurídicos existentes, até porque as situações são inúmeras e se renovam diariamente em virtude dos avanços que ainda continuam.⁴¹⁴

Uma das formas práticas de se compatibilizar ambos os direitos, quais sejam, os poderes do empregador e os direitos de personalidade dos trabalhadores, é estabelecer limites ou restrições ao exercício de referidos direitos pelas partes.

Sobre tais limites ou restrições, valemo-nos dos ensinamentos de MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO⁴¹⁵, para quem esses limites podem ser: (i) imanentes, (ii) extrínsecos ou (iii) voluntários.

Quanto aos limites imanentes, entende-se que as “situações jurídicas devem ser exercidas dentro dos parâmetros de adequação funcional ou de admissibilidade para que foram conferidas”⁴¹⁶, sob pena de se gerar abuso de direito. Logo, toda e qualquer situação que possa caracterizar abuso de direito de uma parte em desrespeito à outra deve ser rechaçada.

Em relação aos limites extrínsecos, estes seriam os limites externos de outros que, em confronto ou em colisão, devem acarretar a cedência de um em face do outro. Seria, em suma, entender que, no caso concreto, deve haver a prevalência de um direito que se considere superior. Por exemplo, o direito de livre iniciativa do empregador pode ter de ceder a um direito de personalidade do trabalhador, ambos direitos fundamentais.⁴¹⁷

⁴¹⁴ A respeito, *vide* BELTRAN: “Certo é que a evolução dos chamados direitos humanos, direitos fundamentais, ou ainda as liberdades públicas, ou, mesmo, simplesmente os direitos do homem, como demonstrado, representou novas definições, de maneira especial pelo extraordinário desenvolvimento tecnológico, das comunicações, da biologia, da medicina, pelos novos sistemas produtivos e também pelas questões já apontadas na minuciosa análise da doutrina estrangeira antes mencionada.

Novos direitos ou mesmo o aperfeiçoamento de alguns outros, ou ainda o acréscimo de subsistemas de novas gerações a grandes ramos já existentes, como a não-discriminação, o respeito à privacidade, à dignidade das pessoas, implicam a existência, ainda que potencial, de novos conflitos.

[...] O Direito do Trabalho – relacionado por gênese própria com a situação do labor, em caráter não eventual, subordinado, por conta de terceiro e mediante remuneração – traz implícita a existência não só de direitos, mas de deveres e obrigações das partes contratantes. Os limites de tais deveres e obrigações, o exercício dos poderes diretivo, regulamentar e disciplinar do empregador, os respectivos direitos do empregado, a não sofrer discriminações, a ver respeitada a sua dignidade, os institutos do *jus variandi* e do *jus resistentiae*, enfim, encontram no contexto em exame situações a serem avaliadas ou reavaliadas.” (BELTRAN, Ari Possidonio - *Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais*. São Paulo: LTr, 2002. p. 228-229).

⁴¹⁵ A respeito, *vide* RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho*. 2ª v: *Situações laborais individuais*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 454.

⁴¹⁶ *Ibidem*.

⁴¹⁷ *Idem*, p. 455.

Por fim, os limites voluntários seriam aqueles estabelecidos pela vontade do próprio trabalhador ou por acordo entre este e o empregador (regulamento, contrato de trabalho⁴¹⁸).

No que se refere aos limites imanes, em Portugal, a noção de abuso de direito vem consagrada no artigo 334º do Código Civil (CCP)⁴¹⁹: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”.

No Brasil, o abuso de direito também é rechaçado, conforme dispõe o artigo 187 do Código Civil (CCB)⁴²⁰: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim económico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Por sua vez, os limites externos encontram uma solução ou diretriz orientadora para o jurisdicionado no artigo 335º do CCP⁴²¹, que, a nosso ver, pode servir de parâmetro norteador também para a realidade brasileira. Referido dispositivo, ao tratar a da colisão de direitos, dispõe:

“Art. 335º – Colisão de direitos.

1. Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes.
2. Se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior”.

Analisando as disposições acima citadas do Código Civil de Portugal (CCP), esclarece MENEZES CORDEIRO⁴²²:

“Tendencialmente, os direitos de personalidade, em especial, quando assumam as vestes de direitos fundamentais, abaixo tratados, têm mais peso na hipótese de um conflito de direitos. Mas a regra não é absoluta, sendo fundamental proceder-se a uma ponderação em concreto. Relembre-se os argumentos utilizados:

1. A antiguidade relativa: o direito primeiro constituído tenderá prevalecer sobre os demais;
2. Os danos pelos não exercício: será dada prevalência àquele cujo não-exercício acarrete maiores danos;
3. Os lucros do exercício: é dada àquele cujo exercício acarrete maiores benefícios pessoais e sociais.

Mostrando-se estes critérios insuficientes para a resolução da colisão, podemos fazer uso de dois outros critérios:

⁴¹⁸ A respeito, vide RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho*. 2ªv: *Situações laborais individuais*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 457.

⁴¹⁹ DECRETO-LEI n.º 47344, de 25 de Novembro de 1966 - Código Civil [Em linha]. Atualizado de acordo com: Lei n.º 85/2019, de 03/09. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.codigocivil.pt/>

⁴²⁰ LEI n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm

⁴²¹ DECRETO-LEI n.º 47344, *op. cit.*

⁴²² MENEZES CORDEIRO, António - *Direito do Trabalho*. 1º volume. *Direito europeu, Dogmática geral, Direito Coletivo*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 521-523.

1. a prevalência em abstrato: mesmo no seio dos direitos fundamentais há uma hierarquia abstrata que poderá ser invocada – o direito à vida, por exemplo, prevalece sobre todos os demais;
2. o igual sacrifício: a cedência mútua (335º/1) poderá sempre ser aplicada se, em concreto, os direitos comportarem exercícios paralelos”.

Em complemento, observa-se que os limites voluntários comumente são estabelecidos pelas partes em contratos de trabalho, regulamentos de empresa e outros instrumentos internos. Consoante será evidenciado quando analisarmos situações práticas de colisão, mais adiante, alguns exemplos são facilmente destacados, tais como: políticas de uso e monitoramento de *e-mails* e correspondências eletrônicas, políticas relativas ao uso da internet disponibilizada pelo empregador, políticas relativas a filmagens ou revistas, entre outras.

Não podemos desconsiderar, contudo, que os limites só existem porque as possibilidades do exercício dos poderes e direitos, tanto dos empregadores quanto dos trabalhadores, são inúmeras. Focar meramente nos limites do exercício dos poderes, em especial dos poderes do empregador em face do empregado, não nos parece ser o caminho ideal que um estudo doutrinário deva ter. A completa noção das reais possibilidades de exercício lícito de tais poderes também merece nossa atenção.

Não é apenas o trabalhador que possui direitos e possibilidades de exercê-los perante o empregador, tal como visto. O empregador é detentor, também, de direitos fundamentais, muito importantes para a sobrevivência da própria empresa, além de ser também detentor de direitos de personalidade.

Nesse sentido, memore-se que o empregador possui poderes de gestão que lhe permitem ditar os rumos do seu negócio de forma a obter o máximo proveito do mesmo, inclusive para alcançar lucros, e de forma a preservar sua subsistência e a própria subsistência da empresa. Ora, como afirma GUILHERME DRAY⁴²³: “Sem unidade produtiva e sem empregador, não há emprego, não há contrato de trabalho e, em suma, não há trabalhador, no sentido jurídico do termo”.

Destarte, os princípios que consagram o livre exercício da iniciativa privada e o direito à propriedade privada, por exemplo, não podem ser postos de lado nesse exercício de compatibilização entre os poderes de empregador e do trabalhador.

Como destaca DRAY⁴²⁴:

“Do exposto resulta o seguinte: não obstante os valores do sistema juslaboral assentarem, de um modo geral, no propósito de protecção da dignidade do trabalhador e dos seus direitos pessoais e de dignificação do trabalho, quer dizer, na finalidade

⁴²³ DRAY, Guilherme Machado - *O princípio da protecção do trabalhador*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 399.

⁴²⁴ *Idem*, p. 401.

axiológica de protecção do trabalhador, o sistema comporta, também, um valor que atua no polo oposto e que não pode ser descurado: precisamente o que assenta no ‘princípio da salvaguarda dos interesses de gestão do empregador’ e nas suas múltiplas projeções e concretizações. Nalguns casos, como seja no campo do poder de direção, do poder regulamentar e do poder disciplinar, aquele referido princípio concretiza-se através de previsões normativas específicas que conferem determinados poderes ao empregador: o poder de fixar e de modificar a forma de prestação da atividade laboral do trabalhador quanto ao modo, ao tempo e ao local, o poder regulamentar, disciplinar e organizar o trabalho prestado na unidade produtiva e o poder de aplicar sanções disciplinares em caso de violação, pelo trabalhador, dos respectivos deveres laborais”.

Portanto, na compatibilização de tais poderes e deveres, despontam como relevante também dois princípios basilares presentes no Direito do Trabalho, quais sejam: o princípio da proteção do trabalhador, de um lado, e o princípio da salvaguarda dos interesses da gestão do empregador, de outro.

No mesmo sentido, destaca MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO que ambos são valores fundamentais do sistema jurídico laboral e que, quando em conflito, não se excluem nem se opõem, mas “limitam-se reciprocamente e podem ser valorizados em alternativa ou em conjunto pelo sistema jurídico”⁴²⁵, apresentando uma solução que é mais pertinente naquele caso em especial. Trata-se, como afirma a autora, de aplicar “a evolução pendular do sistema normativo laboral na procura das soluções de compromisso, que, perante os interesses prevalentes no caso, sejam as mais adequadas”⁴²⁶.

Assim, tendo como premissas maiores a preservação da harmonia entre os interesses e os princípios que regem a relação laboral, entre os quais o princípio da proteção e os interesses da gestão empresarial, são inúmeras as possibilidades de compatibilização harmônica entre os poderes do empregador e os direitos de personalidade do trabalhador.

Capital e trabalho, apesar dos conflitos e tensões intrínsecas que regem referida relação, sempre conseguiram, ao longo do tempo, conviver de forma a preservar, no fundo, o próprio trabalho, esse sim instrumento principal e dignificante do próprio ser humano. Autoridade e convivialidade são essenciais para a manutenção da paz e organização na empresa: Afinal:

“A relação de trabalho é, como se disse, uma relação de poder que se desenvolve, tipicamente, no seio de uma estrutura hierarquizada – a empresa. E a empresa perfila-se, em simultâneo, como um *território de autoridade* e um *espaço de convivialidade*”.⁴²⁷

⁴²⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho. 1º v: Dogmática geral*. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 544.

⁴²⁶ *Ibidem*.

⁴²⁷ AMADO, João Leal - *Trabalhar e amar. Poderes patronais, relações amorosas e direitos de personalidade dos trabalhadores*. Coimbra: GESTLEGAL, 2019. p. 25.

4.4 SITUAÇÕES FÁTICAS: APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE

“Para Robert Alexy, os direitos fundamentais possuem a natureza de princípios (dever ser) e, por inerência, de mandatos de otimização. Assim, as colisões de direitos fundamentais devem ser consideradas como colisões de princípios. Esta colisão deve ser resolvida através do postulado da proporcionalidade.”⁴²⁸

No presente tópico, analisaremos algumas situações fáticas a fim de ilustrar essa aparente dicotomia entre os poderes do empregador e os direitos de personalidade do trabalhador.

Antes, contudo, em complemento ao exposto no tópico anterior a respeito das possibilidades e limites de tal compatibilização, é necessário destacar outros importantes princípios que permitem tal harmonização e que, comumente, têm sido citados em decisões jurisprudenciais na análise de casos concretos.⁴²⁹

Trata-se dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

A respeito do papel dos princípios no ordenamento jurídico atual, importante memorar que, atualmente, eles foram elevados ao patamar de normas jurídicas, como contributo de reflexões e estudos de filósofos como DWORKIN⁴³⁰, ALEXY⁴³¹, CANOTILHO⁴³² e BONAVIDES.⁴³³ Com propriedade, *litteris*:

“A mudança na concepção do Direito operada pelas correntes que se convencionou agrupar sob o qualificativo de ‘nova hermenêutica’ não foi, portanto, o reconhecimento dos princípios. Pois eles não eram desconhecidos. A grande contribuição dos teóricos do novo paradigma interpretativo foi a expressa afirmação de que se deve tratar os princípios jurídicos “[...] da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas [...]”. Noutras palavras, “[...] alguns princípios possuem

⁴²⁸ QUINTAS, Paula - *Os direitos de personalidade consagrados no código do trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado: direitos (des) figurados*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 144.

⁴²⁹ Como leciona BONAVIDES: “Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As Cortes constitucionais europeias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, já fizeram uso frequente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos. Contudo, situações concretas onde bens jurídicos, igualmente habilitados a uma proteção do ordenamento jurídico se acham em antinomia, têm revelado a importância do uso do princípio da proporcionalidade”. (BONAVIDES, Paulo - *Curso de Direito Constitucional*. 18.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 425).

⁴³⁰ DWORKIN, Ronald - *Los Derechos en Serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999.

⁴³¹ ALEXY, Robert - *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

⁴³² CANOTILHO, J.J. Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.^a ed. Coimbra: Almedina, 2002.

⁴³³ BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*

obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas”.⁴³⁴

Na obra *Império do Direito*, RONALD DWORKIN leciona a respeito da função dos princípios de dar uma resposta a casos difíceis, tendo papel relevante no auxílio, inclusive, aos juízes para que estes procurem “encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da comunidade”⁴³⁵.

Releva notar, contudo, a distinção entre regras e princípios, que é, justamente, o que dá aos princípios uma maior flexibilidade para aplicação em casos difíceis, onde seja necessária a harmonização de valores:

“(...) princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diferentes graus e porque a medida de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. [...] Por outro lado, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem sempre ser somente cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que se ordena, nem mais nem menos. As regras contêm por isso determinações no campo do possível fático e juridicamente”.⁴³⁶

Nesse sentido, esclarece CELSO BANDEIRA DE MELLO, citado por EROS ROBERTO GRAU⁴³⁷, a respeito do conceito de princípio atualmente, *verbis*:

“Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.

Desde já, entretanto, importante evidenciar que a adoção dos princípios nos ordenamentos jurídicos atuais também não pode conduzir ao extremo de desvalorizar a aplicação da norma posta, sob pena de gerar discricionariedade, que pode conduzir à insegurança jurídica ou, até mesmo, a arbítrios. Nessa esteira, há aqueles que defendem a desmistificação desse novel conceito de princípios, alertando que os “princípios jurídicos

⁴³⁴ ANDRADE NETO, João - Jurisdição e Princípios: aspectos do pós positivismo de Dworkin. *REDUnB*, v. 10–E (ESPECIAL ELETRÔNICA) (2012), p. 89-104, citando DWORKIN, Ronald - *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 46 e 47.

⁴³⁵ DWORKIN, Ronald - *O Império do Direito*. 2.^a ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 305.

⁴³⁶ ALEXY, Robert - *Derecho y Razón Práctica*. 2.^a ed. México: Fontamara, 1998. p. 12 *apud* PEDRON, Flávio Quinaud - É possível uma resposta correta para casos controversos? Uma análise da interpretação de Robert Alexy da tese Dworkiana. *Revista Trib. Reg. Trab. 3ª Região*. Belo Horizonte. Vol. 40, n.º 70 (jul./dez. 2004), p. 38.

⁴³⁷ GRAU, Eros Roberto - *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 148.

incorporam erro moral sem os benefícios compensatórios de regras sérias”⁴³⁸ e, assim, devem ser utilizados com parcimônia.⁴³⁹

Feitas essas observações iniciais a respeito dos princípios e sua relevância no contexto das ciências jurídicas atuais, em relação especificamente aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, vejamos.

No que diz respeito à origem histórica e sua presença nos ordenamentos jurídicos, ressalta-se que “o princípio da proporcionalidade é, em rigor, antiquíssimo. Redescoberto nos últimos duzentos anos, tem tido aplicação clássica e tradicional no campo do Direito Administrativo”⁴⁴⁰. Assim, é que:

“(…) vinculada ao Direito de Polícia e à jurisdição administrativa, a teoria da proporcionalidade vingou primeiro na Prússia, onde alcançou certa maturidade e dali se dilatou aos demais Estados alemães.

Mas foi depois da Segunda Grande Guerra Mundial, após o advento da Lei Fundamental, e sobretudo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional, que o princípio da proporcionalidade logrou, tanto na Alemanha como na Suíça, uma larga aplicação do caráter constitucional, em mais de 150 arestos”.⁴⁴¹

Com origem e aplicação no âmbito do Direito Administrativo, como uma máxima de que a atuação da Administração deveria ser razoável e proporcional aos fins que se pretendia obter com determinado ato administrativo, “a grande novidade do fim do século XX vem sendo, sem dúvida, sua aplicação no domínio do Direito Constitucional”⁴⁴².

No âmbito constitucional, a aplicação do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade exerce diversas funções, como as de: integração, interpretação e solução de conflitos. A de integração, “dado que o Estado e as demais instituições eram vistas como elementos integradores da organização constitucional, de acordo com o sistema de valores

⁴³⁸ ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily - *Demystifying Legal Reasoning*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 99 *apud* GIACOMUZZI, José Guilherme - Desmistificando os ‘princípios jurídicos’ de Ronald Dworkin. *Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica* [Em linha]. Vol. 19, nº 1 (jan.-abr. 2014), p. 285-320. [Consult. 14 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/5551/2957>. p. 313.

⁴³⁹ Necessário memorar as palavras do ilustre Kelsen, que, em sua obra *Teoria Pura do Direito*, ensina: “A atitude da Teoria Pura do Direito é, inversamente, uma atitude inteiramente objetivista–universalista. Ela dirige-se fundamentalmente ao todo do Direito na sua objetiva validade e procura apreender cada fenômeno particular apenas em conexão sistemática com todos os outros, procura em cada parte do Direito apreender a função do todo jurídico. Neste sentido, é uma concepção verdadeiramente orgânica do Direito. Mas, se concebe o Direito como organismo, não entende por tal qualquer entidade supra-individual, supra-empírica-metafísica – concepção esta por detrás da qual se escondem quase sempre postulados éticos-políticos –, mas única e exclusivamente: que o Direito é uma ordem e que, por isso, todos os problemas jurídicos devem ser postos e resolvidos como problemas de ordem. A teoria jurídica torna-se, assim, numa análise estrutural do Direito positivo o mais exata possível, liberta de todo juízo de valor ético-político.” (KELSEN, Hans - *Teoria Pura do Direito*. 5.ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 213.)

⁴⁴⁰ BONAVIDES, Paulo - *Curso de Direito Constitucional*. 18.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 395.

⁴⁴¹ *Idem*, p. 408.

⁴⁴² *Idem*, p. 398.

democráticos que dela emanava”⁴⁴³; a de interpretação, “podendo servir como elemento de argumentação da decisão jurisdicional, oferecendo uma orientação ou uma direção mais precisa à aplicação de normas constitucionais”⁴⁴⁴; e a de solução de conflitos, “podendo resolver casos de *colisão* ou de tensão entre dois *direitos fundamentais*, fazendo apelo, neste último caso, à escala de valores constante do sistema de direitos fundamentais”⁴⁴⁵.

Conceitualmente, pelo princípio da proporcionalidade, entende-se que “a reação deve ser proporcional à ação e a distribuição das coisas deve fazer-se com justiça. E é, por conseguinte, conatural ao Direito e à justiça”⁴⁴⁶.

O constitucionalista JORGE MIRANDA esclarece que o princípio da proporcionalidade aparece “quando há dois ou mais bens jurídicos carecidos de realização e sobre os quais, ocorra ou não conflito”⁴⁴⁷, e acrescenta que ele auxilia o intérprete na busca pela concordância prática entre ambos, de forma a obter equilíbrio e harmonização entre eles.

Por sua vez, BONAVIDES⁴⁴⁸, citando os ensinamentos de PIERRE MÜLLER, assim destaca:

“Em sentido amplo, entende Muller que o princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder.

Numa dimensão menos larga, o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo.

Nesta última acepção, entende Müller que há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta.

O princípio da proporcionalidade [...] pretende, por conseguinte, instituir, como acentua Gentz, a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso”.

Em complemento ao conceito acima e a respeito de suas diversas dimensões, JORGE MIRANDA afirma que, do princípio da proporcionalidade decorrem três subprincípios, quais sejam:

- (i) Idoneidade ou adequação: “propositura de um meio adequado à sua prossecução”⁴⁴⁹ (da norma).

⁴⁴³ DRAY, Guilherme Machado - *O princípio da proteção do trabalhador*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 182.

⁴⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁴⁶ MIRANDA, Jorge - *Curso de Direito Constitucional. Vol. I, Estado e constitucionalismo, constituição, direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. p. 298.

⁴⁴⁷ *Idem*, p. 299.

⁴⁴⁸ BONAVIDES, Paulo - *Curso de Direito Constitucional*. 18.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 393.

⁴⁴⁹ MIRANDA, *op. cit.*, p. 299.

- (ii) Necessidade ou exigibilidade: é aquele meio que melhor satisfaz, em concreto, a realização da finalidade da norma. Por isso aquela decisão é a necessária ou exigível.⁴⁵⁰
- (iii) Racionalidade ou proporcionalidade *stricto sensu*: justa medida. “Implica que o órgão proceda a uma correta avaliação da providência em termos quantitativos, e não só qualitativos, de tal sorte que ela não fique aquém ou além do que importa para se alcançar o resultado devido – nem mais, nem menos.”⁴⁵¹

Do exposto, conclui-se que a razoabilidade, também identificada como *proporcionalidade em sentido estrito*, nos dizeres de INGO WOLFGANG SARLET⁴⁵², não seria exatamente sinônimo de proporcionalidade. Segundo o autor, ambos os conceitos se completam no sentido de orientar que as decisões sejam interpretadas razoavelmente de acordo com seus objetivos e, havendo colisão de direitos, seja adotada a solução mais adequada, no sentido de concordância prática, à justa solução do conflito.

Com propriedade, o “princípio da concordância prática executa-se, portanto, através de um critério de proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito”⁴⁵³. Trata-se de ponderar os direitos aplicáveis no caso concreto, na busca da solução em maior conformidade com o conjunto dos valores constitucionalmente previstos.

Também discorrendo a respeito do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade em sentido estrito, LUÍS ROBERTO BARROSO⁴⁵⁴ afirma ter ele seu fundamento nas ideias de *justiça e devido processo legal substantivo*. Continua:

“Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito). O princípio

⁴⁵⁰ MIRANDA, Jorge - *Curso de Direito Constitucional. Vol. I, Estado e constitucionalismo, constituição, direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. p. 299.

⁴⁵¹ *Ibidem*.

⁴⁵² Para SARLET: “a razoabilidade é também identificada como a proporcionalidade em sentido estrito”, não sendo ambos sinônimos. (A respeito, *vide* SARLET, Ingo Wolfgang - *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13.^a ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 420).

⁴⁵³ ANDRADE, José Carlos Vieira de - *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 303.

⁴⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto - *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6.^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 373.

pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto”.⁴⁵⁵

De forma geral, a grande relevância de tais conceitos é a flexibilidade que eles oferecem para a garantia da harmonização do sistema jurídico. Havendo conflitos ou colisões entre princípios igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico, não há necessidade de que haja *invalidação* de um ou de outro, como ocorre com conflitos entre normas jurídicas, mas um *cede* para que o outro seja aplicado, no caso concreto, a depender de critérios de ponderação e para que haja a melhor e mais justa solução, no caso concreto.

Os ensinamentos de ROBERT ALEXY⁴⁵⁶ sobre o conceito de princípios e a respeito do sopesamento entre eles pela aplicação do princípio da proporcionalidade são esclarecedores:

“Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fácticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais”.⁴⁵⁷

Concluimos que:

- (i) existem, na atualidade, diversas situações em que pode haver conflito entre direitos fundamentais;
- (ii) tais situações ocorrem, também, no âmbito da relação privada entre empregador e empregado;

⁴⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto - *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6.^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 373.

⁴⁵⁶ ROBER ALEXY leciona: “As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido – um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrerem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.” (ALEXY, Robert - *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 94.).

⁴⁵⁷ *Idem*, p. 117-118.

- (iii) tais conflitos podem ser harmonizados ou resolvidos pela compatibilização entre os princípios em colisão mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade;
- (iv) assim, em cada caso concreto, haverá a concordância prática de tais princípios, de modo que um princípio, naquele caso o de menor relevância, cederá para que o outro possa ser aplicado, de acordo com o que for mais razoável e mais adequado como solução justa e mais consonante com o sentido geral do ordenamento jurídico. Tal situação não significa que um princípio deixará de existir no ordenamento jurídico: ele cede espaço, naquela situação em especial, para que o outro seja aplicado.

Portanto, é inegável que, no contexto das relações de trabalho, são diversas as situações práticas em que a jurisprudência já aplicou o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade para solucionar o caso concreto, compatibilizando os direitos de personalidade do trabalhador com os interesses da gestão empresarial e o normal funcionamento da empresa.

Analisemos algumas a seguir.

4.4.1 Revistas íntimas e em pertences do empregado

Uma das situações práticas que pode ocorrer na empresa é a fiscalização instituída pelo empregador dos pertences dos empregados para, por exemplo, controlar aquilo que ingressa na empresa e controlar, ainda, eventual retirada de pertences da empresa pelos trabalhadores. Outra situação que, não raro, provoca discussões em processos judiciais diz respeito às revistas íntimas.

Desde já, note-se que, nessa situação em especial, entra em conflito, de um lado, o poder de fiscalização ou de controlo do empregador e, de outro, o direito de personalidade do trabalhador quanto à reserva da vida privada (intimidade) e dignidade do empregado.

Em relação a revistas em bens pessoais, embora não íntimas, tais como revistas em bolsas e sacolas de propriedade do trabalhador, normalmente a jurisprudência as tem considerado válidas, especialmente quando previstas em regulamentos empresariais, ou seja, de conhecimento e divulgação prévia e necessária em virtude de situações específicas das atividades do empregador, como em indústrias farmacêuticas para que medicamentos ou outras drogas não saiam da empresa, em atividades que demandam a produção de pequenos objetos

para venda (ex.: joalherias, etc.), a fim de evitar atitudes ilícitas dos empregados e proteger o próprio patrimônio do empregador.⁴⁵⁸

Discorrendo a respeito do tema no Brasil, ALICE MONTEIRO DE BARROS já apontava, em obra datada do ano de 2008, o entendimento majoritário jurisprudencial no sentido de ser possível a “revista pessoal, mormente quando prevista em regimento interno da empresa, com o fundamento de que é um direito do empregador e uma salvaguarda ao seu patrimônio”⁴⁵⁹.

Preleciona a autora⁴⁶⁰ que, sob seu entendimento pessoal, a revista se justificaria estritamente nas seguintes situações⁴⁶¹ e com as seguintes premissas:

- (i) quando se tratar de *último recurso* para satisfazer o interesse empresarial – na falta de outras medidas preventivas e não por mero comodismo –, para proteção do patrimônio do empregador e para salvaguarda da segurança das próprias pessoas. Outros recursos seriam, por exemplo, a afixação de etiquetas magnéticas em livros e roupas que possam evitar a inspeção em bolsas e sacolas;
- (ii) quando, de fato, existirem circunstâncias concretas que a justifiquem. Logo, “mister que haja, na empresa, no estabelecimento ou no setor bens suscetíveis de subtração ou ocultação, com valor material, ou que tenham relevância para o funcionamento da atividade empresarial e para a segurança das pessoas”⁴⁶²;
- (iii) quando for necessária, deve ter critérios objetivos e ser de caráter *geral e impessoal*, havendo ajuste prévio com os empregados ou com a própria entidade sindical;

⁴⁵⁸ A respeito, vide DELGADO, Mauricio Godinho - *Curso de Direito do Trabalho*. 17.^a ed., rev., atual., ampl. São Paulo: LTr, 2018. p. 731-732.

⁴⁵⁹ BARROS, Alice Monteiro de - *Curso de Direito do Trabalho*. 4.^a ed., rev. e amp. São Paulo: LTr, 2008. p. 581-582.

⁴⁶⁰ *Idem*, p. 583-584.

⁴⁶¹ Cite-se o entendimento da autora: “Em geral, a revista deverá ser realizada na saída. A revista na entrada do trabalho ou durante a execução do serviço pode justificar-se, hoje, em casos excepcionais, em face da intensificação do fenômeno terrorista no mundo, e também em determinadas atividades (minas, por exemplo), para evitar a introdução de objetos como explosivos ou outro objeto capaz de colocar em risco a segurança das pessoas ou o patrimônio empresarial. Nessas circunstâncias, recomenda-se o sistema automático de detecção de objetos, não seletivo, geralmente usado nos aeroportos. Instalado tal sistema, pode-se justificar, diante do sinal de alarme, a revista individualizada de certos empregados, sempre com a menor publicidade possível, na presença de um colega de trabalho, dependendo da circunstância, de colega do mesmo sexo, e respeitando-se a dignidade pessoal do empregado. A utilização desses controles, ainda que de maior custo econômico do que as revistas manuais, impõe-se, em nome da tutela da dignidade do empregado.” (BARROS, Alice Monteiro de - *Curso de Direito do Trabalho*. 4.^a ed., rev. e amp. São Paulo: LTr, 2008. p. 584.)

⁴⁶² *Idem*, p. 583.

- (iv) não pode, ainda, estender-se para além da empresa. Caso necessária em virtude de alguma suspeita, deve-se recorrer às autoridades que possuam a competência para essa investigação externa;
- (v) por fim, destaca a jurista que tal revista não deve ser feita várias vezes ao dia, sem motivo excepcional, sob pena de ser considerada abusiva.

Já em relação às revistas íntimas, de maneira geral, são amplamente proibidas por violarem os direitos do trabalhador quanto à reserva da intimidade da vida privada e, ainda, a dignidade da pessoa humana, ambos princípios fundamentais constitucionalmente consagrados.

No Brasil, inclusive, existe regra expressa que proíbe revistas íntimas em mulheres, prevista no artigo 373-A, inciso VI, da Consolidação das Leis do Trabalho:

“Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: [...] VI – proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.(Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)”.⁴⁶³

Tem-se entendido que tal dispositivo legal, embora diga respeito às mulheres, também pode ser aplicado, analogicamente, aos homens, haja vista que os homens e mulheres são iguais em direitos e deveres, como afirma o artigo 5º, inciso I⁴⁶⁴, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

Em Portugal, em sentido semelhante, leciona MENEZES LEITÃO⁴⁶⁵:

“Deve, em princípio, considerar-se proibida por constituir tratamento vexatório ou degradante a revista da pessoa, cacifo e bens do trabalhador, mesmo que ocorra nas instalações da empresa. Pode, no entanto, admitir-se essa revista, em casos excepcionais, no intuito de protecção da pessoa ou bens do empregador ou de outros trabalhadores, perante indícios graves da prática de crimes no interior da empresa. Assim, por exemplo, no caso de um furto acabado de ocorrer no interior da empresa, o empregador poderá mandar revistar os trabalhadores, os seus cacifos e malas, em ordem a averiguar se consegue encontrar o objeto furtado. Já não é, porém, possível proceder a essa revista de forma sistemática, a menos que se trate de local de trabalho particularmente idóneo à prática de crimes (instalações bancárias, lojas de bens preciosos, instalações aeroportuárias). Nos casos em que é permitida a revista, esta poderá ser realizada por meios electrónicos (designadamente aparelhos electromagnéticos ou de *scanner*).”

⁴⁶³ DECRETO-LEI n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) [Em linha]. [Consult. 12 ago. 2019. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

⁴⁶⁴ “Art. 5º [...] I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.” (CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).

⁴⁶⁵ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de - *Direito do Trabalho*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. (Manuais Universitários). p. 170-171.

Com efeito, ilustrando os entendimentos doutrinários acima expostos, recente acórdão do TST no Brasil, disponibilizado em setembro de 2019, entendeu que a revista de bolsas e sacolas dos trabalhadores, feita de modo geral, impessoal e sem contato físico ou procedimento vexatório, é lícita, haja vista que faria parte do poder diretivo do empregador e do direito de salvar o seu patrimônio. Diante de tais fatos, afastou a condenação de danos morais que havia sido imposta pelo Tribunal de origem.⁴⁶⁶ Trata-se de nítido exemplo de compatibilização prática entre o poder diretivo do empregador e o direito de intimidade do empregado.

4.4.2 Controle de utilização dos banheiros

A dinâmica e a velocidade com que o mundo do trabalho funciona na atualidade é algo inquestionável. A rapidez com que informações são trocadas, bem como a grande utilização de instrumentos de tecnologia como *e-mails*, telefones celulares, GPS alteraram o modo como empregados e empregadores se relacionam.

O trabalhador, a todo momento, pode ser encontrado por meio de seu celular, que, normalmente, é disponibilizado pelo empregador, mediante linhas corporativas, para facilitar a comunicação entre os empregados. Algumas vezes, o trabalhador pode estar em momento de lanche ou satisfação de outras necessidades pessoais, inclusive utilizando-se do banheiro, e ainda assim poderá ser encontrado.

De um lado, é inegável que o uso de tal tecnologia acarreta grandes vantagens no dia a dia do trabalho, acelerando a solução de problemas, tornando a atividade mais dinâmica e produtiva. Esse uso não pode ser desprezado nem desvalorizado, porquanto é um instrumento facilitador da dinâmica do trabalho, agilizando a solução de situações que antigamente necessitariam aguardar mais tempo ou até mesmo o dia seguinte.

⁴⁶⁶ “Acórdão da 6ª Turma do TST-RR-306-39.2016.5.05.0035, em que é Recorrente ENSEADA INDÚSTRIA NAVAL S.A. e Recorrido MARCELO DE SANTANA DOS SANTOS e BRIGADA SEGURANÇA PATRIMONIAL LTDA.: “EMENTA: [...] INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. REVISTA DE BOLSAS E SACOLAS. AUSÊNCIA DE CONTATO FÍSICO. TRANSCENDÊNCIA. O processamento do recurso de revista na vigência da Lei 13.467/2017 exige que a causa ofereça transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica, a qual deve ser analisada de ofício e previamente pelo Relator (artigos 896-A, da CLT, 246 e 247 do RITST). O Tribunal Regional, ao entender ilícita a conduta da reclamada em proceder a revista nos pertences do reclamante, sem contato físico, contrariou a jurisprudência pacificada nesta c. Corte Superior que uniformizou o entendimento no sentido de que a revista em pertences dos empregados, por si só, não caracteriza afronta à intimidade, à dignidade e à honra capaz de gerar dano moral passível de reparação. Reconhecida a transcendência política da causa, nos termos do inciso II do § 1º, do art. 896-A da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.” (ACÓRDÃO do Tribunal Superior do Trabalho de 04.09.2019 no RR-306-39.2016.5.05.0035 (Cilene Ferreira Amaro Santos) [Em linha]. [Consult. 09 set. 2019]. Disponível em WWW: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#c2912fa9d47f5226f0d2d32c14fa7664>)

Não bastasse isso, há algumas atividades que, naturalmente, demandam dedicação exclusiva do empregado enquanto ele labora. Cite-se o caso das atividades de *call center*, em que os trabalhadores permanecem sentados, durante certo tempo, recebendo chamadas externas (também realizando chamadas ativas em alguns setores) que caem automaticamente em suas estações de trabalho.

Em virtude de tais situações atuais e presentes no mundo do trabalho, surgiram algumas discussões sobre o controle da utilização dos banheiros pelo trabalhador⁴⁶⁷ e eventual dinâmica do trabalho que possa, de algum modo, afetar tal uso.

Ao tratar de situações fáticas capazes de ensejar danos morais por suposto descumprimento de direitos de personalidade dos trabalhadores, MAURICIO GODINHO DELGADO destaca a hipótese de *limitação de uso de banheiros no ambiente laborativo*. Explica o jurista que, enquanto o *poder empregatício (ou poder do empregador)* defende que se trata de *gestão de tempo* e, por isso mesmo, inserida nos limites do seu poder de controle no que se refere à produtividade do trabalhador, “a jurisprudência, regra geral, tem considerado abusiva a mencionada conduta do empregador, por afrontar o direito à privacidade do empregado”⁴⁶⁸ e sua dignidade.

Devido ao aumento da ocorrência dessa situação em ambientes laborais, no Brasil, surgiram muitos processos judiciais nos quais os autores alegavam suposta ilicitude da situação descrita em empresas de *call center*, sendo que seus advogados passaram a denominar o pedido na inicial de *dano moral banheiro*.

A alegação do lado dos trabalhadores é no sentido de que, nas atividades de *call center*, por exemplo, a existência de pausas, durante o horário de trabalho, denominadas *pausas banheiro*, por si só, caracterizam uma ofensa a seus direitos. Tal alegação parte do fundamento de que, quando o empregado utiliza de tal pausa, saindo de seu posto de trabalho para satisfazer suas necessidades pessoais, o empregador tem registrado, no sistema, o motivo da paralisação do trabalho. E, de posse de tal informação, pode perseguir ou rescindir o contrato do empregado alegando uso excessivo de *pausas banheiro* e pouca produtividade. Segundo os empregados, a

⁴⁶⁷ A respeito do tema restrição ao uso de banheiro, ressalta BARROS, ao destacar um julgado em que foi Relatora no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, no Brasil: “Configura, igualmente, violação à intimidade da empregada impedir que a mesma vá ao banheiro durante a jornada, ficando ela forçada a urinar em público, no local de trabalho. O comportamento patronal agrava-se mormente quando se revela que a empregada se encontrava grávida. O caso autoriza a compensação por dano moral.” (BARROS, Alice Monteiro de - *Curso de Direito do Trabalho*. 4.ª ed., rev. e amp. São Paulo: LTr, 2008. p. 637, citando RO n. 18878/99, 2ª Turma do TRT3, julgado em 2.5.2000).

⁴⁶⁸ DELGADO, Mauricio Godinho - *Curso de Direito do Trabalho*. 17.ª ed., rev., atual., ampl. São Paulo: LTr, 2018. p. 732.

forma de controlo de tais pausas configuraria violação à privacidade ou dignidade do empregado.

Do lado empresarial, contudo, os empregadores costumam alegar que, considerando a dinâmica própria de uma empresa de *call center*, com ligações chegando a todo momento e que precisam ser atendidas em determinado espaço de tempo – até mesmo por exigência de órgãos governamentais, como a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)⁴⁶⁹, que exigem pleno atendimento aos consumidores –, é essencial que haja no sistema parametrização de pausas diversas para que as ligações deixem de cair automaticamente para aquele atendente e possam, assim, ser direcionadas para outro atendente disponível.

Assim, diversos intervalos e pausas são previstos no sistema, entre os quais os exigidos por lei, como os constantes na Norma Regulamentadora n. 17 (NR-17), do Ministério do Trabalho e Emprego que trata sobre a atividade de telemarketing/teleatendimento. Vejamos as pausas previstas na NR-17:

“5.4. Para prevenir sobrecarga psíquica, muscular estática de pescoço, ombros, dorso e membros superiores, as empresas devem permitir a fruição **de pausas de descanso e intervalos para repouso e alimentação aos trabalhadores.**

5.4.1. As **pausas** deverão ser concedidas:

- a) fora do posto de trabalho;
- b) em 02 (dois) períodos de 10 (dez) minutos contínuos;
- c) após os primeiros e antes dos últimos 60 (sessenta) minutos de trabalho em atividade de teleatendimento/telemarketing.

5.4.1.1. A instituição de pausas não prejudica o direito ao intervalo obrigatório para repouso e alimentação previsto no §1º do Artigo 71 da CLT.

5.4.2. O intervalo para repouso e alimentação para a atividade de teleatendimento/telemarketing deve ser de 20 (vinte) minutos.

5.4.3. Para tempos de trabalho efetivo de teleatendimento/telemarketing de até 04 (quatro) horas diárias, **deve ser observada a concessão de 01 pausa de descanso contínua de 10 (dez) minutos.**

5.4.4. As pausas para descanso devem ser consignadas em registro impresso ou eletrônico.

5.4.4.1. O registro eletrônico de pausas deve ser disponibilizado impresso para a fiscalização do trabalho no curso da inspeção, sempre que exigido.

5.4.4.2. Os trabalhadores devem ter acesso aos seus registros de pausas.

5.4.5. Devem ser garantidas pausas no trabalho imediatamente após operação onde haja ocorrido ameaças, abuso verbal, agressões ou que tenha sido especialmente desgastante, que permitam ao operador recuperar-se e socializar conflitos e dificuldades com colegas, supervisores ou profissionais de saúde ocupacional especialmente capacitados para tal acolhimento.

5.5. O tempo necessário para a atualização do conhecimento do operador e para o ajuste do posto de trabalho é considerado como parte da jornada normal.

5.6. A participação em quaisquer modalidades de atividade física, quando adotadas pela empresa, não é obrigatória, e a recusa do trabalhador em praticá-la não poderá ser utilizada para efeito de qualquer punição.

5.7. Com o fim de permitir a satisfação das necessidades fisiológicas, as empresas devem permitir que os operadores saiam de seus postos de trabalho a qualquer

⁴⁶⁹ Sobre a ANATEL, *vide* ANATEL – Institucional [Em linha]. [Consult. 09 set. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.anatel.gov.br/institucional/>.

momento da jornada, sem repercussões sobre suas avaliações e remunerações”.⁴⁷⁰ (grifos nossos).

Observa-se que a própria legislação exige que haja pausas diversas, sendo que a mera utilização de uma pausa no sistema denominada *pausa banheiro*, por si só, não acarretaria dano moral por alegada limitação do uso do banheiro porque seria, inclusive, uma exigência legal.

Outra situação, entretanto, é se referido controle de pausas for utilizado pelo empregador para avaliar o desempenho em geral ou a remuneração do trabalhador, como a própria NR-17 destaca. Caso isso ocorra, aí sim surgiria uma violação à privacidade ou dignidade do empregado, porque o registro de pausa já não seria mais uma mecânica ou dinâmica necessária para a própria organização da empresa quanto ao fluxo de ligações, dimensionamento de equipe diária de trabalho e encaminhamento de ligações, mas sim um mecanismo de controle da produtividade do trabalhador com base em critérios pessoais de necessidades fisiológicas.

Importa notar que a análise de situações fáticas deve ser feita com cuidado, sopesando, na prática, os bens juridicamente tutelados e levando-se em consideração não só as características concretas da atividade econômica que se está desempenhando, como também os objetivos que o empregador possui com aquela forma de gestão e como lida com os resultados obtidos, se para organizar sua atividade ou se para discriminar e perseguir.

A existência de situações limitadoras do uso do banheiro em atividades que não demandem essa organização de pausas é, certamente, uma violação grave que merece ser punida. Por outro lado, a utilização abusiva do trabalhador de *paralisações do trabalho* para o uso de banheiro ou para lanche, de forma reiterada, com o intuito de *retardar o trabalho* e sem que haja motivo razoável, também deve ser objeto de atenção pelas empresas, considerando que pode se caracterizar como *desídia* no desempenho das funções, motivo que enseja dispensa por justa causa.

Tal tem sido, inclusive, o entendimento jurisprudencial dominante no Brasil –, compatível, a nosso ver, com os valores previstos no ordenamento jurídico português –, consoante se comprova do julgado a seguir transcrito. Observe-se que, sem deixar de citar que a restrição, pelo empregador, quanto à limitação ao uso de banheiro pelo empregado pode ensejar dano moral e caracterizar violação à sua dignidade e outros bens tutelados pelo

⁴⁷⁰ NORMAS Regulamentadoras - Segurança e saúde do trabalho, do Ministério do Trabalho e Emprego no Brasil). NRs 01 a 37 [Em linha]. [Consult. 05 nov. 2019]. Disponível em WWW: <http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nrs.htm>

ordenamento jurídico, o acórdão conclui que não teria havido tal violação diante de peculiaridades do caso concreto, *verbis*:

“A C Ó R D ã O (3ª Turma) [...] 3. LIMITAÇÃO AO USO DE BANHEIRO – DESRESPEITO AO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ASSÉDIO ORGANIZACIONAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NÃO COMPROVAÇÃO DOS FATOS. SÚMULA 126/TST.

A conquista e a afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural – o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego. O direito à indenização por danos moral e material encontra amparo nos arts. 186, 927 do Código Civil, c/c art. 5º, X, da CF, bem como nos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente naqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana e da valorização do trabalho humano (art. 1º, da CR/88).

Assim, tem-se que a efetiva restrição ou limitação ao uso de banheiros pelo empregador ultrapassa os limites de atuação do seu poder diretivo para atingir a liberdade do trabalhador de satisfazer suas necessidades fisiológicas, afrontando normas de proteção à saúde e impondo-lhe uma situação degradante e vexatória. Essa política de disciplina interna revela uma opressão despropositada, autorizando a condenação ao pagamento de indenização por danos morais. A higidez física, mental e emocional do ser humano são bens fundamentais de sua vida privada e pública, de sua intimidade, de sua autoestima e afirmação social e, nessa medida, também de sua honra. São bens, portanto, inquestionavelmente tutelados, regra geral, pela Constituição Federal (artigo 5º, V e X). Agredidos em face de circunstâncias laborativas, passam a merecer tutela ainda mais forte e específica da CF, que se agrega à genérica anterior (artigo 7º, XXVIII, da CF).

Contudo, na presente hipótese, o Tribunal Regional consignou não ter sido comprovada a existência de restrição ao uso do banheiro, tampouco de assédio organizacional pela utilização de megafones e de tapete vermelho ou pela abusividade na cobrança de metas, a autorizarem a indenização por dano moral.

Decisão em sentido contrário implicaria ultrapassar o quadro fático-probatório examinado, procedimento vedado pela Súmula 126/TST. Recurso de revista não conhecido no aspecto.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-1366-49.2014.5.09.0021, em que é Recorrente ÂNGELA VANESSA PEREIRA ROCHA e Recorrida TELEFÔNICA BRASIL S.A.

[...] 3. LIMITAÇÃO AO USO DE BANHEIRO – DESRESPEITO AO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSÉDIO ORGANIZACIONAL. NÃO COMPROVAÇÃO DOS FATOS. SÚMULA 126/TST

[...] Nessa ordem de ideias, a efetiva restrição à utilização de sanitários pelo trabalhador, durante a jornada de trabalho, gera constrangimento e humilhação ensejadores de dano moral, autorizando a incidência do art. 5º, V e X, da Constituição Federal, combinado com o art. 186 do CCB. No mesmo sentido, a jurisprudência pacificada nesta 3ª Turma.

Entretanto, a situação fática relatada pelo TRT não condiz com a tese brandida pela Recorrente, já que, no caso concreto, vislumbra-se a existência de peculiaridades que demandam a análise da hipótese sob perspectiva diversa.

O Tribunal Regional consignou, após análise do conjunto probatório dos autos, que "(...) na ré eram concedidos os seguintes intervalos: um de vinte minutos para lanche, dois de 10 minutos para fins pessoais e um outro de cinco minutos para idas ao banheiro"; e que "(...) nenhum colega, ao que tem conhecimento, foi punido ou ameaçado de punição, pelo uso exagerado de pausas emergenciais".

Nesse contexto, o TRT concluiu que "as testemunhas retrataram que não havia proibição da realização de pausas, em que pese seu extrapolamento influenciasse na pontuação do PIV."

Verifica-se, portanto, que, numa jornada de seis horas, os empregados possuíam três pausas distintas e autônomas, em diferentes períodos, que totalizavam diariamente 40 minutos, além de uma pausa emergencial, cuja recomendação de duração era de 5 minutos.

Não há falar, pois, diante do contexto fático delineado pelo Órgão de origem, em conduta ilícita da Reclamada ou em violação ao patrimônio moral do empregado, a autorizar o deferimento de indenização por danos morais.

A concessão de folgas nesse patamar não autoriza a inferência de que os empregados não pudessem utilizar o banheiro de forma suficiente à satisfação de suas necessidades fisiológicas. Esse sistema, em face dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, por certo, não impôs à Obreira sacrifício físico ou limitação insuperável.

Ademais, o TRT consigna que não houve prova de que a obreira tenha necessitado fazer uso do banheiro em frequência ou tempo superior e não lhe tenha sido concedida a pausa.

[...] Assim, analisando o conjunto fático probatório dos autos, o TRT entendeu pela não configuração do assédio organizacional passível de reparação”.⁴⁷¹ (grifos nossos).

Como repetimos em outra oportunidade, uma análise imparcial do caso concreto é sempre um caminho recomendado. Nem tanto ao céu, nem tanto ao mar...

4.4.3 Controle sobre a vida extralaboral

Pode o empregador interferir na vida extralaboral do empregado?

Existe alguma situação ou exceção à regra geral?

Como tal questão tem sido entendida pela jurisprudência no Brasil e em Portugal, levando-se em consideração a tutela dos direitos de personalidade do empregado, os limites dos poderes do empregador e o próprio fato de que a vida do empregado se desenvolve no seio da unidade empresarial, sendo o contrato firmado pelas partes um contrato sobre a força de trabalho e não sobre a *pessoa* do trabalhador propriamente dita?

Recente acórdão do Tribunal da Relação de Évora evidencia que o empregador, como regra geral, não pode exercer qualquer interferência na esfera da vida privada do trabalhador, no âmbito extralaboral, exceto se houver, por exemplo, autorização expressa pelo próprio trabalhador.

Trata-se de caso julgado em que a empresa, ao conceder ao trabalhador uma viatura para sua utilização total, inclusive para assuntos pessoais, instalou nela, contudo, um GPS. O empregado, assim, alegou violação ao seu direito à reserva da intimidade da vida privada e requereu, entre outras coisas, a rescisão do seu contrato por culpa do empregador, bem como indenização respectiva.

⁴⁷¹ ACÓRDÃO do Tribunal Superior do Trabalho de 04.09.2019 no processo RR – 1366-49.2014.5.09.0021 (Mauricio Godinho Delgado) [Em linha]. [Consult. 09 set. 2019]. Disponível em WWW: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#aa6afe6cbb4c27a5ca22f5618f60c90a>

A empresa, a seu turno, defendeu-se apresentando os seguintes argumentos principais:

1. que o GPS visava à proteção dos bens da empresa, já que a viatura era de sua propriedade;
2. que tal questão não viola o disposto no artigo 20º do CTP, relativamente aos meios e vigilância a distância, em face do carácter minimalista do controlo;
3. que, em relação ao direito à privacidade do trabalho, não existiria compressão excessiva e indevida, dado o nível mínimo de informação que o equipamento permite ao empregador conhecer, diante das vantagens na segurança do património asseguradas;
4. no cômputo das duas posições, dever-se-á ter por admissível a limitação decorrente do GPS, mormente porque a instalação de tal sistema não foi um procedimento vexatório e outros sistemas do tipo já foram instalados em carros de outros empregados, o que comprovaria ter sido uma diretiva visando a todos os empregados da empresa e não apenas àquele em questão;
5. por fim, que o empregado, por mais de 3 (três) meses, nenhum desconforto manifestou perante a empresa em virtude de tais fatos.

Apesar dos argumentos acima expostos pela empresa, o acórdão citado entendeu ter havido violação ao direito do empregado quanto à reserva da intimidade da vida privada, nomeadamente por envolver questões pessoais que em nada teriam a ver com a atividade laboral do trabalhador. Desse modo, assim se posicionou o Tribunal:

“1. Colocação do equipamento GPS na viatura que estava atribuída ao autor para uso total.

O GPS é a sigla de “Global Positioning System” que significa sistema de posicionamento global, em português.

O GPS é um sistema de navegação por satélite com um aparelho móvel que envia informações sobre a posição de algo em qualquer momento e lugar do planeta, para além de outras informações. Tais informações podem ser conhecidas por via de um aparelho recetor que pode coincidir ou não com o emissor.

Criado originalmente para ser utilizado para fins militares, rapidamente evoluiu, massificando-se a sua utilização, nomeadamente nas sociedades civis contemporâneas.

Daí à sua utilização no mundo de trabalho, foi um passo.

Com efeito, o GPS converteu-se num meio muito utilizado por empresas para controlarem a sua frota automóvel, por exemplo.

E, considerando que, em regra, esses automóveis são conduzidos por trabalhadores da empresa, embora de uma forma indireta, o GPS permite conhecer a localização geográfica do trabalhador, pelo menos enquanto este permaneça na viatura.

Daí surgem os primeiros conflitos, no que respeita a saber se a colocação de equipamentos GPS em veículos da propriedade da empresa, viola ou não direitos de personalidade dos trabalhadores.

Um exemplo desses conflitos, é o caso dos autos.

No âmbito da carta de resolução do contrato de trabalho, remetida pelo autor/recorrido à ré/recorrente, aquele considerou que a colocação do equipamento de GPS no veículo

que lhe havia sido atribuído para uso total, constituía uma ingerência e violação da sua privacidade.

Vejamos se lhe assiste razão.

[...] Por força do preceituado no artigo 97º do Código do Trabalho, o empregador tem o poder de direção, competindo-lhe estabelecer os termos da prestação do trabalho, isto é, conformar a prestação do trabalho em função dos interesses que pretende ver prosseguidos. No conteúdo desse poder de direção, inclui-se a faculdade de fiscalização e controle da atividade (cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13/11/2013, melhor identificado supra).

Todavia, tal poder restringe-se à prestação da atividade pelo trabalhador.

Ora, no caso sub judice, entendendo-se que a colocação do equipamento GPS poderia ser uma concretização ou manifestação do poder de direção do empregador (como entendeu o Supremo Tribunal de Justiça no acórdão de 13/11/2013 e, também, no acórdão de 22/5/2007, P. 07S054, ambos disponíveis na base de dados já identificada), tal poder tem um limite: a prestação e a execução do trabalho.

Assim, quando por força da instalação do equipamento GPS no veículo atribuído ao autor, o empregador tem a possibilidade de saber a localização do referido veículo e indiretamente a localização do trabalhador no seu tempo de descanso, tal constitui uma inadmissível exposição ao controlo do empregador que se estende ao tempo e locais que não são de trabalho, mas que apenas se reportam à vida privada do trabalhador, sem autorização deste.

Assim, no caso concreto, é manifesto que a colocação do equipamento GPS na viatura atribuída ao autor constitui uma ingerência inadmissível na sua vida privada.

E não se afirme, como o faz a apelante, que no caso concreto devido à circunstância do veículo automóvel ser propriedade da empregadora e esta admitir que o mesmo seja utilizado pessoalmente pelo autor, acarretaria alguma limitação face à utilização que o trabalhador teria se o carro fosse seu. A boa fé e o respeito mútuo obrigam a que existam áreas que nunca se podem sobrepor.

A vida pessoal ou privada do trabalhador no período extra-laboral é algo que não pode ser limitado por vontade do empregador ou pela criação de circunstâncias, por este, que levassem a tal limitação.

Essa limitação só poderia ocorrer mediante autorização do trabalhador.

No caso, não resultou provado que existisse tal autorização e não há justa medida possível ou proporcionalidade razoável que deva fazer prevalecer um direito de propriedade respeitante a um bem material sobre um direito pessoal, que comporta em si o valor da dignidade humana.

Por conseguinte, entendemos que a decisão unilateral assumida pela empregadora/recorrente de colocar um sistema de GPS no veículo atribuído ao autor para uso total, viola o direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador”.⁴⁷² (grifos nossos).

Tal acórdão ilustra, portanto, a regra geral de que não é possível haver interferência do empregador na vida extralaboral do empregado, excetuando-se a hipótese em que o próprio trabalhador, por exemplo, a autorize para alguma finalidade específica.

Entretanto existem situações em que a conduta do empregado em sua vida *extralaboral* pode acabar por interferir na sua relação de emprego, causando danos a ela.

Exemplo de tal situação ocorreu em caso julgado pelo Tribunal da Relação do Porto⁴⁷³, em que um representante da empresa, que mantinha relações íntimas com uma trabalhadora, na

⁴⁷² ACÓRDÃO do Tribunal da Relação de Évora de 08.05.2014 no processo n. 273/11.3TTSTR.E1 (Paula do Paço) [Em linha]. [Consult. 10 set. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.jurisprudencia.pt/acordao/52258/>

⁴⁷³ “Sumário

I – Tal como, em determinadas circunstâncias, a conduta extra profissional do trabalhador poderá ter relevância disciplinar, também o comportamento do empregador ou do seu legal representante, ainda que no âmbito das suas relações pessoais com o trabalhador, poderá assumir relevância para efeitos de justa causa de resolução do

casa em que ambos viviam e fora do horário de trabalho, a desrespeitou veementemente, dirigindo a ela palavras de baixo calão, atentando contra a sua integridade física e, assim, fazendo com que referida trabalhadora, inclusive, temesse pela sua vida.

No mencionado acórdão, o Tribunal entendeu que, apesar de a conduta ilícita do empregado ter ocorrido em âmbito privado e fora de seu local de trabalho, trouxe repercussões no ambiente de trabalho e, portanto, o empregado em questão foi dispensado por justa causa em virtude de tal comportamento.

Como destaca o acórdão, não é a *vida extralaboral* em si que sofrerá as consequências da incidência do poder do empregador – *no caso, do poder disciplinar* –, mas o reflexo de tal conduta na vida extralaboral pode sim, em determinadas circunstâncias, ser objeto de sanções por parte do empregador.

Desse modo, concluiu o acórdão que:

1. em determinadas circunstâncias, a conduta *extralaboral* do profissional pode ter relevância disciplinar se tal comportamento tiver ou puder ter repercussões na relação de emprego;
2. o poder do empregador, nessa hipótese, não incide sobre a vida pessoal do trabalhador, mas sobre os reflexos ou repercussões que suas atitudes possam ter ocasionado no ambiente laboral, de modo a afetar a confiança e deveres inerentes à relação laboral;

contrato de trabalho por iniciativa deste, se tal comportamento tiver ou puder ter repercussões na relação laboral, afetando deveres acessórios inerentes e indissociáveis da mesma, de tal modo que inviabilizem a possibilidade, no sentido de exigibilidade, da sua manutenção.

II – Mantendo a trabalhadora uma relação íntima com o legal representante da Ré, podendo ambos ter que compartilhar o mesmo espaço físico de trabalho, que era uma sala única, e sendo, ambos, as únicas pessoas a prestarem a sua atividade para aquela, constitui justa causa de resolução do contrato de trabalho, por iniciativa da trabalhadora, o comportamento do legal representante da Ré que, na casa em que ambos viviam e fora do horário de trabalho, aquele lhe chama “puta” e “vaca”, a agarrou pelo braço, apertando com força, a atirou para fora da porta de casa e tendo tentado atirá-la pelas escadas do prédio abaixo, o que não logrou, com o que a A. temeu pela sua vida e receia sair à rua sozinha.

[...] A conduta extra-profissional do trabalhador poderá, pois, ficar sujeita ao poder disciplinar do empregador na medida em que se reflecta negativamente na vida de trabalho, sendo que, em todo o caso, não é aquela vida extraprofissional, mas apenas este reflexo, que pode ser objecto de sanções aplicadas pelo empregador (José João Abrantes, ob. citada, pág. 156).

Em conclusão deste ponto, dir-se-á que do direito à reserva da intimidade da vida privada não decorre, necessária ou automaticamente, a irrelevância disciplinar da conduta privada (extra-profissional) do trabalhador, devendo, antes, tal ponderação ser feita perante uma avaliação do concreto circunstancialismo de cada caso de modo a apurar se tal conduta se reflecte na relação laboral, designadamente e no que concerne ao despedimento com justa causa, se afecta ou é susceptível de afetar a indispensável confiança por parte do empregador no trabalhador, suporte essencial do vínculo laboral.” (ACÓRDÃO do Tribunal da Relação do Porto de 27.04.2015 no processo n. 442/13.1TTMAI.P1 (Paula Leal de Carvalho) [Em linha]. [Consult. 10 set. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.jurisprudencia.pt/acordao/9295>).

3. nessa hipótese, impõe-se uma ponderação necessária entre o direito à reserva da intimidade da vida privada e sua relação com o trabalho, de modo a afetar a confiança necessária para o vínculo laboral, podendo, assim, ter relevância para a atuação do poder *disciplinar* do empregador.

Ora, como explicita JOÃO LEAL AMADO⁴⁷⁴:

“A relação laboral é, como se sabe, uma relação de poder. Quando labora, o trabalhador subordinado conserva intactos e incólumes os seus atributos de personalidade e os seus direitos de cidadania? Ou, pelo contrário, no espaço tempo-laboral o trabalhador é como que uma pessoa-cidadão em suspenso, visto ter de se incorporar numa estrutura produtiva alheia e numa organização hierárquica dominada, controlada e gerida por outrem? E fora do espaço-tempo laboral? As condutas extralaborais do cidadão-trabalhador podem ser controladas e, eventualmente, punidas pela entidade empregadora?⁴⁷⁵ [...] O que temos aqui, quase sempre, é um problema de conflito de direitos (dir-se-ia: o conflito entre a liberdade *de empresa* e a liberdade *na empresa*), a reclamar uma cuidadosa e laboriosa tarefa de concordância prática entre eles, de acordo com o princípio da proporcionalidade, na sua tríplice dimensão (conformidade ou adequação, exigibilidade ou necessidade, proporcionalidade *strictu sensu*)”.

Do exposto, conclui-se que, apesar de a vida privada do trabalhador ser protegida e de ser vedado ao empregador, como regra geral, interferir na vida *extralaboral* daquele, em determinadas circunstâncias, a depender do caso concreto e das repercussões que a conduta do empregado possa causar no trabalho e impactar nos deveres acessórios de confiança e boa-fé que devem permear a relação laboral, tal direito de personalidade do trabalhador pode ser mitigado para prevalência e aplicação do poder diretivo do empregador, incluindo o poder disciplinar.

No mesmo sentido dos julgados acima são os ensinamentos do jurista brasileiro MAURICIO GODINHO DELGADO⁴⁷⁶, que esclarece sobre a extensão da atuação do poder disciplinar a comportamentos ou condutas da vida pessoal externa do empregado, quais sejam, condutas ligadas à seara familiar, social e política. Afirma o autor: somente “se o comportamento concretizar-se no âmbito empregatício de modo irregular, em contraponto às obrigações contratuais e legais do obreiro, é que a matéria pode passar ao exame do poder empregatício e sua dimensão disciplinar”.

⁴⁷⁴ AMADO, João Leal - *Trabalhar e amar. Poderes patronais, relações amorosas e direitos de personalidade dos trabalhadores*. Coimbra: GESTLEGAL, 2019. p. 22.

⁴⁷⁵ *Ibidem*.

⁴⁷⁶ DELGADO, Mauricio Godinho - *Curso de Direito do Trabalho*. 17.^a ed., rev., atual., ampl. São Paulo: LTr, 2018. p. 1353.

O importante, como afirma novamente JOÃO LEAL AMADO⁴⁷⁷, é evitar posições extremas nesta matéria:

“(…) Em qualquer caso, sempre haverá que rejeitar orientações extremadas nesta matéria, quer aquela que sustenta existir um *corte radical e absoluto entre a vida pessoal e a profissional*, sem qualquer interferência possível entre ambas, quer aquela que conduz a uma espécie de *militarização da relação laboral*, reduzindo o trabalhador à condição unidimensional de agente produtivo e laborioso, em estado de subordinação jurídica 24 sobre 24 horas, sujeito a constante fiscalização, quando não a apertada vigilância, por parte da respetiva entidade empregadora”.

4.4.4 Interferência na aparência física e vestimenta

De caráter estritamente pessoal é, ainda, a vestimenta que cada ser humano opta por usar e, também, o seu modo de apresentar-se na sociedade fisicamente, ou seja, seu corte de cabelo, a maquiagem comumente utilizada por mulheres, o uso, *ou não*, de barbas para homens, entre outros.

Questiona-se, nesse sentido, se o empregador pode, de algum modo, interferir na aparência física e vestimentas dos seus empregados.

MENEZES LEITÃO⁴⁷⁸, a respeito da doutrina portuguesa, em lições na obra *Direito do Trabalho*, destaca que “um dos aspectos mais pessoais da decisão individual das pessoas, que se integra no seu direito geral de personalidade, respeita à escolha da sua apresentação e vestuário”.

Continua o autor lecionando que, como regra geral, não é possível atribuir-se ao empregador, por decorrência da mera existência do contrato de trabalho, o poder de decidir sobre a aparência e vestuário do trabalhador, sob pena de afrontar a sua dignidade. Não obstante, algumas situações demandariam tratamento peculiar, como é o caso de vestimentas, incluindo acessórios de segurança, necessários para o exercício de alguma atividade, vestimentas como as exigidas para médicos e enfermeiros para o trabalho em hospital, entre outras.⁴⁷⁹

Por outro lado, até mesmo para atendimento ao princípio da boa-fé, não se poderia permitir que o empregado se utilize de vestimenta ou se apresente ao trabalho de forma prejudicial à imagem da empresa, atentando, por exemplo, contra a moral pública e os bons costumes.⁴⁸⁰

⁴⁷⁷ AMADO, João Leal - *A cessação do Contrato de Trabalho: uma perspectiva luso-brasileira*. São Paulo: LTr, 2017. p. 87.

⁴⁷⁸ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de - *Direito do Trabalho*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. (Manuais Universitários). p. 151.

⁴⁷⁹ *Ibidem*.

⁴⁸⁰ *Ibidem*.

Em Portugal, apesar das relevantes considerações e reflexões da doutrina, inexistia regra específica no CTP a respeito do uso de uniforme.

No Brasil, recente reforma trabalhista promovida pela Lei n.º 13.467/2017 incluiu o artigo 456-A⁴⁸¹ na CLT com a seguinte redação:

“Art. 456-A. **Cabe ao empregador definir o padrão de vestimenta no meio ambiente laboral**, sendo lícita a inclusão no uniforme de logomarcas da própria empresa ou de empresas parceiras e de outros itens de identificação relacionados à atividade desempenhada.

Parágrafo único. A higienização do uniforme é de responsabilidade do trabalhador, salvo nas hipóteses em que forem necessários procedimentos ou produtos diferentes dos utilizados para a higienização das vestimentas de uso comum”. (grifo nosso).

Portanto, no ordenamento justrabalhista brasileiro, a interferência do empregador na vestimenta do empregado restou expressamente permitida, inclusive com inclusão de logomarcas e outros itens de identificação.

Somos do entendimento de que a opção brasileira de regulamentar a questão no âmbito da CLT foi acertada. Isso porque o empregador pode determinar o uso de uniforme para seus empregados para fins de organização do ambiente de trabalho, padronização de vestimentas e vinculação à sua imagem. Inclusive, dita adoção pode até mesmo evitar situações constrangedoras para o próprio empregado, como de diversidades extremas de vestimentas, uso indevido de decotes, saias muito curtas ou calças muito justas para as mulheres – ou inadequadas para o ambiente laboral por desviarem a atenção do objetivo da empresa, que é o trabalho.

Logicamente, até mesmo para a adoção do uso de uniforme, o empregador deve ter postura razoável, adotando um uniforme adequado para os padrões de moral pública e bons costumes.

O ideal, a nosso ver, é que essas regras quanto ao uso de uniforme sejam, inclusive, objeto de regulamento interno ou ajustes contratuais entre empregado e empregador, objetivando estabelecer, previamente, diretrizes claras para se evitar celeumas desnecessárias no ambiente de trabalho.

Outrossim, acessórios ou itens de segurança são obrigatórios e não optativos. Portanto, o uso de equipamentos de proteção individual (EPIs) pode e deve ser exigido pelo empregador, porque dentro do seu poder-dever de zelar pela saúde e segurança dos trabalhadores.⁴⁸²

⁴⁸¹ LEI n.º 13.467, de 13 de julho de 2017 - Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) [Em linha]. [Consult. 28 fev. 2020]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm

⁴⁸² Sobre o fornecimento e utilização de EPIs, a legislação brasileira estabelece que “a empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito

Já quanto à aparência física, de modo geral, entendemos que o empregador não pode nela interferir. Assim, exigências como cabelos curtos ou longos, uso ou não de barba, proibição ou não de tatuagem extrapolariam a esfera dos poderes do empregador e seriam interferência excessiva na pessoa do trabalhador.

Ilustrativamente, cite-se o julgado do TST abaixo transcrito, que, após recurso aviado pela parte ré, manteve a condenação da empresa em danos morais em virtude de violação ao direito à imagem e vida privada:

“A C Ó R D ã O

7ª TURMA

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA – DANOS MORAIS – USO DE BARBA. A tese exarada pela Corte regional foi de que “a proibição de usar barba, no caso do vigilante, não atende ao postulado da razoabilidade, pois a barba não altera a capacidade de trabalho dos que exercem as atividades de vigilante, sendo a exigência do empregador uma discriminação não autorizada pela CF”. O único dispositivo legal invocado é o art. 5º, II, da Constituição Federal. Ocorre que tal dispositivo estabelece o princípio da legalidade ou da reserva legal, enquanto a discussão travada nas razões do recurso de revista diz respeito ao dano moral decorrente da obrigação de vigilante trabalhar com a barba feita, sendo evidente que não há relação direta e estreita entre a questão debatida nos autos e o citado preceito constitucional”.⁴⁸³ (grifo nosso).

4.4.5 Interferência na vida pessoal amorosa

“O amor é invasivo: quer ocupar todos ou quase todos os ambientes, inclusive o do trabalho, e não há portas, correntes ou cadeados que o impeçam de entrar.”⁴⁸⁴

“Aliás, o Direito, sabe-se, regula condutas, não sentimentos.”⁴⁸⁵

Uma situação fática que, também não raro, acontece no ambiente de trabalho é aquela que diz respeito a eventual relacionamento afetivo e/ou amoroso entre os trabalhadores.

Pode o empregador proibir que haja tal relacionamento, sob o fundamento de que isso interfira na empresa, de algum modo? Existe alguma solução harmônica de forma a compatibilizar os poderes do empregador a respeito da liberdade e gestão de sua empresa e a liberdade e privacidade dos trabalhadores quanto aos seus afetos, romances e relações amorosas no ambiente de trabalho?

estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados” (artigo 166 da CLT). Por sua vez, o empregado é obrigado a usar referidos equipamentos, sob pena de sua recusa injustificada ser considerada ato faltoso (artigo 158, parágrafo único, item “b”, da CLT).

⁴⁸³ ACÓRDÃO do Tribunal Superior do Trabalho de 03.08.2016 no processo AIRR 9600-27.2011.5.17.0013 (Luiz Phillippe Vieira de Mello Filho) [Em linha]. [Consult. 10 set. 2019]. Disponível em WWW: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#876810ea20b86ad4dec9c90207f87e83>

⁴⁸⁴ VIANA, Márcio Túlio *apud* AMADO, João Leal - *Trabalhar e amar. Poderes patronais, relações amorosas e direitos de personalidade dos trabalhadores*. Coimbra: GESTLEGAL, 2019. p. 15.

⁴⁸⁵ AMADO, João Leal, *op. cit.*, p. 39.

JOÃO LEAL AMADO⁴⁸⁶, em obra intitulada *Trabalhar e amar – Poderes patronais, relações amorosas e direitos de personalidade dos trabalhadores*, analisa tal questão tendo como base de seus estudos uma situação fática que envolveu a empresa Walmart e dois trabalhadores de nome Priscila e Leandro.

Relata o autor português, citando justamente um julgado ocorrido no Brasil, que, em decisão do TST proferida em 2014,⁴⁸⁷ a conhecida rede de supermercados Walmart foi condenada a pagar uma indenização no importe de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) por danos morais a um ex-trabalhador, qual seja, Leandro da Rosa, que foi dispensado da empresa juntamente com sua namorada Priscila.

A dispensa de ambos ocorreu porque teriam desrespeitado normas do supermercado, unilateralmente editadas, que proibiam relacionamento amoroso entre trabalhadores, caso houvesse relação de hierarquia ou poder entre eles, relação essa que havia entre Leandro e Priscila.

Ressalta-se que, no caso específico, segundo consta no acórdão, nenhuma conduta em especial foi observada na atuação dos trabalhadores no ambiente da empresa, tendo o despedimento ocorrido pela circunstância objetiva de terem eles estabelecido uma relação afetiva, proibida pelas normas da empresa. Na visão da empresa, o fato de Priscila trabalhar em um setor de segurança do supermercado e Leandro como operador de supermercado poderia ocasionar um conflito, já que, em virtude de tal relacionamento, a empregada poderia não agir em conformidade com suas funções de segurança de supermercado em relação ao seu companheiro.

Na fundamentação do voto, os Ministros do TST, ao concluírem por maioria que teria havido violação a preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade e intimidade, assim se posicionaram, *verbis*:

“vi) Diante deste contexto fático, é indiscutível que preceitos constitucionais fundamentais foram e ainda estão a ser gravemente atingidos por essa conduta empresarial, com a dignidade da pessoa humana e a liberdade, tendo em vista que a vida pessoal de todos os seus empregados, inclusive a do ora reclamante, está a ser ilícita e abusivamente limitada pela entidade empregadora, ora reclamada, fora do ambiente de trabalho. [...] viii) É bem verdade que, em razão da condição hierárquica da relação existente entre empregado – subordinado – e empregador, tem-se que este último detém o poder diretivo. No entanto, é preciso reiterar, com toda a ênfase

⁴⁸⁶ AMADO, João Leal - *Trabalhar e amar. Poderes patronais, relações amorosas e direitos de personalidade dos trabalhadores*. Coimbra: GESTLEGAL, 2019.

⁴⁸⁷ Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho no processo RR-122600-60.2009.5.04.0005. Participaram do julgamento os Ministros José Roberto Freire Pimenta, Delaíde Alves Miranda Arantes e Renato de Lacerda Paiva, tendo o último ficado vencido. Acórdão citado por AMADO, João Leal - *Trabalhar e amar. Poderes patronais, relações amorosas e direitos de personalidade dos trabalhadores*. Coimbra: GESTLEGAL, 2019. p. 27.

possível, que o poder diretivo da empresa deve observar os limites estabelecidos na Constituição Federal e nas leis, devendo os atos empresariais, sejam eles tácitos, sejam escritos (regulamentos internos e demais normas internas), ser sempre razoáveis, sendo vedado o seu uso abusivo e contrário à função social que deve presidir e, ao mesmo tempo, servir de limite daqueles próprios atos empresariais. [...] x) Como, por último, não se identifica nenhuma necessidade na proibição objeto da norma empresarial ora em análise, nem qualquer razoabilidade na presunção, gratuita e preconceituosa, de que a simples existência de relacionamento amoroso entre um empregado daquele citado setor de ‘prevenção de perdas’ e os demais empregados da referida empresa automaticamente causaria prejuízos à atividade econômica deste empregador, é preciso proclamar expressamente que a limitação aos direitos fundamentais do reclamante e dos demais empregados afetados por essa proibição não passa pelo crivo do princípio da proporcionalidade, por mostrar-se desnecessária e excessiva, além de irrazoável”.⁴⁸⁸

Ao analisar o caso específico acima citado, JOÃO LEAL AMADO⁴⁸⁹ adverte, porém, que deve sempre haver a necessária “ponderação e balanceamento, em cada caso concreto, com outros direitos e interesses patronais em colisão”.

Portanto, resta ressalvado que, em algumas situações específicas, a vida amorosa do trabalhador pode sim ter relevância no ambiente laboral, de modo a sofrer alguma interferência por parte do empregador.

Vejamos, nesse sentido, uma situação em que dois trabalhadores que mantêm uma relação amorosa começam a praticar atos inapropriados que violem a moral sexual no próprio ambiente de trabalho. Note-se, inclusive, que a depender da situação, trata-se de conduta passível de aplicação de justa causa, podendo, no Brasil, ser enquadrado como ato de incontinência de conduta, nos termos do artigo 482 da CLT. Em Portugal, tal conduta também pode se enquadrar em justa causa, consoante previsão do artigo 351º do CTP, afetando a probidade e boa-fé que deve reger a relação laboral.

Uma situação peculiar que vivenciei na minha atividade profissional refere-se a uma instituição que cuida e ensina crianças e adolescentes carentes e que, diante de algumas preocupações que envolviam eventual relacionamento de professores e alunos, questionou aos advogados que representam a instituição, eu inclusive, se seria válido um regulamento interno proibindo relações afetivas, incluindo namoros e relações sexuais, entre professores e alunos da instituição. Esclareça-se que todos os alunos eram menores e os professores, empregados da instituição, adultos.

⁴⁸⁸ Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho no processo RR-122600-60.2009.5.04.0005. Participaram do julgamento os Ministros José Roberto Freire Pimenta, Delaíde Alves Miranda Arantes e Renato de Lacerda Paiva, tendo o último ficado vencido. Acórdão citado por AMADO, João Leal - *Trabalhar e amar: Poderes patronais, relações amorosas e direitos de personalidade dos trabalhadores*. Coimbra: GESTLEGAL, 2019. p. 30-31.

⁴⁸⁹ AMADO, João Leal, *op. cit.*, p. 49.

Diante de tais circunstâncias, havendo ponderação entre os direitos e riscos existentes, bem como considerando que o empregador, nesse caso, possuía o dever de zelar para que seu ambiente fosse o mais probo e ético possível, haja vista, inclusive, a existência de menores na instituição, recomendamos que fosse feito um regulamento interno esclarecendo aos professores e empregados, em suma, que:

1. o relacionamento pessoal entre professores, entre professores e alunos, e entre alunos que ocorram, porventura, fora da instituição e sem que afete o ambiente da mesma, diz respeito à privacidade e liberdade de cada qual, não cabendo à instituição zelar ou interferir no mesmo;
2. contudo, considerando a existência de menores na instituição e o dever desta de zelar pelo bem-estar e integridade dos alunos menores que nela estudam, é proibido que haja qualquer relacionamento pessoal e contato físico íntimo, com intuito amoroso ou sexual, entre professores e alunos no ambiente da instituição, ou seja, no local de trabalho.

Entendemos que situações como a exposta acima, em que a vida amorosa e sexual privada dos empregados pode interferir na probidade, moral e bons costumes do ambiente de trabalho, demandam uma orientação clara e precisa dos empregadores para seus empregados, até mesmo para evitar discussões posteriores.

Caso a situação envolva outros bens também tutelados no ordenamento jurídico, como questões que envolvam assédio sexual ou relação com menores e que possam ter vinculação ou interferência no ambiente laboral, inclusive podendo caracterizar crime previsto na legislação penal; aí a liberdade da vida pessoal amorosa pode sofrer interferência dos poderes do empregador para salvaguarda do próprio ambiente de trabalho e das demais pessoas nele presentes.

Assim, podemos concluir que:

- (i) como regra geral, o empregador não pode interferir na relação amorosa dos seus empregados, em respeito à liberdade, intimidade e dignidade destes;
- (ii) não obstante, caso essa questão amorosa e afetiva afete o ambiente de trabalho de maneira a colocar em risco outros valores ou princípios dotados de maior relevância, afetando a confiança, a moral e o respeito que devem permear o ambiente de trabalho e afetando direitos de terceiros, sem dúvidas de que, nessa hipótese, deve haver a necessária ponderação dos valores e princípios em jogo, a fim de que seja adotada a solução mais razoável para a efetividade e justiça no

caso concreto. A nosso ver, o ideal é que existam normas claras da instituição a esse respeito, o que pode ser feito com o regulamento interno⁴⁹⁰.

4.4.6 Interferência na liberdade religiosa

PAULA QUINTAS⁴⁹¹, na obra *Os Direitos de Personalidade Consagrados no Código do Trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado – Direitos (des)figurados*, preconiza que “uma primeira dificuldade em matéria tão sensível e complexa é a de precisamente definir religião”.

Em que pese isso, a liberdade religiosa é expressamente protegida em diversos documentos de cunho internacional, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴⁹², que, em seu artigo XVIII, afirma: “Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou particular”.

No âmbito europeu, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia dos Direitos Humanos)⁴⁹³ também protege a liberdade religiosa, ao lado da liberdade de pensamento e de consciência, em seu artigo 9º.

⁴⁹⁰ Importante destacar que, em Portugal, o artigo 99º do CTP assim dispõe:

“ARTIGO 99º – Regulamento interno de empresa

- 1 – O empregador pode elaborar regulamento interno de empresa sobre organização e disciplina do trabalho.
- 2 – Na elaboração do regulamento interno de empresa é ouvida a comissão de trabalhadores ou, na sua falta, as comissões intersindicaais, as comissões sindicais ou os delegados sindicais.
- 3 – O regulamento interno produz efeitos após a publicitação do respetivo conteúdo, designadamente através de afixação na sede da empresa e nos locais de trabalho, de modo a possibilitar o seu pleno conhecimento, a todo o tempo, pelos trabalhadores.
- 4 – A elaboração de regulamento interno de empresa sobre determinadas matérias pode ser tornada obrigatória por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho negocial.
- 5 – Constitui contraordenação grave a violação do disposto nos n.ºs 2 e 3.” (LEI n.º 7/2009 - Código do Trabalho [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>).

⁴⁹¹ QUINTAS, Paula - *Os direitos de personalidade consagrados no código do trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado: direitos (des)figurados*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 237.

⁴⁹² DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos [Em linha]. [1948]. [Consult. 24 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atualizacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf

⁴⁹³ **“ARTIGO 9º Liberdade de pensamento, de consciência e de religião**

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou colectivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.
2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou colectivamente, não pode ser objecto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à protecção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à protecção dos direitos e liberdades de outrem.” (CONVENÇÃO Europeia dos Direitos Humanos [Em linha]. (1950). Strasbourg:

Em Portugal, a CRP⁴⁹⁴ também protege a liberdade religiosa no artigo 41º e, no Brasil, de forma semelhante, o artigo 5º, inciso VI da CRFB⁴⁹⁵ normatiza que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

Em Portugal, a Lei n. 16/2001 de 22 de Junho⁴⁹⁶ estabelece, em seu artigo 1º, que “a liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável e garantida a todos em conformidade com a Constituição, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o direito internacional aplicável e a presente lei”.

O artigo 14º da referida lei estabelece, ainda, que:

“1 - Os funcionários e agentes do Estado e demais entidades públicas, bem como os trabalhadores em regime de contrato de trabalho, têm o direito de, a seu pedido, suspender o trabalho no dia de descanso semanal, nos dias das festividades e nos períodos horários que lhes sejam prescritos pela confissão que professam, nas seguintes condições:

- a) Trabalharem em regime de flexibilidade de horário;
- b) Serem membros de igreja ou comunidade religiosa inscrita que enviou no ano anterior ao membro do Governo competente em razão da matéria a indicação dos referidos dias e períodos horários no ano em curso;
- c) Haver compensação integral do respectivo período de trabalho”.

Do exposto, observa-se que a liberdade religiosa está assegurada pelos preceitos constitucionais maiores, sendo direito fundamental do ser humano. Por outro lado, tal liberdade religiosa do empregado não pode causar transtornos no ambiente da empresa, prejudicando sua organização e atividades.

Council of Europe, [2014?]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf.

⁴⁹⁴ “**ARTIGO 41º (Liberdade de consciência, de religião e de culto)**

1. A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável.
2. Ninguém poderá ser perseguido, privado de direitos ou isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou prática religiosa.
3. Ninguém pode ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou prática religiosa, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder.
4. As igrejas e outras comunidades religiosas estão separadas do Estado e são livres na sua organização e no exercício das suas funções e do culto.
5. É garantida a liberdade de ensino de qualquer religião praticado no âmbito da respectiva confissão, bem como a utilização de meios de comunicação social próprios para o prosseguimento das suas atividades.
6. É garantido o direito à objecção de consciência, nos termos da lei.” (CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de 1976 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicao republica portuguesa.aspx>).

⁴⁹⁵ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

⁴⁹⁶ LEI n. 16/2001, de 22 de Junho - Lei da Liberdade Religiosa [Em linha]. [Consult. 03 jun. 2021]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/362699/details/maximized>.

Alguns exemplos práticos de situações que ocorrem e podem ocorrer são citados por MENEZES LEITÃO⁴⁹⁷, quais sejam:

- (i) feriados religiosos ou dias de descanso oficiais que podem não coincidir com aqueles adotados pela religião do trabalhador;
- (ii) vestuários adotados por determinadas religiões, que podem não ter compreensão ou coincidirem com os adotados na empresa;
- (iii) exibição de símbolos religiosos no local de trabalho que podem não coincidir com aqueles adotados pelo empregador ou mais adequados à sua clientela.

De forma geral, parece-nos que a resposta para uma adequada compatibilização entre a liberdade religiosa do empregado e o poder diretivo, organizacional e disciplinar do empregador perpassa os conceitos de *boa-fé contratual*, de um lado, e *não discriminação e razoabilidade*, de outro.

Do lado do trabalhador, este deve agir de boa-fé com o empregador para honrar e zelar pelas obrigações contratuais com as quais se obrigou na empresa.

Já por parte do empregador, este sempre deve sopesar, quando se deparar com alguma situação relativa à religião do empregado, se: (i) é razoável aquele pleito do empregado para atender, por exemplo, uma crença ou preceito religioso que possui; (ii) sua atitude perante referido empregado, diante de tal pleito, está, ou não, sendo discriminatória.

Assim, é que, nas situações acima listadas, entendemos que:

- (iv) feriados religiosos ou dias de descanso oficiais: havendo legislação a respeito, deve ela ser obedecida integralmente, a exemplo da citada Lei n. 16/2001 em Portugal. Na ausência de legislação a respeito, entendemos que, sempre que possível e acordado previamente entre empregado e empregador, estes devem buscar compatibilizar as folgas, compensando-as com o labor em outros dias da semana;
- (v) vestuários adotados por determinadas religiões: caso compatíveis, poderão ser tolerados pelo empregador, como véus. Entretanto, se, por exemplo, for necessária a retirada de tal vestimenta para a utilização de equipamentos de segurança, como capacete, quem deve ceder é o trabalhador;
- (vi) exibição de símbolos religiosos no local de trabalho: em princípio, poderia ser permitido, à exceção de prejudicar, por exemplo, os negócios da empresa perante

⁴⁹⁷ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de - *Direito do Trabalho*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. (Manuais Universitários). p. 153-155.

clientes de outras religiões, por exemplo, crucifixo ou véu islâmico em vendedores de lojas que atendem clientelas diversas e/ou de religiões opostas.

A ponderação e balanceamento, dentro dos princípios da razoabilidade, boa-fé contratual e não discriminação é a solução defendida por MENEZES LEITÃO⁴⁹⁸, que afirma:

“Independentemente do direito que o trabalhador tem de observar a sua própria religião, qualquer que ela seja (art. 41º CRP), o qual não pode ser afectado pelo contrato de trabalho, haverá naturalmente alguns condicionalismos à prática religiosa no local de trabalho, não podendo o trabalhador prejudicar os objetivos visados pelo contrato, ao sobrepor-lhe a sua prática religiosa ou os fins da sua religião, designadamente procurando fazer propaganda religiosa no local de trabalho, ou abster-se de trabalhar por motivos religiosos. Por força do princípio da boa-fé, deve, porém, considerar-se que o empregador terá o dever de tolerar a prática religiosa do trabalhador que não prejudique a laboração, aqui se incluindo a utilização de símbolos religiosos, a interrupção do trabalho por breves momentos para a oração dessa hora, ou o fornecimento de comida nas cantinas que não infrinja deveres religiosos. De acordo com o princípio da igualdade e não discriminação, nenhum trabalhador pode ser discriminado no acesso a uma profissão ou no seu exercício por força das suas convicções religiosas. Haverá, no entanto, que estabelecer algumas restrições no caso das empresas religiosas. Assim, por exemplo, poderão as escolas religiosas exigir que o professor de religião e moral professe a religião seguida na escola, dado que o ensino religioso perde credibilidade se for ministrado por quem não professe essa religião. Mas já não parece admissível que escolas ou universidades pertencentes a igrejas pretendam que os professores de outras disciplinas professem a sua religião”.

Uma vez mais, é a sensatez e a leitura da situação de forma global – levando-se em conta os diversos direitos que se encontram presentes e aqueles que, no caso específico, possuem maior valor – que devem prevalecer na análise de casos concretos.

4.4.7 Controlo por meio de câmeras televisivas (videovigilância) e direito à imagem

Os meios tecnológicos atuais permitem uma diversidade de formas de controlo que podem ser utilizadas pelo empregador tanto para fins de salvaguarda de seu patrimônio quanto para o exercício do poder de fiscalização.

A utilização de meios de videovigilância no ambiente de trabalho é, sem dúvida, um mecanismo que permite um “elevado grau de controlo e de intrusão na privacidade dos trabalhadores, possibilitando que sejam vigiados seus gestos e movimentos, a forma como é prestado o trabalho, a criação de perfis e hábitos de trabalho”⁴⁹⁹.

No contexto da compatibilização entre os direitos de personalidade do trabalhador e o direito de controlo por parte do empregador, trata-se de outro problema ou questão de elevada

⁴⁹⁸ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de - *Direito do Trabalho*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. (Manuais Universitários). p. 153-154.

⁴⁹⁹ GUERRA, Amadeu - *A privacidade no local de trabalho: as novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados. Uma abordagem ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 333.

repercussão e interesse práticos tanto no ordenamento brasileiro quanto no português. Nesse sentido, afirma ARI POSSIDONIO BELTRAN⁵⁰⁰ em relação à questão no Brasil:

“A questão é muito bem suscitada quando afirma-se que ‘a instalação de equipamentos audiovisuais (circuito interno de vídeo ou televisão e escutas) é prática comum entre as empresas brasileiras, que não encontra óbices na legislação infraconstitucional. A polêmica diz respeito à invasão da intimidade e da vida privada do empregado constantemente ‘filmado’ ou ‘ouvido’”.

Não há legislação específica no Direito trabalhista brasileiro que proíba ou autorize a existência de câmeras de filmagem dentro da empresa, mas a regra geral prevista no artigo 5º, inciso X, da CRFB⁵⁰¹, garante aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à intimidade, vida privada e imagem.

Contudo existe construção de entendimento doutrinário e jurisprudencial que analisa a situação, sob a ótica do direito constitucional, à privacidade/intimidade em contraposição ao direito de fiscalização do empregador.

Fato é que, apesar do direito do empregado à intimidade e preservação de sua imagem, no contexto da relação empregatícia, o empregador possui o poder diretivo e de fiscalização que lhe é inerente e, nesse sentido, em algumas situações esse poder diretivo e de fiscalização deve conviver com esse direito à intimidade/privacidade do empregado.

Portanto, em relação à filmagem no ambiente de trabalho, sopesando ambos os princípios e direitos (intimidade *versus* poder do empregador ou poder empregatício), a doutrina e a jurisprudência brasileiras têm, de forma geral, considerado válidas as filmagens no ambiente de trabalho desde que:

- (i) não ocorram em ambientes privados, tais como banheiros, vestuários, refeitórios *etc.*;
- (ii) que os empregados tenham prévia ciência de que existem câmeras de filmagem instaladas na empresa e os locais onde elas estão disponíveis.

Vejamos um julgado a respeito que comprova entendimento antigo e já consolidado sobre o tema:

“EMENTA: DANO MORAL – VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE DO FUNCIONÁRIO. A instalação de câmera no local de trabalho, com prévia ciência dos empregados, cientes inclusive onde estão, por medida de segurança patrimonial de todos, não ofende o direito à inviolabilidade da intimidade assegurado no inciso X do

⁵⁰⁰ BELTRAN, Ari Possidonio - *Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais*. São Paulo: LTr, 2002. p. 215-216.

⁵⁰¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

art. 5o., da Constituição da República”.⁵⁰² (Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, processo n. 01288-2002-106-03-00-0 RO (RO - 4165/03), órgão julgador Segunda Turma, Relator José Maria Caldeira, Revisor Convocada Cristina M. Valadares Fenelon, Vara de Origem 27ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, publicação 07/05/2003, divulgação 06/05/2003, DJMG, página 12.)

No mesmo sentido, afirma a doutrina, *litteris*:

“(…) a afronta aos princípios e regras constitucionais de tutela à privacidade e à intimidade das pessoas que trabalham no respectivo estabelecimento empresarial é manifesta em tal situação aventada (banheiros, vestiários e similares), ensejando a indenização pertinente (art. 5º, V e X, CF/88). A jurisprudência, de maneira geral, também tem considerada abusiva a inserção dessas câmaras televisivas em refeitórios. Entretanto, tem-se considerado lícita a instalação de tais câmaras de segurança em outros sítios do estabelecimento, tais como portarias, pátios, corredores, locais de trabalho e similares. Afinal, o princípio da tutela à segurança é genérico, favorecendo não só o empregado, mas também o empregador (art. 5º, caput; também Preâmbulo da CF/88)”.⁵⁰³

Constata-se, do exposto acima, que o desrespeito a tais preceitos pode ocasionar condenação da empresa em danos morais em favor dos trabalhadores.

Em Portugal, o entendimento é semelhante. Não obstante, de forma mais avançada do que no Brasil, a legislação trabalhista preceitua, expressamente, no artigo 20º⁵⁰⁴ do CTP a questão. Como assevera AMADEU GUERRA⁵⁰⁵, o citado dispositivo legal contém alguns princípios que devem ser observados, quais sejam:

- (i) o sistema de vigilância não pode ser usado para o controlo de desempenho profissional do trabalhador, sob pena de ser considerado meio desproporcionado e excessivo às suas finalidades;

⁵⁰² ACÓRDÃO do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região de 07.05.2003 no processo n. 01288-2002-106-03-00-0 RO (RO - 4165/03) (José Maria Caldeira) [Em linha]. [Consult. 13 out. 2019]. Disponível em WWW:trt3.jus.br

⁵⁰³ DELGADO, Mauricio Godinho - *Curso de Direito do Trabalho*. 17.ª ed., rev., atual., ampl. São Paulo: LTr, 2018. p. 764.

⁵⁰⁴ “**ARTIGO 20º Meios de vigilância a distância**

1 – O empregador não pode utilizar meios de vigilância a distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador.

2 – A utilização de equipamento referido no número anterior é lícita sempre que tenha por finalidade a proteção e segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade o justifiquem.

3 – Nos casos previstos no número anterior, o empregador informa o trabalhador sobre a existência e finalidade dos meios de vigilância utilizados, devendo nomeadamente afixar nos locais sujeitos os seguintes dizeres, consoante os casos: «Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão» ou «Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão, procedendo-se à gravação de imagem e som», seguido de símbolo identificativo.

4 – Constitui contraordenação muito grave a violação do disposto no n.º 1 e constitui contraordenação leve a violação do disposto no n.º 3. Artigo 21.º Utilização de meios de vigilância a distância.” (LEI n.º 7/2009 - Código do Trabalho [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>).

⁵⁰⁵ GUERRA, Amadeu - *A privacidade no local de trabalho: as novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados. Uma abordagem ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 363.

- (ii) exceção a isso é o caso em que tal meio é necessário para garantir a segurança de pessoas e bens, evitando anomalias; e
- (iii) sempre deverá haver informação prévia para os trabalhadores a respeito da existência de sistema de filmagem de som e imagem no local.

A respeito dessa informação prévia nos locais de trabalho onde existe filmagem, a legislação de Portugal recomenda, expressamente, que existam os seguintes dizeres, seguidos de símbolo identificativo:

“Artigo 20. [...] 3 - [...] «Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão» ou «Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão, procedendo-se à gravação de imagem e som» [...].”⁵⁰⁶

Interessante notar que o artigo 19º, 2, d, da Lei n.º 58/2019⁵⁰⁷, que assegura a execução, em Portugal, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, determina que câmeras de videovigilância não podem incidir sobre o “interior de áreas reservadas aos trabalhadores, designadamente zonas de refeição, vestiários, ginásios, instalações sanitárias e zonas exclusivamente afetas ao seu descanso”.

Dissertando a respeito do tema em Portugal, leciona TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA⁵⁰⁸ que:

“A videovigilância por razões de segurança ou protecção de pessoas e bens, na medida em que implica o tratamento de dados pessoais através da imagem e do som captados, supondo uma restrição aos direitos fundamentais, principalmente à autodeterminação informativa dos trabalhadores, tem de ser entendida num sentido bastante restrito e limitado aos casos em que exista uma necessidade real de segurança, atendendo à qualidade intrínseca dos bens que hão-de ser protegidos e das tarefas em concreto.”

Em nossa atividade profissional, orientamos nossos clientes a assinarem com os seus empregados o seguinte TERMO DE CIÊNCIA, consoante modelo abaixo:

TERMO DE CIÊNCIA – CÂMERAS DE FILMAGEM

Termo de ciência e outras avenças que entre si fazem, de um lado,	_____,	
doravante denominado	EMPREGADORA	e, de outro,

⁵⁰⁶ LEI n.º 7/2009 - Código do Trabalho [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>

⁵⁰⁷ LEI n.º 58/2019 - Assegura a execução do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016 [Em linha]. [Consult. 16 jan. 2020]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/123815982/details/normal?q=lei+n.+58%2F2019>

⁵⁰⁸ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites de poder de controlo electrónico do empregador*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 516.

_____, doravante designado EMPREGADO, mediante as seguintes condições:

Considerando que:

- a) O EMPREGADOR instalou câmeras de segurança em algumas localidades na planta industrial/fábrica onde o EMPREGADO labora;
- b) A medida em referência visa zelar pelo patrimônio da empresa e segurança de seus empregados e colaboradores, respeitando o direito à intimidade e privacidade de todos;

Resolvem as partes estipularem as seguintes regras e condições para sua utilização:

1. O EMPREGADO declara ter ciência da existência de câmeras de filmagens instaladas em áreas não privativas da fábrica.
2. O EMPREGADOR declara que a instalação das mesmas foi necessária para segurança dos próprios empregados e colaboradores, bem como para zelar pelo patrimônio da empresa, sendo preservada a intimidade/privacidade dos empregados.
3. As partes declaram que não houve instalação de câmeras em áreas privativas, tais como banheiros e vestiários.

_____, ____ de _____ de _____.

EMPREGADOR

EMPREGADO

TESTEMUNHAS: (2) _____

Tal documento comprovará que o empregador deu ciência prévia aos empregados a respeito da filmagem e reforça, ainda, as finalidades lícitas do sistema de videovigilância, respeitando a intimidade dos trabalhadores.

Necessário notar, ademais, que, quanto à utilização de sua imagem pelo empregador, o empregado, como detentor da mesma, pode autorizá-la previamente, inclusive para fins comerciais. Entretanto, sem expressa e anterior anuência do empregado, a sua imagem não pode ser utilizada ou divulgada pelo empregador, seja para fins comerciais, seja para outras finalidades.

Nesse viés, citamos interessante consulta formulada por determinado cliente em que pretendia, em uma reunião com diversos trabalhadores sobre o tema segurança no trabalho, exibir um vídeo contendo filmagem de diversos empregados, no ambiente de trabalho, que descumpriram normas de segurança para que houvesse o estudo de casos e discussão sobre aspectos de prevenção.

Embora o objetivo da empresa, naquela oportunidade, fosse louvável, qual seja, ilustrar com imagens reais da empresa questões ligadas ao dia a dia dos trabalhadores e à segurança da empresa, com o fim de prevenção, certamente a veiculação de imagem de trabalhadores, mesmo que internamente, mas sem a prévia autorização dos mesmos, poderia gerar algum constrangimento. De fato, as imagens que seriam exibidas demonstrariam eventuais *erros* e *acertos* dos próprios trabalhadores, no dia a dia da empresa, em relação à normas e diretrizes internas da empresa sobre procedimentos de segurança.

A orientação concedida à empresa, naquela oportunidade, para evitar violação ao direito de imagem dos trabalhadores foi:

- (i) ou que a empresa providenciasse a prévia e escrita autorização de cada um dos trabalhadores que apareciam no vídeo, para a sua exibição no treinamento, caso os trabalhadores envolvidos assim consentissem;
- (ii) ou que a empresa inserisse uma técnica de *borrar* o rosto dos trabalhadores que apareciam no vídeo (como ocorre, comumente, em reportagens divulgadas na televisão em que os interlocutores não querem a exposição de sua imagem), de forma a preservar a imagem deles.

Tendo a empresa optado pela segunda solução, o curso de treinamento realizado sobre normas de segurança do trabalho foi um sucesso, tendo atingido seu objetivo de prevenção, sem maiores transtornos.

4.4.8 Proteção de dados pessoais dos empregados: o Regulamento Geral de Proteção de Dados na Europa e a Lei Geral de Proteção de dados pessoais no Brasil

O empregado, ao ser contratado, deve fornecer ao empregador diversas informações completas para além do seu nome, incluindo endereço, dados familiares, número de documentos de identificação, dados bancários, número do telefone pessoal, entre outros.

Tais informações são necessárias para que o empregador cumpra diversas obrigações legais, como proceder ao registro do empregado, efetuar o recolhimento de encargos devidos, fornecer informações para os órgãos de fiscalização e proteção, quando necessário, fazer o pagamento do salário em conta indicada pelo trabalhador ou outra.

Contudo também aqui a razoabilidade na utilização dos referidos dados e o respeito aos dados pessoais dos trabalhadores deve prevalecer como diretiva maior, sendo que o empregador só poderá utilizar-se de referidas informações para as finalidades legais e no contexto da relação de emprego.

Assim é que seria abusivo ou ilícito se o empregador fizesse uso do nome (e, também, a imagem, consoante será visto adiante) do empregado, sem sua expressa autorização, para alguma publicidade sobre a empresa. Outro exemplo que poderia ocasionar danos ao empregado e direito a ser indenizado pelo empregador é a divulgação de dados contratuais daqueles para terceiros, como a venda de tais dados para empresas de *call center*, bancos, empresas de crédito, *etc.*

A questão perpassa, inicialmente, os preceitos constitucionais que, tanto em Portugal quanto no Brasil, protegem os dados pessoais dos cidadãos, sendo que a CRP, em seu artigo 35º, no item 2, declara que a lei garante a proteção dos dados pessoais, designadamente através de entidade administrativa independente e, no item 3, destaca que “a informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista em lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis”.

No Brasil, a CRFB também protege os dados pessoais, ainda que em preceitos esparsos, consoante pode-se observar da leitura conjunta do artigo 5º, incisos X a XII e LXXII⁵⁰⁹.

A questão, ainda, quanto aos aspectos legais na União Europeia, passa pelo alcance e preceitos estipulados no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD).

Com propriedade, “o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) (UE) 2016/679 é um regulamento do direito europeu sobre privacidade e proteção de dados pessoais, aplicável a todos os indivíduos na União Europeia e Espaço Económico Europeu que foi criado em 2018”⁵¹⁰.

⁵⁰⁹ “Art. 5º (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (...); LXXII - conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.” (CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm.)

⁵¹⁰ REGULAMENTO (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) [Em linha]. [Consult. 16 set. 2019]. Disponível em WWW: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>

Referido regulamento entrou em vigor em 25 de maio de 2018 – sendo vinculativo e aplicável a todos os Estados-membros⁵¹¹ – e revogou a antiga Diretiva de Proteção de Dados Pessoais (95/46/CE). A respeito da aplicabilidade direta e imediata dos preceitos relativos a direitos, liberdades e garantias dispõe o artigo 18º da CRP no sentido de que tais preceitos, além de serem directamente aplicáveis, vinculam as entidades públicas e privadas. Adicionalmente ao artigo 18º, o artigo 8º da CRP explicita que “as normas e princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português” e, ainda, “as disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”.

O regulamento citado, portanto, destina-se a todas as empresas que operem no espaço da União Europeia, mesmo que seu país de origem seja outro, e disciplina a forma como os dados pessoais devam ser tratados, de maneira a preservar sua privacidade e sua não divulgação, exceto se houver autorização de tais dados pessoais por seu proprietário.⁵¹²

Interessante notar que, no referido regulamento, no item 4 dos *Considerandos*⁵¹³, há menção expressa ao fato de que o direito à proteção de dados pessoais não é absoluto, devendo

⁵¹¹ “O regulamento é um acto legislativo da União Europeia, que se torna imediatamente executivo à lei em todos os Estados-Membros em simultâneo. O regulamento pode ser distinguido das directivas que, pelo menos em princípio, têm de ser transpostas para a legislação nacional. Nos termos da Constituição Europeia os regulamentos tornar-se-iam conhecidos como “leis europeias”, mas esta proposta foi, entretanto, abandonada.” (*Ibidem*).

⁵¹² *Ibidem*.

⁵¹³ “REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) (Texto relevante para efeitos do EEE)
O PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA,
Tendo em conta o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nomeadamente o artigo 16.o,
Tendo em conta a proposta da Comissão Europeia,
Após transmissão do projeto de ato legislativo aos parlamentos nacionais,
Tendo em conta o parecer do Comité Económico e Social Europeu (1),
Tendo em conta o parecer do Comité das Regiões (2),
Deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário (3),
Considerando o seguinte:
[...] 4. O tratamento dos dados pessoais deverá ser concebido para servir as pessoas. O direito à proteção de dados pessoais não é absoluto; deve ser considerado em relação à sua função na sociedade e ser equilibrado com outros direitos fundamentais, em conformidade com o princípio da proporcionalidade. O presente regulamento respeita todos os direitos fundamentais e observa as liberdades e os princípios reconhecidos na Carta, consagrados nos Tratados, nomeadamente o respeito pela vida privada e familiar, pelo domicílio e pelas comunicações, a proteção dos dados pessoais, a liberdade de pensamento, de consciência e de religião, a liberdade de expressão e de informação, a liberdade de empresa, o direito à ação e a um tribunal imparcial, e a diversidade cultural, religiosa e linguística.” (REGULAMENTO (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) [Em linha]. [Consult. 16 set. 2019]. Disponível em WWW: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>).

ser equilibrado com outros direitos fundamentais, em conformidade com o princípio da proporcionalidade.

Há alguns princípios gerais relativos ao tratamento de dados pessoais que foram estabelecidos no artigo 5º do RGPD.⁵¹⁴ Assim, de forma geral, os dados pessoais:

- (i) devem ser objeto de tratamento lícito, leal e transparente em relação ao seu titular pelo responsável pelo seu tratamento;
- (ii) devem ser recolhidos para finalidades determinadas, legítimas e explícitas, não podendo haver tratamento posterior em desconformidade com tais finalidades;
- (iii) devem ser limitados, pertinentes e adequados às finalidades para as quais foram tratados (*minimização dos dados*);
- (iv) devem ser exatos e atualizados;
- (v) devem ser conservados de forma a permitir a identificação dos seus titulares durante o período necessário para as finalidades para as quais foram tratados e conservados de forma segura, inclusive contra perda, destruição ou danificação accidental.

Outros direitos do titular de dados estabelecidos no RGPD⁵¹⁵ são:

- (i) o direito de acesso do titular dos dados aos mesmos a qualquer tempo (artigo 15º);
- (ii) o direito de obter do responsável pelo tratamento a necessária retificação dos dados, quando cabíveis, inclusive perante terceiros que, porventura, a eles tenham tido acesso; (artigos 16º e 19º);
- (iii) o direito a que tais dados sejam esquecidos ou apagados quando deixarem de ser necessários para a sua finalidade, forem tratados de forma ilícita, para cumprimento de obrigação jurídica, quando retirado o seu consentimento e não houver outro fundamento para o referido tratamento, *etc.* (artigo 17º: direito ao esquecimento, que será tratado mais detalhadamente no tópico seguinte);
- (iv) direito de limitação do tratamento, nas hipóteses cabíveis (artigo 18º), e direito de portabilidade dos dados (artigo 20º);
- (v) direito de oposição ao tratamento de dados pessoais, de forma a preservar a licitude do seu tratamento (artigo 21º) e direito a não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado de seus dados (artigo 22º).

⁵¹⁴ A respeito, *vide* artigo 5º do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados.

⁵¹⁵ A respeito, *vide* artigos 15 a 22 do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados

Em Portugal, a Lei n.º 58/2019⁵¹⁶ assegura a execução, na ordem jurídica de referido País, do Regulamento (EU) 2016/679, anteriormente citado e que, conforme visto, diz respeito à proteção das pessoas singulares quanto ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Note-se que a Lei n.º 58/2019, em seu artigo 66º, revoga a anterior Lei n.º 67/1998, que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva n. 95/45/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, diploma anterior que regulava a questão no âmbito da União Europeia.

Releva esclarecer que a Lei n.º 58/2019 possui aplicação em todo o território português, não importando a natureza pública ou privada do responsável pelo tratamento de dados. Aplica-se, ainda, aos tratamentos de dados pessoais ocorridos fora do território nacional quando, conforme preconiza o artigo 2º:

- “a) Sejam efetuados no âmbito da atividade de um estabelecimento situado no território nacional; ou
- b) Afetem titulares de dados que se encontrem no território nacional, quando as atividades de tratamento estejam subordinadas ao disposto no n.º 2 do artigo 3.º do RGPD; ou
- c) Afetem dados que estejam inscritos nos postos consulares de que sejam titulares portugueses residentes no estrangeiro”.⁵¹⁷

A legislação acima citada instituiu a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) como a autoridade para fins de controlo nacional da aplicação da referida lei e, ainda, para efeitos do RGPD.

A CNPD, de acordo com o que dispõe o artigo 4º, 1, da Lei n.º 58/2019, é uma entidade administrativa independente, com poderes de autoridade, que funciona junto da Assembleia da República e possui autonomia na esfera financeira e administrativa, sendo personalidade jurídica de direito público. A CNPD, portanto, é o órgão responsável por, além de controlar e fiscalizar o cumprimento da RGPD e das próprias disposições da Lei n.º 58/2019, “defender os direitos, liberdades e garantias das pessoas singulares no âmbito dos tratamentos de dados pessoais” (artigo 4º, 2, da Lei n.º 58/2019).

No âmbito laboral, o artigo 28º da Lei n.º 58/2019, em seus itens 1 a 6, evidencia que o empregador só pode tratar os dados pessoais dos seus trabalhadores para as finalidades e limites impostos pelo CTP e eventual legislação complementar, dispondo, *verbis*:

- “Artigo 28.º
- Relações laborais
- 1 – O empregador pode tratar os dados pessoais dos seus trabalhadores para as finalidades e com os limites definidos no Código do Trabalho e respetiva legislação

⁵¹⁶ LEI n.º 58/2019 - Assegura a execução do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016 [Em linha]. [Consult. 16 jan. 2020]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/123815982/details/normal?q=lei+n.+58%2F2019>

⁵¹⁷ *Ibidem*.

complementar ou noutros regimes setoriais, com as especificidades estabelecidas no presente artigo.

2 – O número anterior abrange igualmente o tratamento efetuado por subcontratante ou contabilista certificado em nome do empregador, para fins de gestão das relações laborais, desde que realizado ao abrigo de um contrato de prestação de serviços e sujeito a iguais garantias de sigilo.

3 – Salvo norma legal em contrário, o consentimento do trabalhador não constitui requisito de legitimidade do tratamento dos seus dados pessoais:

a) Se do tratamento resultar uma vantagem jurídica ou económica para o trabalhador; ou

b) Se esse tratamento estiver abrangido pelo disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD.

4 – As imagens gravadas e outros dados pessoais registados através da utilização de sistemas de vídeo ou outros meios tecnológicos de vigilância à distância, nos termos previstos no artigo 20.º do Código do Trabalho, só podem ser utilizados no âmbito do processo penal.

5 – Nos casos previstos no número anterior, as imagens gravadas e outros dados pessoais podem também ser utilizados para efeitos de apuramento de responsabilidade disciplinar, na medida em que o sejam no âmbito do processo penal.

6 – O tratamento de dados biométricos dos trabalhadores só é considerado legítimo para controlo de assiduidade e para controlo de acessos às instalações do empregador, devendo assegurar-se que apenas se utilizem representações dos dados biométricos e que o respetivo processo de recolha não permita a reversibilidade dos referidos dados”.⁵¹⁸

Por sua vez, quanto aos dados relativos à saúde e dados genéticos, o artigo 29º da Lei n.º 58/2019⁵¹⁹, de forma resumida, dispõe que:

- (i) o acesso a tais dados só deve ocorrer de acordo com o princípio da necessidade de conhecer a informação;
- (ii) deve ser feito por profissional comprometido com a confidencialidade de tais dados, assegurando-se medidas adequadas para evitar seu vazamento e garantindo a seu titular direito de ser notificado sobre qualquer acesso ocorrido a eles.

O desrespeito ao sigilo e confidencialidade de dados relativos à saúde e dados genéticos pode ocasionar a responsabilidade civil do responsável por eventuais danos causados ao titular em decorrência de tal descumprimento⁵²⁰, além de constituir contraordenação punível com prisão de até 1 ano ou pena de multa de até 120 dias se, obrigado a sigilo profissional nos termos da lei e sem o devido consentimento, o responsável pelo tratamento revelar ou divulgar, no todo ou em parte, referidos dados pessoais⁵²¹.

⁵¹⁸ LEI n.º 58/2019 - Assegura a execução do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016 [Em linha]. [Consult. 16 jan. 2020]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/123815982/details/normal?q=lei+n.+58%2F2019>

⁵¹⁹ *Ibidem*.

⁵²⁰ A respeito, *vide* artigo 33º da Lei n.º 58/2019.

⁵²¹ A respeito, *vide* artigo 51º da Lei n.º 58/2019.

Além do exposto acima, há dispositivo legal específico sobre o tema no artigo 17º⁵²² do CTP. Referido artigo destaca que o empregador não pode exigir do trabalhador ou candidato a emprego dados pessoais ou informações que dizem respeito: (i) à sua vida privada, exceto se necessárias para verificação da aptidão quanto ao contrato e desde que lhe seja fornecida a fundamentação para tanto, de forma escrita; e (ii) à sua saúde ou estado de gravidez, ressalvadas as hipóteses das exigências inerentes à atividade que vai desempenhar e, também, desde que lhe seja fornecida a fundamentação para tanto, de forma escrita. Nessa hipótese, somente o médico terá acesso a tais informações, limitando-se a informar ao empregador se o empregado está, ou não, APTO para o trabalho.

O nome e demais dados contratuais do empregado, portanto, devem ser protegidos pelo empregador e utilizados para finalidades específicas do contrato de trabalho. O trabalhador pode ter acesso a eles, exigir atualização e retificação, ter conhecimento a respeito dos fins a que se destinam. Logo, todos os ficheiros e acessos informáticos utilizados pelo empregador devem se sujeitar à legislação em vigor relativa à proteção de dados pessoais.

Em comentário a respeito do artigo 17º do CTP acima referido e comparando-o com as disposições presentes no artigo 16º⁵²³ que tratam da reserva da intimidade da vida privada de forma geral, destaca QUINTAS⁵²⁴, citando DRAY:

⁵²² “**ARTIGO 17º – Protecção de dados pessoais**

- 1 - O empregador não pode exigir a candidato a emprego ou a trabalhador que preste informações relativas:
 - a) À sua vida privada, salvo quando estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar a respectiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação;
 - b) À sua saúde ou estado de gravidez, salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação.
- 2 - As informações previstas na alínea b) do número anterior são prestadas a médico, que só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto a desempenhar a actividade.
- 3 - O candidato a emprego ou o trabalhador que haja fornecido informações de índole pessoal goza do direito ao controlo dos respectivos dados pessoais, podendo tomar conhecimento do seu teor e dos fins a que se destinam, bem como exigir a sua rectificação e actualização.
- 4 - Os ficheiros e acessos informáticos utilizados pelo empregador para tratamento de dados pessoais do candidato a emprego ou trabalhador ficam sujeitos à legislação em vigor relativa à protecção de dados pessoais.
- 5 - Constitui contra-ordenação muito grave a violação do disposto nos n.os 1 ou 2.” (LEI n.º 7/2009 - Código do Trabalho [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>).

⁵²³ “**ARTIGO 16.º – Reserva da intimidade da vida privada**

- 1 - O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada.
- 2 - O direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afectiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas.” (LEI n.º 7/2009 - Código do Trabalho [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>).

⁵²⁴ QUINTAS, Paula - *Os direitos de personalidade consagrados no código do trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado: direitos (des) figurados*. Coimbra: Almedina, 2013.p. 283, citando MACHADO DRAY, Guilherme - *Código do Trabalho Anotado*. 7.ª ed. p. 147.

“Segundo Machado Dray, ‘II. Ao passo que o artigo anterior consagra a regra geral de direito à reserva da intimidade da vida privada, proscrevendo o acesso não autorizado e a divulgação ilícita de aspetos relativos à esfera pessoal das partes (empregador e trabalhador), o art. 17º, disciplina, apenas, as situações em que o empregador solicita ao trabalhador ou ao candidato a emprego informações relativas à respetiva vida privada, regulando por outro lado o regime da protecção dos dados pessoais que hajam sido fornecidos ao empregador. O âmbito de aplicação pessoal é mais vasto do que o artigo anterior: para além de abranger as partes do contrato de trabalho – trabalhador e empregador – o (art. 17º) abrange também o candidato a emprego, ou seja, aquele que se relaciona com o empregador nas preliminares da formação contratual, tendo em vista aceder ao emprego. Ficam sob a alçada do preceito, consequentemente, todos os atos e negócios jurídicos que integram as preliminares da formação do contrato de trabalho, nomeadamente provas de seleção prestadas no âmbito de concursos públicos e contratos-promessa de trabalho”.

Relevante destacar, ainda, que a legislação portuguesa dá tratamento especial à protecção de dados biométricos do trabalhador.

Ora, os dados biométricos são definidos no artigo 4º do RGPD⁵²⁵ e são:

“(…) dados pessoais resultantes de um tratamento técnico específico relativo às características físicas, fisiológicas ou comportamentais de uma pessoa singular que permitam ou confirmem a identificação única dessa pessoa singular, nomeadamente imagens faciais ou dados dactiloscópicos”.

Exemplos de dados biométricos de uma pessoa são sua retina, íris, impressão digital e voz, que podem ser utilizados para controlo de acesso à empresa, abertura de cofres, a áreas mais sensíveis da empresa, à utilização de computadores, entre outros. No ambiente empresarial, tais dados têm sido utilizados, porque constituem um método mais seguro do que os métodos tradicionais de utilização de senhas.⁵²⁶

Em virtude das questões que envolvem o direito de personalidade do trabalhador, o CTP dedica um artigo a regular a utilização dos dados biométricos no ambiente de trabalho, destacando que:

- (i) o tratamento de dados biométricos só é permitido se os dados a utilizar forem necessários, adequados e proporcionais aos objetivos a atingir (artigo 18º, 2);
- (ii) os dados biométricos são conservados durante o período necessário para a prossecução das finalidades do tratamento a que se destinam, devendo ser destruídos no momento da transferência do trabalhador para outro local de

⁵²⁵ REGULAMENTO (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Protecção de Dados) [Em linha]. [Consult. 16 set. 2019]. Disponível em WWW: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>

⁵²⁶ A respeito, vide MENEZES CORDEIRO, António - *Direito do Trabalho. 1º volume. Direito europeu, Dogmática geral, Direito Coletivo*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 571.

trabalho ou da cessação do contrato de trabalho (artigo 18º, 3), sendo contra-ordenação grave a violação a esse dispositivo (artigo 18º, 5).

Tal dispositivo legal deve ser lido em conjunto com as disposições da Lei n. 58/2019⁵²⁷, que, em seu artigo 28, 6, destaca: “o tratamento de dados biométricos dos trabalhadores só é considerado legítimo para controlo de assiduidade e para controlo de acessos às instalações do empregador”.

Portanto, o tratamento de dados pessoais do trabalhador, incluindo nome, dados contratuais e, também, outros dados, como de saúde e biométricos, possui uma relevância grande no âmbito trabalhista, devendo ser utilizados nos limites de suas finalidades e preservados de divulgação não autorizada para terceiros, justamente por envolverem questões e dados íntimos e privados do trabalhador.

O Brasil, inspirado na legislação europeia geral acima citada, sancionou a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD),⁵²⁸ qual seja, Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018. Referida legislação possui por objetivo a proteção de dados pessoais, de forma geral, regulamentando seu devido tratamento por pessoas naturais ou por pessoas jurídicas, de direito público ou privado, para fins de proteger os direitos fundamentais de liberdade e privacidade, bem como o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

De modo semelhante ao que ocorre no âmbito europeu, no Brasil, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República – será responsável para, entre outras coisas, zelar pela proteção dos dados pessoais, nos termos da legislação.

Note-se que, quanto aos dados biométricos, eles são protegidos expressamente, da mesma forma como ocorre na legislação portuguesa, sendo que o artigo 5º da Lei n.º 13.709/2018⁵²⁹ destaca que:

“(…) considera-se dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”.

⁵²⁷ LEI n.º 58/2019 - Assegura a execução do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016 [Em linha]. [Consult. 16 jan. 2020]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/123815982/details/normal?q=lei+n.+58%2F2019>

⁵²⁸ LEI n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) [Em linha]. [Consult. 16 set. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm

⁵²⁹ LEI n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) [Em linha]. [Consult. 16 set. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm

O artigo 2º⁵³⁰ da referida lei informa que a proteção dos dados pessoais possui os seguintes fundamentos: respeito à privacidade; à autodeterminação informativa; à liberdade de expressão, informação, comunicação e opinião; a inviolabilidade da intimidade, honra e imagem; o desenvolvimento económico e tecnológico e inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

A proteção aos dados pessoais dos empregados (nome e demais dados contratuais, incluindo dados relativos à sua saúde) é também uma realidade em virtude das próprias disposições do artigo 5º, *caput* e inciso X, da CRFB, que tutelam a privacidade e segurança, de forma geral.

Por fim, interessante notar que, quanto a dados relativos à remuneração, no Brasil existe previsão expressa, como aponta MAURICIO GODINHO DELGADO⁵³¹, que permite, em virtude da denominada Lei da Transparência⁵³², a “divulgação e sítios de amplo acesso, tais como a internet, das informações específicas acerca da remuneração dos servidores públicos em geral, mesmo os celetistas, inclusive a referência ao nome, cargo e respectiva folha de pagamento salarial”.

Contudo, como destaca o jurista, “mesmo na área pública, em que há regra explícita nesse sentido, tal divulgação não pode expor a pessoa específica, sua privacidade e segurança”⁵³³; assim, a divulgação deve também preservar a pessoa natural, “sem sua exposição manifesta e direta, indicando, por exemplo, apenas o cargo ou emprego, a matrícula e o respectivo subsídio ou remuneração”⁵³⁴.

4.4.9 Respeito ao direito do empregado ao esquecimento quanto aos seus dados pessoais

Tema relacionado à proteção de dados pessoais diz respeito ao direito do empregado ao esquecimento.

O RGPD⁵³⁵, em seus *Considerandos*, nos itens 65 e 66, assim dispõe:

⁵³⁰ A respeito, *vide* artigo 2º da Lei n.º 13.709/2018.

⁵³¹ DELGADO, Mauricio Godinho - *Curso de Direito do Trabalho*. 17.ª ed., rev., atual., ampl. São Paulo: LTr, 2018. p. 769.

⁵³² LEI n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011 - Lei de acesso à informação [Em linha]. [Consult. 16 set. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm

⁵³³ DELGADO, Mauricio Godinho - *Curso de Direito do Trabalho*. 17.ª ed., rev., atual., ampl. São Paulo: LTr, 2018. p. 769.

⁵³⁴ *Ibidem*.

⁵³⁵ REGULAMENTO (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) [Em linha]. [Consult.

“(65) Os titulares dos dados deverão ter direito a que os dados que lhes digam respeito sejam retificados e o «direito a serem esquecidos» quando a conservação desses dados violar o presente regulamento ou o direito da União ou dos Estados-Membros aplicável ao responsável pelo tratamento. Em especial, os titulares de dados deverão ter direito a que os seus dados pessoais sejam apagados e deixem de ser objeto de tratamento se deixarem de ser necessários para a finalidade para a qual foram recolhidos ou tratados, se os titulares dos dados retirarem o seu consentimento ou se opuserem ao tratamento de dados pessoais que lhes digam respeito ou se o tratamento dos seus dados pessoais não respeitar o disposto no presente regulamento. Esse direito assume particular importância quando o titular dos dados tiver dado o seu consentimento quando era criança e não estava totalmente ciente dos riscos inerentes ao tratamento, e mais tarde deseje suprimir esses dados pessoais, especialmente na Internet. O titular dos dados deverá ter a possibilidade de exercer esse direito independentemente do facto de já ser adulto. No entanto, o prolongamento da conservação dos dados pessoais deverá ser efetuado de forma lícita quando tal se revele necessário para o exercício do direito de liberdade de expressão e informação, para o cumprimento de uma obrigação jurídica, para o exercício de funções de interesse público ou o exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento, por razões de interesse público no domínio da saúde pública, para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, ou para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.

(66) Para reforçar o direito a ser esquecido no ambiente por via eletrónica, o âmbito do direito ao apagamento deverá ser alargado através da imposição ao responsável pelo tratamento que tenha tornado públicos os dados pessoais da adoção de medidas razoáveis, incluindo a aplicação de medidas técnicas, para informar os responsáveis que estejam a tratar esses dados pessoais de que os titulares dos dados solicitaram a supressão de quaisquer ligações para esses dados pessoais ou de cópias ou reproduções dos mesmos. Ao fazê-lo, esse responsável pelo tratamento deverá adotar as medidas que se afigurarem razoáveis, tendo em conta a tecnologia disponível e os meios ao seu dispor, incluindo medidas técnicas, para informar do pedido do titular dos dados pessoais os responsáveis que estejam a tratar os dados”.

Em complemento, o artigo 17º do RGPD destaca que o direito do titular ao apagamento dos dados pelo responsável pelo tratamento deve ocorrer, sem demora injustificada, nas seguintes hipóteses:

- a) quando os respectivos dados deixarem de ser necessários para a finalidade que subsidiou a recolha e tratamento dos mesmos (artigo 17º, 1, a);
- b) quando o titular retirar seu consentimento e não existir outro fundamento jurídico para o tratamento dos mesmos (artigo 17º, 1, b);
- c) quando o titular se opuser ao tratamento dos mesmos e não existirem outros interesses legítimos prevalecentes que o justifique (artigo 17º, 1, c);
- d) quando os dados forem tratados de forma ilícita (artigo 17º, 1, d);
- e) quando envolver cumprimento de obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito (artigo 17º, 1, e); e, por fim;

- f) quando os dados pessoais forem recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação e envolverem crianças (artigo 17º, 1, f, e artigo 8º).⁵³⁶

Do exposto, note-se que, como regra, os dados pessoais devem ser apagados ou esquecidos se deixarem de ser necessários para a finalidade para a qual foram recolhidos ou tratados e, inclusive, se o titular deles retirar seu consentimento a respeito do tratamento dos dados.

Não obstante, é importante salientar que, de acordo com o RGPD, em determinadas hipóteses, esse direito ao esquecimento ou direito do titular a ter os seus dados apagados pode ser afastado, por exemplo, quando for necessária sua conservação para preservação de interesses relevantes, como para cumprimento de uma determinada obrigação jurídica, quando envolver interesse público, inclusive para fins de saúde, para preservar o direito à liberdade de expressão e direito à informação, entre outros.⁵³⁷

Dessa forma, observa-se uma necessária ponderação de valores que, em determinadas situações ou hipóteses específicas, mitiga o direito do titular dos dados pessoais quanto ao esquecimento de seus dados pessoais.

No ordenamento jurídico brasileiro, a LGPD, qual seja, a Lei n.º 13.709/2018, também assegura, entre os direitos de seu titular, mediante requerimento, a “anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei” (artigo 18º, inciso IV) e, ainda, a “revogação do consentimento” (artigo 18º, inciso IX).⁵³⁸

Em complemento ao exposto acima, o artigo 15º da Lei n.º 13.709/2018⁵³⁹ assim regula:

“Seção IV

Do Término do Tratamento de Dados

Art. 15. O término do tratamento de dados pessoais ocorrerá nas seguintes hipóteses:

I – verificação de que a finalidade foi alcançada ou de que os dados deixaram de ser necessários ou pertinentes ao alcance da finalidade específica almejada;

II – fim do período de tratamento;

III – comunicação do titular, inclusive no exercício de seu direito de revogação do consentimento conforme disposto no § 5º do art. 8º desta Lei, resguardado o interesse público; ou

⁵³⁶ REGULAMENTO (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) [Em linha]. [Consult. 16 set. 2019]. Disponível em WWW: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>.

⁵³⁷ A respeito, *vide* artigo 17º, item 3, “a” a “e” do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados.

⁵³⁸ LEI n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) [Em linha]. [Consult. 16 set. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm

⁵³⁹ *Ibidem*.

IV – determinação da autoridade nacional, quando houver violação ao disposto nesta Lei.

Art. 16. Os dados pessoais serão eliminados após o término de seu tratamento, no âmbito e nos limites técnicos das atividades, autorizada a conservação para as seguintes finalidades:

I – cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

II – estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

III – transferência a terceiro, desde que respeitados os requisitos de tratamento de dados dispostos nesta Lei; ou

IV – uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiro, e desde que anonimizados os dados”.

Verifica-se que, da mesma forma como visto em outros aspectos já tratados acima, pode haver, na relação que envolve um vínculo empregatício, interesses antagônicos a respeito do tratamento e acesso a dados pessoais do empregado e do próprio direito do titular ao esquecimento dos mesmos.

De um lado, o direito do empregado à intimidade de sua vida privada, incluindo seus dados pessoais, entre eles os relativos à sua saúde. De outro, o interesse do empregador de ter acesso a tais dados, até mesmo os relativos a vínculos de emprego anteriores.

No caso de dados relativos à dependência alcóolica e química, como regra geral, entendemos que o responsável pelo tratamento de dados não pode transferir nem dar acesso a tais dados a terceiros, limitando-se a utilizá-los para fins de tratamento e preservação da segurança e saúde do próprio trabalhador e de terceiros no âmbito da relação empregatícia atual.

Caso tais dados fossem compartilhados com diversos empregadores em potencial, haveria nítido prejuízo do direito do empregado ao esquecimento, impedindo que houvesse eventual superação do problema pretérito pelo trabalhador e recomeço de uma nova página em sua vida.

Entretanto importante salientar que, sob o nosso ponto de vista, existindo justificativa legal ou interesse legítimo superior, pode haver a ponderação concreta dessa regra geral quanto ao direito ao esquecimento em face desses interesses superiores e, desde que com a devida autorização dos órgãos de controle previstos em lei e, eventualmente, com autorização judicial, pode-se mitigar tal regra geral em atendimento ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

4.4.10 Controle de correspondências, inclusive eletrônicas, e telefones

A forma de comunicação entre as pessoas, atualmente, avançou de modo significativo. Antes da era do celular e da internet, a utilização de cartas e correspondências escritas, através

de correios ou o contato por telefone fixo, era a forma mais ágil de nos conectarmos a outras pessoas. Isso, em relação às cartas via correios, poderia levar alguns dias.

Os avanços da tecnologia acarretaram uma mudança completa no tempo e no modo de comunicação das pessoas. Cartas e correspondências escritas dão lugar ao envio de *e-mails*, o telefone fixo quase já não toca mais. Pelo celular, as pessoas são encontradas em quase todos os lugares no mundo, à exceção de poucas e isoladas regiões em que o celular ainda não *pega*.

Tais mudanças, como não poderia deixar de ser, alteraram também a organização no trabalho, dando grande dinamicidade à comunicação e modificando por completo a relação entre as pessoas no ambiente de trabalho. Como reflete JUAN RASO DELGUE⁵⁴⁰, em estudo intitulado *Tecnologías y Aplicaciones ¿Nuevas Categorías para el Derecho del Trabajo?*:

“(…) A partir da difusão e democratização da Web, começará a se desenvolver ao redor de nós um mundo virtual, que transformará nossa cultura, nossos modos de produção, nossos centros de poder (as redes sociais), nossas comunicações (celulares, WhatsApp, computadores pessoais). Hoje o crescimento exponencial do efeito das novas tecnologias golpeou com particular força as relações laborais e aparece uma nova empresa – a *app-empresa*. (tradução nossa).”

Tais alterações trouxeram novas questões à área do Direito que ainda não possuem uma resposta pronta ou cabal, suscitando discussões diversas.

Como refletem RITA CANAS DA SILVA e MARTA SALGADO AREIAS⁵⁴¹, em artigo conjunto intitulado *A Vigilância das Comunicações Electrónicas dos Trabalhadores: Em especial, o Acórdão Barbulescu c. Roménia (2016)*, “o advento das tecnologias de informação trouxe grandes vantagens, e entre elas, novas formas de organizar e de *estar* no trabalho, possibilitando um aumento de produtividade, uma crescente facilidade em aceder à informação e, acima de tudo novas formas de relacionamento”.

Entretanto, como ponderam as autoras, no mesmo compasso dessa evolução tecnológica, surgem ferramentas para o controlo, pelo que “urge regular adequadamente um tal

⁵⁴⁰ No original: “[...] A partir de la difusión y democratización de la web, comenzará a desarrollarse alrededor de nosotros un mundo virtual, que transformará nuestra cultura, nuestros modos de producción, nuestros centros de poder (las redes sociales), nuestras comunicaciones (celulares, whatsapp, computadoras personales). Hoy el crecimiento exponencial del efecto de las nuevas tecnologías ha golpeado con particular fuerza en las relaciones laborales y aparece una nueva empresa – la *app – empresa*.”. DELGUE, Juan Raso - *Tecnologías y Aplicaciones ¿Nuevas Categorías para el Derecho del Trabajo?* In XAVIER, Bernardo da Gama Lobo [et al.], coord. - *Estudos de Direito do Trabalho - Em Homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes*. Porto: Nova Causa Edições Jurídicas, 2017. Parte II. Cap. I, p. 21-43. p. 25.

⁵⁴¹ SILVA, Rita Canas da; AREIAS, Marta Salgado - *A Vigilância das Comunicações Electrónicas dos Trabalhadores: Em especial, o Acórdão Barbulescu c. Roménia (2016)*. In XAVIER, Bernardo da Gama Lobo [et al.] - coord. - *Estudos de Direito do Trabalho - Em Homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes*. Porto: Nova Causa Edições Jurídicas, 2017. Parte II. Cap. XXI, p. 515-541. p. 516.

exercício, sob pena de restrição indevida do direito à reserva da vida privada e do direito à liberdade de expressão”⁵⁴².

Assim, nesse contexto, algumas dúvidas surgem, como: (i) pode o empregador monitorar o *e-mail* corporativo que fornece para o empregado se comunicar?; (ii) pode o empregador gravar as ligações telefônicas realizadas pelo trabalhador com o celular fornecido por ele para o desempenho das atividades laborais?; (iii) pode o empregado ser punido pelo uso indevido de tais ferramentas tecnológicas?

Essas e outras questões têm sido objeto de manifestações diversas da doutrina e jurisprudência e, ainda, mereceram tratamento expresso na legislação de Portugal.

Nesse viés, o artigo 22º do CTP expressa que “o trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso à informação de carácter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através de correio electrónico”.

Em complemento, o item 2 do mesmo dispositivo legal destaca que o empregador, entretanto, pode estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação na empresa.

Da análise dos dispositivos legais acima mencionados, podemos inferir que:

- (i) o empregador, dentro dos poderes que possui quanto à gestão de sua empresa, pode estabelecer regras para utilização dos meios de comunicação fornecidos pela empresa, tais como correios electrónicos e telefones;
- (ii) tais regras, entretanto, devem respeitar premissas chave, que são a confidencialidade do empregado sobre conteúdo de natureza estritamente pessoal que porventura exista em tais mensagens (via correio electrónico ou telefone).

A harmonização entre os poderes do empregador, de um lado, e o direito à confidencialidade do empregado, de outro, foi assim resumida pelo jurista português DRAY⁵⁴³, em estudos doutrinários sobre o tema:

“III. O n.2 do preceito em causa visa repor um justo equilíbrio entre a tutela do direito à confidencialidade de que goza o trabalhador, por um lado, e a liberdade de gestão empresarial, no polo oposto. A reserva da intimidade da vida privada do trabalhador não prejudica a possibilidade de o empregador estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação e das tecnologias de informação e de comunicação manuseados na empresa, nomeadamente através da imposição de limites, tempos de utilização, acessos ou sítios vedados aos trabalhadores. O preceito em causa não estabelece a forma pela qual tais regras devem ser concebidas e comunicadas.

⁵⁴² *Ibidem*.

⁵⁴³ DRAY, Guilherme Machado - *Direitos de Personalidade: anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 88.

Também neste caso (à semelhança do disposto no n. 3 do preceito anterior) vigora o princípio do consensualismo: qualquer meio utilizado será lícito, desde que se revele adequado para que se torne possível o seu conhecimento por parte dos trabalhadores da empresa. Admite-se, porém, que o regulamento da empresa se afigure o meio por excelência a adoptar o efeito”.

No ordenamento juslaboral brasileiro, não há norma expressa a respeito do tema, apesar de se poder utilizar do preceito constitucional previsto no artigo 5º, inciso XII, da CRFB, que estabelece a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, dados e comunicações telefônicas, podendo ser afastada mediante ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.⁵⁴⁴

A despeito de dito preceito constitucional, é fato que o empregador tem o direito de zelar pelo sigilo das informações estratégicas ou confidenciais sobre o exercício de sua atividade empresarial. Outrossim, também responde perante terceiros por danos causados por seus empregados e, nesse sentido, deve ter o direito de exercer seu poder organizativo, de fiscalização e disciplinar quando existir risco de que a correspondência e/ou o telefone da empresa sejam utilizados de forma indevida ou ilícita pelos empregados.

Daí que nos afigura essencial que, no sentido afirmado na legislação laboral portuguesa, haja regras claras e escritas para os trabalhadores a respeito da utilização do *e-mail* e telefone que lhes são disponibilizados por ocasião do contrato de trabalho.

Esse é, inclusive, o posicionamento de TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, para quem, “em primeiro lugar, entende-se que as empresas devem estabelecer políticas claras sobre a utilização destes meios de comunicação”⁵⁴⁵, inclusive quanto ao uso para fins pessoais ou não.

Quanto a tal aspecto, há alguns que defendem, inclusive, ser possível a existência de uma proibição total para fins pessoais, à exceção de situações excepcionais diante de motivos ponderosos. Esse, inclusive, é o posicionamento do autor português JÚLIO GOMES⁵⁴⁶ na obra *Direito do Trabalho*.

De todo modo, existem outras situações que também merecem tratamento diferente em relação ao uso de *e-mail* e telefone no ambiente de trabalho.

⁵⁴⁴ “Art. 5º [...] XII – e inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.” (*Vide* Lei n.º 9.296/1996)”

⁵⁴⁵ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites de poder de controlo electrónico do empregador*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 788.

⁵⁴⁶ GOMES, Júlio - *Direito do Trabalho. Volume I, Relações Individuais de Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 384.

Sobre o tema, FERNANDA NIGRI FARIA⁵⁴⁷, em dissertação de mestrado a respeito do *Poder Diretivo Empresarial e Direitos Constitucionais do Trabalho* e citando outros doutrinadores que lecionam a respeito, analisa as diversas situações. Vejamos:

- (i) Diferente é a solução quando se trata de e-mail ou telefone particular do empregado e quando é e-mail ou telefone para uso profissional fornecido pelo empregador – Sendo o e-mail ou telefone corporativos, pode o empregador deliberar e regulamentar previamente quanto ao seu uso pelo empregado e, inclusive, restringir o uso pessoal. Nessa hipótese, poderá monitorar tais ferramentas de trabalho, considerando que o empregado já estaria ciente de que seu uso é para fins profissionais e, havendo indício de que tais ferramentas estejam sendo utilizadas de forma indevida, poderiam ser objeto de interceptação.

Diversamente, se se trata de e-mail ou telefone particular do empregado, tal monitoramento ou interceptação de seu conteúdo violaria o direito do empregado à intimidade e poderia ser feita nas hipóteses expressamente autorizadas pela Constituição, ou seja, mediante ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.⁵⁴⁸

- (ii) Também diferente é a solução quando o uso do telefone ou correio eletrônico, para uso pessoal ou profissional, ocorre no horário de serviço ou nos horários de descanso – Nesse caso, a autora afirma pela regra geral de impossibilidade de fiscalização pelo empregador sobre as comunicações telefônicas efetuadas pelo empregado em seus horários de pausa e descanso e, quanto ao e-mail, admite eventual quebra de sigilo, mesmo em horários destinados a descanso ou fora do local de trabalho, caso haja indício de práticas ilícitas pelo empregado no uso desses recursos. Em realidade, reforça a autora, “não se trata de entendimento absoluto”⁵⁴⁹.

Em complemento, FARIA cita os ensinamentos de ALICE MONTEIRO DE BARROS⁵⁵⁰, que afirma:

⁵⁴⁷ FARIA, Fernanda Nigri - *Poder Diretivo empresarial e direitos constitucionais do trabalhador*. 134 p. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2008. Dissertação de Mestrado em Direito. p. 118-121.

⁵⁴⁸ A respeito, vide FARIA, Fernanda Nigri - *Poder Diretivo empresarial e direitos constitucionais do trabalhador*. 134 p. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2008. Dissertação de Mestrado em Direito. p. 118-119.

⁵⁴⁹ *Idem*, p. 120.

⁵⁵⁰ BARROS, Alice Monteiro de - *Curso de Direito do Trabalho*. 3.^a ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 592 citada por FARIA, Fernanda Nigri, *op. cit.*, p. 119-120.

“Se o empregado se utiliza, no horário de serviço, do e-mail do empregador (e-mail corporativo) para enviar mensagens particulares, o empregador poderá controlar os sites visitados, como também ter acesso às mensagens eletrônicas enviadas e recebidas. Deverá, entretanto, comunicar ao empregado essa fiscalização, lembrando que o uso do computador dirige-se exclusivamente à atividade funcional. Nesse caso, o poder diretivo justifica a fiscalização, pois o computador constitui instrumento de trabalho.

Mesmo em se tratando de uso de correio eletrônico para fins particulares, disponibilizado pela empresa ao empregado, admitimos a hipótese de o empregador coibir os abusos capazes de sobrecarregar o sistema, como tempo de conexão excessivo, de implicar gastos desnecessários de energia ou de tempo e de disseminar ‘vírus’, além de outros. Nesses casos, o controle deverá limitar-se ao número e aos horários das mensagens, sem incluir o exame de seu conteúdo, salvo autorização judicial. Ainda assim, o empregador deverá agir com moderação, **não tendo a jurisprudência considerado justa causa o fato de o empregado ter-se utilizado de e-mail do empregador no horário do café para fins particulares**”. (grifo nosso)

Uma vez mais, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade devem orientar a análise das situações fáticas, de modo a se encontrar a mais justa solução diante do caso concreto.

Situação recente que vivenciei em minha atividade profissional, ao lado de outros profissionais de advocacia que representavam a empresa, diz respeito a um empregado que, contratado para gerenciar a velocidade da internet e a capacidade do sistema de informática da empresa, possuía acesso aos *e-mails* em geral, com o objetivo estabelecido no contrato.

Não obstante, em virtude de tais acessos, teve contato com *e-mail* de cunho confidencial trocado entre Diretores e Presidência da empresa a respeito de uma lista de empregados que iriam ser dispensados, por necessidade de cortes na empresa devido à diminuição de demanda de clientes. Tal lista acabou sendo divulgada entre diversos empregados, o que gerou uma grande confusão e alarde na empresa.

Para descobrir quem tinha tido acesso à lista (além daquelas poucas pessoas expressamente autorizadas no próprio *e-mail*) e, ainda, quem teria divulgado seu conteúdo, a empresa acabou por realizar a interceptação de *e-mails* profissionais, tendo localizado, por meio de uma empresa de tecnologia de informação especialmente contratada para fazer essa investigação, o responsável pelo acesso e divulgação indevida. Dito empregado, diante de tais fatos, foi dispensado da empresa.

No caso, resta destacar que o *e-mail* era fornecido estritamente para uso profissional, tendo a empresa estabelecido normas prévias com os empregados a respeito de seu monitoramento e uso restrito a esse fim. Havia, ainda, normas expressas sobre documentos confidenciais e sigilosos da empresa. Toda essa regulamentação prévia da empresa, devidamente de conhecimento de todos os empregados, inclusive do empregado envolvido, foi essencial para que se concluísse pela atitude ilícita do empregado e, assim, se aplicasse a devida

punição em virtude de violação às regras da empresa, tanto quanto ao uso do *e-mail*, quanto em relação às mensagens confidenciais da empresa.

De modo geral, em nossa atividade profissional e na orientação de empresas, temos sugerido que se adotem regras claras com os empregados para uso de *e-mails* e telefones corporativos a eles fornecidos. Apresenta-se, a título de exemplo, uma das cláusulas que temos sugerido às empresas incluírem nos contratos de trabalho ou Códigos de Ética e outros regulamentos internos, bem como um modelo de TERMO DE RESPONSABILIDADE em relação às regras de utilização do celular corporativo da empresa:

MODELO DE CLÁUSULA GERAL DE E-MAIL:

X– O Empregado declara ter ciência de que, caso lhe tenha sido fornecido *e-mail* empresarial no ato da admissão, tal é para uso estritamente profissional e que as mensagens trocadas por meio dele pertencem à Empregadora, estando ciente que a empresa se reserva o direito de acesso ao conteúdo de todas as mensagens enviadas por meio do referido *e-mail* empresarial sem que isso se caracterize como qualquer forma de violação à privacidade do Empregado.

Parágrafo único. O descumprimento de tais normas pelo Empregado pode ocasionar aplicação de penalidades pelo Empregador, inclusive eventual justa causa.

TERMO DE RESPONSABILIDADE – TELEFONE CELULAR CORPORATIVO:

Termo de responsabilidade e outras avenças que entre si fazem, de um lado, _____, doravante denominado EMPREGADOR e, de outro, _____, doravante designado EMPREGADO, mediante as seguintes condições:

Considerando que:

- (i) O EMPREGADO recebeu, do EMPREGADOR, um celular corporativo para uso em suas atividades no trabalho;
- (ii) O EMPREGADO tem ciência que, em decorrência de sua disponibilização para o trabalho, referido fornecimento do celular não se constitui salário *in natura*, não integrando e nem repercutindo no cálculo de suas verbas salariais;

Resolvem as partes estipularem as seguintes regras e condições para sua utilização:

1. O EMPREGADO recebeu, do EMPREGADOR, a linha celular de nº _____, bem como o aparelho modelo _____;
2. O EMPREGADO, desde já, tem ciência que deverá usar o celular corporativo para as finalidades exclusivas de trabalho, sendo o mesmo, pois, um instrumento para viabilizar suas atividades no trabalho;

3. O EMPREGADO tem ciência que deverá se responsabilizar pela guarda do referido aparelho, bem como pela correta utilização da linha celular acima mencionada, isentando o EMPREGADOR de qualquer responsabilidade pelo uso indevido do mesmo;
4. O EMPREGADO tem ciência que o celular corporativo é de uso pessoal e intransferível, ficando o mesmo, direta e pessoalmente, responsável por perdas e danos decorrentes do uso indevido do mesmo;
5. O EMPREGADO se compromete a manusear o aparelho com cuidado, evitando exposição a agentes abrasivos e outras substâncias que possam afetar o seu funcionamento;
6. Em caso de perda ou furto do aparelho, compromete-se o EMPREGADO a comunicar tal fato, imediatamente, para o EMPREGADOR e de tomar as providências necessárias tais como, exemplificativamente, a declaração de furto mediante Boletim de Ocorrência;
7. No caso de rescisão do contrato de trabalho do EMPREGADO, o celular corporativo deverá ser devolvido ao EMPREGADOR em perfeito estado de funcionamento, sob pena de desconto do valor relativo ao aparelho modelo nº _____ em suas verbas rescisórias, nos termos do artigo 462 da CLT, o que fica, desde já, autorizado.
8. O EMPREGADO se compromete a, sempre que tiver dúvidas a respeito das regras e limites para a utilização do celular corporativo, consultar o EMPREGADOR, previamente.

_____, ____ de _____ de ____.

EMPREGADOR

EMPREGADO

TESTEMUNHAS (2) _____

A transparência na relação entre empregador e empresa e a existência de normas escritas claras e prévias a respeito da correta utilização de correios eletrônicos e telefones no ambiente laboral é essencial para prevenir litígios e nortear condutas no ambiente corporativo.

4.4.11 Controle de acesso à internet e uso de equipamentos eletrônicos

“A mais nova e talvez a mais espetacular modalidade de comunicação do mundo globalizado é a Internet. De qualquer modo, apresenta inúmeras questões, seja em relações civis, comerciais ou trabalhistas.”⁵⁵¹

A correta utilização da internet e demais equipamentos eletrônicos no ambiente de trabalho também ocasiona algumas questões de ordem prática. Com propriedade, apesar de a internet ter possibilitado “a abertura da empresa às novas realidades da sociedade democrática

⁵⁵¹ BELTRAN, Ari Possidonio - *Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais*. São Paulo: LTr, 2002. p. 217.

em que a << informação >> é determinante para o desenvolvimento”⁵⁵², tal realidade acaba por propiciar conflitos “entre os poderes do empregador e os direitos e liberdades dos trabalhadores”⁵⁵³.

De forma geral, “sendo o empregador o detentor da propriedade destas novas tecnologias e o titular do poder directivo e de controlo pode, perfeitamente, estabelecer regras de utilização destes meios e restringi-los, quando assim o entender, ao mero uso profissional”⁵⁵⁴.

Entretanto certa razoabilidade⁵⁵⁵ é necessária, pelo que, apesar do entendimento de que o empregador, como detentor dos referidos meios, pode estabelecer regras para seu uso estritamente profissional, tem-se defendido que haja certa *tolerância*⁵⁵⁶, já que, “por vezes, a utilização da *Internet* para fins privados e por pouco tempo pode facultar ao trabalhador mais aprendizagem do que vários cursos de formação que o empregador pretenda ministrar-lhe, por exemplo”⁵⁵⁷.

No intuito de encontrar uma solução equilibrada entre a situação do uso profissional da internet fornecida pelo empregador nas atividades do trabalho e para fins particulares, entende TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA que a solução da permissão do uso pessoal razoável pelo trabalhador, desde que não comprometa sua produtividade, afigura-se um caminho interessante.⁵⁵⁸

Nesse sentido, a autora cita as disposições de um Código de Ética que lhe parecem adequadas, *litteris*:

⁵⁵² GUERRA, Amadeu - *A privacidade no local de trabalho: as novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados. Uma abordagem ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 368.

⁵⁵³ *Ibidem*.

⁵⁵⁴ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites de poder de controlo electrónico do empregador*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 621.

⁵⁵⁵ Também na busca de uma solução razoável, afirma BELTRAN, citando outra autora: “Sandra Lia Simón entende que se o empregador facultar aos seus empregados o uso da Internet para fins particulares, deverá respeitar a intimidade e a privacidade do empregado, não podendo agir com rigor excessivo quanto à fiscalização do uso do sistema, pena de, dependendo do caso concreto, dar ensejo à rescisão indireta do contrato. Sem dúvida, o posicionamento da referida autora, nesse ponto, recobre-se de inegável razoabilidade. [...] Por fim, do ponto de vista contextual, é válida a observação de que as novas técnicas de informação, e em especial a Internet, de fato inserem novas dificuldades e até mesmo desafios aos direitos do homem: a dificuldade está em promover o desenvolvimento da sociedade de informação, que constitui uma ferramenta de transparência e de reforço da democracia, e ao mesmo tempo de se tomar precauções quanto à prática de abusos.” (BELTRAN, Ari Possidonio - *Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais*. São Paulo: LTr, 2002. p. 219).

⁵⁵⁶ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites de poder de controlo electrónico do empregador*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 622.

⁵⁵⁷ *Idem*, p. 624-625.

⁵⁵⁸ A respeito, vide MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites de poder de controlo electrónico do empregador*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 627.

“Este Código estabeleceu um direito de acesso dos trabalhadores a estes novos meios de comunicação, não se compadecendo com a proibição de uma utilização somente profissional, mas não deixou de estabelecer alguns requisitos. Desde logo, é necessário que não interfira com as responsabilidades profissionais, acrescentando-se que os trabalhadores só poderão utilizar estes instrumentos se a comunicação for legal e não contiver declarações ofensivas ou difamatórias, não devendo utilizar-se estas novas tecnologias para assediar sexualmente outros trabalhadores, nem ter fins ofensivos relacionados com a sexualidade, a idade, a etnia e a aparência física de uma pessoa. O empregador pode pedir, ainda, que se inclua uma cláusula de não responsabilidade quando os trabalhadores comunicam de maneira interna e externa, especificando que os pontos de vista utilizados são do autor e não os da empresa. Este ponto parece-nos muito importante porque pode salvaguardar o empregador contra possíveis ações de responsabilidade de terceiros ou, até, de outros trabalhadores. Parece que este deve ser o caminho a seguir...”⁵⁵⁹

Também quanto ao acesso à internet e demais equipamentos eletrônicos fornecidos pelo empregador ao empregado, como o uso do computador, entendemos que a forma mais harmônica de se evitar conflitos entre empregado e empregador é através do estabelecimento de regras prévias quanto ao acesso e utilização deles, de amplo conhecimento dos empregados.

Na prática da advocacia trabalhista no Brasil, comumente temos orientado as empresas a editarem normas a respeito, seja no contrato de trabalho, seja em regulamentos internos, como os Códigos de Ética e Conduta. Exemplificativamente, apresenta-se o exemplo de preceitos no Código de Ética e Conduta de uma empresa cliente, elaborados sob nossa orientação profissional:

7 – USO DE FERRAMENTAS EMPRESARIAIS E ACESSO À INTERNET E REDES SOCIAIS:

7.1 A utilização de Código de Usuário (LOGIN) é de exclusiva responsabilidade do usuário, respondendo por eventuais danos e pelas faltas que possam decorrer de divulgação ou acesso indevido às informações sigilosas da empresa cujo acesso tenha sido feito do referido código.

7.2 Em hipótese alguma, é permitida a utilização do LOGIN para acessar sistemas que contenham informações confidenciais dos clientes sem a autorização dos mesmos ou sem que sejam operacionalmente justificáveis, nem divulgar tais dados a terceiros.

7.3 É vedada a utilização, pelos empregados e/ou administradores, de sistemas ou recursos da empresa, – que tem acesso em virtude de seu cargo/função –, para benefício próprio ou de terceiros ou para prejudicar a empresa em atos de fraude financeira, fiscal, dentre outros.

7.4 As informações e dados processados em computadores pessoais ou em redes são de propriedade da empresa e devem ser salvaguardados contra revelação não autorizada. Os empregados e/ou administradores, quando solicitados, deverão devolver à empresa ou destruir os documentos, atas, manuais ou qualquer outro meio de gravação das Informações Confidenciais.

7.5 Os empregados e/ou administradores devem ter ciência de que os recursos computacionais e e-mail empresarial que lhes foi fornecido é para uso estritamente profissional e que as

⁵⁵⁹ *Idem*, p. 627-628.

mensagens trocadas por meio de todos os recursos tecnológicos pertencem à empresa, estando ciente que a empresa se reserva o direito de acesso ao conteúdo de todas as mensagens trocadas sem que isso se caracterize como qualquer forma de violação à privacidade dos mesmos.

7.6 Os bens, equipamentos e instalações da empresa são de uso exclusivo em suas operações, devendo os empregados e/ou administradores salvaguardá-los e protegê-los.

7.7 Ao utilizar redes sociais ou outros meios de comunicação, os empregados e/ou administradores devem se expressar em nome próprio e nunca em nome da empresa. Ainda que agindo em nome próprio, os empregados e/ou administradores devem se atentar ao fato de que referências à empresa em suas redes sociais podem fazer com que suas publicações venham a ser interpretadas como refletindo a opinião da empresa ou afetem a reputação da mesma. Por esse motivo, os empregados e/ou administradores devem sempre adotar uma postura adequada e pautada pela ética no uso de redes sociais ou outros meios de comunicação, agindo sempre de forma lícita, com prudência e zelo.

7.8 Informações ou conteúdos, inclusive imagens, de documentos da empresa ou sobre a mesma, seus clientes, acionistas, fornecedores, parceiros ou representantes não devem ser divulgados ou publicados em qualquer meio de comunicação, como grupos de WhatsApp, ou redes sociais de qualquer tipo, ou utilizados para confecção de relatórios, sem prévia autorização da área competente.

7.9 Os empregados e/ou administradores devem fazer uso profissional, ético, seguro e legal das informações e recursos tecnológicos disponibilizados pela empresa.

7.10 Os equipamentos de computação, programas, dados e informações armazenados nos sistemas informatizados deverão ser adequadamente protegidos contra danos, perda, duplicação, alteração ou acesso não autorizado. Os empregados e/ou administradores deverão, também, zelar pela integridade de qualquer equipamento da empresa que esteja em seu poder.

7.11 Não é permitido uso dos recursos tecnológicos disponibilizados pela empresa para divulgação, exibição, utilização, transmissão e execução de conteúdos e materiais que violem a lei, a moral e os bons costumes.

Utilizar a internet e demais equipamentos eletrônicos disponibilizados pelo empregador no ambiente de trabalho, de forma ética, é atuar com boa-fé perante o empregador. Essa é a conduta esperada do trabalhador do século XXI.

4.4.12 Controle do tempo e respeito ao “direito” à desconexão do trabalhador

O tempo não para... O tempo voa... O tempo é inexorável... O tempo cura... Nada melhor do que o tempo... Inúmeras são as expressões que, corriqueiramente, utilizamos sobre o tempo.

O tempo é algo precioso em nossas vidas. Na realidade, o que diferencia o sucesso de uns e o fracasso de outros é o que cada um faz com o tempo de que dispõe, desde a hora em que acorda até o momento de dormir. O tempo é, pois, valioso.

Na relação empregatícia, o tempo de trabalho também tem sido objeto de tutela específica pela legislação laboral.

Como leciona MENEZES LEITÃO⁵⁶⁰, “o estabelecimento de limites à duração do trabalho constitui uma salvaguarda necessária da personalidade e dignidade do trabalhador, dado que a ausência desses limites transformaria a prestação de trabalho numa situação de escravidão ou servidão”.

Diante disso, a legislação cuida de distinguir tempos de trabalho de tempos de descanso, atribuindo ao empregador a responsabilidade de fazer um controle do tempo de trabalho.

Nesse sentido, na legislação brasileira, o artigo 74 da CLT⁵⁶¹ estabelece que:

“(…) para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso”.

O artigo 58⁵⁶², por sua vez, estipula período de duração máxima diária de trabalho em 08 (oito) horas, podendo ser acrescida de mais 2 (duas) horas no caso de jornada extraordinária (artigo 59⁵⁶³ da CLT) e, em casos excepcionais, ou seja, mediante força maior e/ou serviços inadiáveis, até o período máximo de 12 (doze) horas por dia.⁵⁶⁴

⁵⁶⁰ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de - *Direito do Trabalho*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. (Manuais Universitários). p. 288.

⁵⁶¹ DECRETO-LEI n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) [Em linha]. [Consult. 12 ago. 2019. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

⁵⁶² “Art. 58 – A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.”

⁵⁶³ “Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).”

⁵⁶⁴ “Art. 61 – Ocorrendo necessidade imperiosa, poderá a duração do trabalho exceder do limite legal ou convenção, seja para fazer face a motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto.

§ 1º – O excesso, nos casos deste artigo, poderá ser exigido independentemente de acordo ou contrato coletivo e deverá ser comunicado, dentro de 10 (dez) dias, à autoridade competente em matéria de trabalho, ou, antes desse prazo, justificado no momento da fiscalização sem prejuízo dessa comunicação.

§ 1º O excesso, nos casos deste artigo, pode ser exigido independentemente de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

§ 2º Nos casos de excesso de horário por motivo de força maior, a remuneração da hora excedente não será inferior à da hora normal. Nos demais casos de excesso previstos neste artigo, a remuneração será, pelo menos, 50% (cinquenta por cento) superior à da hora normal, e o trabalho não poderá exceder de 12 (doze) horas, desde que a lei não fixe expressamente outro limite. (Adicional conforme CF, art. 7º, XVI)

§ 3º Sempre que ocorrer interrupção do trabalho, resultante de causas acidentais, ou de força maior, que determinem a impossibilidade de sua realização, a duração do trabalho poderá ser prorrogada pelo tempo necessário até o máximo de 2 (duas) horas, durante o número de dias indispensáveis à recuperação do tempo perdido, desde que não exceda de 10 (dez) horas diárias, em período não superior a 45 (quarenta e cinco) dias por ano, sujeita essa recuperação à prévia autorização da autoridade competente.”

A legislação regula, ainda, períodos de intervalos de descanso sendo de, no mínimo, 1 (uma) hora e, no máximo, 2 (duas) horas para jornadas acima de 6 (seis) horas.⁵⁶⁵ Há, também, o intervalo legal mínimo de 11 (onze) horas entre uma jornada e outra.⁵⁶⁶

Demais institutos, como férias, feriados e repouso semanal remunerado também possuem como objetivo o correto dimensionamento entre períodos de trabalho e períodos de lazer, harmonizando o controlo do tempo de trabalho com a vida privada dos trabalhadores e os direitos ao repouso, à vida social, familiar e ao lazer.

Em Portugal, de igual modo, há normas que regulamentam o tempo de trabalho e períodos de descanso, sendo que o CTP dedica uma secção inteira à *duração e organização do tempo de trabalho*.

O artigo 197º do CTP⁵⁶⁷ define tempo de trabalho como “qualquer período durante o qual o trabalhador exerce a actividade ou permanece adstrito à realização da prestação, bem como as interrupções e os intervalos previstos no número seguinte”. O mesmo dispositivo conceitua as interrupções do trabalho que se compreendem no tempo de trabalho, quais sejam:

- “a) A interrupção de trabalho como tal considerada em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, em regulamento interno de empresa ou resultante de uso da empresa;
- b) A interrupção ocasional do período de trabalho diário inerente à satisfação de necessidades pessoais inadiáveis do trabalhador ou resultante de consentimento do empregador;
- c) A interrupção de trabalho por motivos técnicos, nomeadamente limpeza, manutenção ou afinação de equipamento, mudança de programa de produção, carga ou descarga de mercadorias, falta de matéria-prima ou energia, ou por factor climatérico que afecte a actividade da empresa, ou por motivos económicos, designadamente quebra de encomendas;
- d) O intervalo para refeição em que o trabalhador tenha de permanecer no espaço habitual de trabalho ou próximo dele, para poder ser chamado a prestar trabalho normal em caso de necessidade;
- e) A interrupção ou pausa no período de trabalho imposta por normas de segurança e saúde no trabalho”.

A jurisprudência já teve oportunidade de analisar situações fáticas que envolvem a discussão envolvendo o *tempo* de trabalho. Como exemplo, citam-se os julgados abaixo transcritos do Brasil e de Portugal, sendo que, no primeiro caso, não restou comprovado nos

⁵⁶⁵ “Art. 71 – Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.

§ 1º – Não excedendo de 6 (seis) horas o trabalho, será, entretanto, obrigatório um intervalo de 15 (quinze) minutos quando a duração ultrapassar 4 (quatro) horas”.

⁵⁶⁶ “Art. 66 – Entre 2 (duas) jornadas de trabalho haverá um período mínimo de 11 (onze) horas consecutivas para descanso.”

⁵⁶⁷ LEI n.º 7/2009 - Código do Trabalho [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>

autos a alegada jornada excessiva e, no segundo, houve condenação da empresa em virtude de suposto desrespeito aos direitos de descanso e lazer do empregado em questão, *litteris*:

“RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. DANO EXISTENCIAL. AUSÊNCIA DE PREMISSE FÁTICA DE LABOR EM JORNADA EXTENUANTE. SÚMULA 126/TST. O dano existencial é espécie do gênero dano imaterial cujo enfoque está em perquirir as lesões existenciais, ou seja, aquelas voltadas ao projeto de vida (autorrealização – metas pessoais, desejos, objetivos *etc*) e de relações interpessoais do indivíduo. **Na seara juslaboral, o dano existencial, também conhecido como dano à existência do trabalhador, visa examinar se a conduta patronal se faz excessiva ou ilícita a ponto de imputar ao trabalhador prejuízos de monta no que toca o descanso e convívio social e familiar. Esta Corte tem entendido que a imposição ao empregado de jornada excessiva ocasiona dano existencial, pois compromete o convívio familiar e social, violando, entre outros, o direito social ao lazer, previsto constitucionalmente (art. 6º, caput). Todavia, de acordo com as premissas fáticas descritas no acórdão, insuscetível de reexame em sede de recurso extraordinário (Súmula 126/TST), não é possível concluir pela caracterização do dano moral, porquanto não ficou demonstrada a prática de jornada exaustiva de trabalho.** Recurso de revista não conhecido. [...]

DANO EXISTENCIAL

Busca o reclamante a reforma da r. sentença, para que a ré seja condenada ao pagamento de indenização por danos existenciais.

Alega que o excesso de jornada afastou-o do convívio social e familiar, aumentando consideravelmente o risco de sofrer acidentes.

Sem razão.

Os danos morais são aqueles que atingem esfera íntima de valores daquele contra o qual é cometido, bens de natureza não material, como a liberdade, a integralidade psíquica, a intimidade, a honra, a reputação, a imagem, entre outros.

Já o dano existencial constitui espécie de dano imaterial que acarreta à vítima a impossibilidade de executar, dar prosseguimento ou reconstruir um projeto de vida. Considera-se "existencial" porque o impacto gerado pelo dano provoca um vazio existencial no indivíduo.

No caso dos autos, no entanto, não se verificam presentes os elementos caracterizadores do dano moral, tampouco do dano existencial. O reconhecimento de horas laboradas acima da jornada ordinária refere-se a dano material, acarretando o pagamento pelo sobrelabor, mas não enseja, por si só, o dano extrapatrimonial, sendo impossível presumir o abalo moral que teria sido causado no autor.

Observe-se que não foram produzidas quaisquer provas quanto à alteração substancial nas relações familiares, afetivas, sociais ou nas atividades culturais do autor, ônus que a ele incumbia por se tratar de fato constitutivo de direito, conforme dispõem os artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC. Neste sentido, cito como precedente o julgamento realizado nos autos TRT-PR-RO 00778-2013-872-09-00-1, em que foi Relator o Exmo. Des. Ubirajara Carlos Mendes, publicado em 10/03/2015. MANTENHO.⁵⁶⁸ (grifo nosso)

Sumário

I – O momento limite entre o ‘tempo de trabalho’ e o ‘tempo de descanso’ é aquele em que o trabalhador adquire o domínio absoluto e livre da gestão da sua vida privada.

II – A disponibilidade do trabalhador ao serviço do empregador, 24 horas por dia, 6 dias por semana, viola o direito do trabalhador “ao repouso e aos lazeres”, pessoais e familiares, previsto no artigo 59.º, n.º 1, alínea d), da Constituição da República Portuguesa (CRP).

III – O controlo do trabalhador através do dispositivo de geolocalização (GPS, PDA e Telemóvel) instalado no veículo/reboque que lhe estava afecto, incluindo para fins

⁵⁶⁸ ACÓRDÃO do Tribunal Superior do Trabalho de 03.09.2019 no processo n. TST-RR-1616-75.2014.5.09.0088 (Maria Helena Mallmann) [Em linha]. [Consult. 18 set. 2019]. Disponível em WWW: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#a2d4a187d9250320c184c3e919510ef6>

particulares, 24 horas por dia, 6 dias por semana [“a escravatura electrónica” do século XXI], viola, também, o direito do trabalhador à privacidade, previsto no artigo 26.º, da CRP.

IV – A desorganização da vida pessoal e familiar do trabalhador, os danos causados à sua saúde, por interrupção ou falta de dormir o tempo necessário (num período de 3 anos e 5 meses), e a falta de privacidade, constituem o direito a ser indemnizado por danos não patrimoniais, no montante de €30.000,00.

V – As expressões “deficiente e arrogante, mentirosa e porco” dirigidas pelo trabalhador aos sócios da empresa, sua empregadora, tendo natureza injuriosa e difamatória, constituem justa causa de despedimento”.⁵⁶⁹

Com efeito, questão crucial que surge com a discussão a respeito do controlo do tempo é o *direito do empregado à desconexão*.

O advento recente de inúmeras tecnologias de comunicação e informação, tais como *e-mail*, celular, WhatsApp, *etc.* acabaram por permitir que o trabalhador possa, *mesmo sem estar no ambiente de trabalho e no horário de trabalho*, permanecer conectado a instrumentos de trabalho e, inclusive, sendo eventualmente monitorado pelo empregador em momentos que, *a priori*, deveriam ser de *desconexão* ou de lazer.

Sobre o tema, esclarece AMADO⁵⁷⁰:

“Sucedem, porém, que, nos últimos anos, com o advento e com o incremento das NTIC (Novas Tecnologias de Informação e Comunicação), surgiu um novo e complexo desafio para o Direito do Trabalho, dado que as NTIC possibilitam que o trabalho acompanhe o trabalhador fora do espaço/tempo profissional, invadindo o seu tempo de (suposta) autodisponibilidade. São de todos conhecidas as impressionantes mudanças registadas na nossa forma de viver, de comunicar e de trabalhar, resultantes da informatização, da internet, do *e-mail*, das redes sociais, dos telemóveis, dos computadores...E um dos principais efeitos destes fenómenos consiste, sem dúvida, na diluição das tradicionais fronteiras entre vida profissional e vida pessoal, entre o público e o privado, sobretudo no âmbito das atividades de cariz intelectual. Agora, em muitos casos, o trabalho (e, por via disso, o empregador) pode facilmente acompanhar o trabalhador, seja quando for e onde quer que este se encontre. Agora, o modelo é de um trabalhador conectado e disponível 24 sobre 24 horas, pois a tecnologia permite a conexão por tempo integral (hiperconexão), potenciando situações de quase escravização do trabalhador) – a escravatura, diz-se, do *homo connectus*, visto, amiúde, como ‘colaborador’ de quem não se espera outra coisa senão dedicação permanente e ilimitada”.

Ora, sem sequer nos darmos conta, permanecemos, mesmo fora do ambiente e horário de trabalho, 100% vinculados a ele por meio de consultas repetidas e incessantes ao *e-mail*, de olhadinhas nas redes sociais (LinkedIn e outras) e mediante uma grande dependência dos instrumentos de comunicação e trabalho, como computador e celular, que, não raramente, carregamos conosco a qualquer lugar, inclusive clubes, restaurantes, quintas (sítios no Brasil), viagens a praia em momentos de descanso...

⁵⁶⁹ ACÓRDÃO do Tribunal da Relação do Porto de 24.01.2018 no processo n. 2066/15.0T8PNF.P1 (Domingos Morais) [Em linha]. [Consult. 18 set. 2019]. Disponível em WWW: <https://jurisprudencia.pt/acordao/7125/>

⁵⁷⁰ AMADO, João Leal - *Contrato de Trabalho: noções básicas*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 234-235.

O desafio que se impõe, para uma relação equilibrada entre tais instrumentos de conexão e trabalho pelo trabalhador e empregador, é grande. Tal equilíbrio depende não somente da postura do próprio trabalhador, pois, algumas vezes, pode ser ele mesmo que se imponha uma *hiperconexão*, mas, ainda, da postura patronal. Como reforça AMADO, a desconexão não seria, para ele, um direito propriamente dito, mas “um *efeito* natural da limitação da jornada de trabalho, isto é, do balizamento do tempo de trabalho através da definição do horário de trabalho de cada trabalhador”⁵⁷¹. Seria, assim, um período de “*do not disturb* patronal!”⁵⁷².

Poder-se-ia afirmar, então, que o respeito ao “direito” do empregado à desconexão é mais um dever do empregador de não incomodar ou estabelecer conexão com seus empregados nos períodos de descanso legalmente estabelecidos.

Ora, em realidade, trata-se de uma manifestação típica do direito do empregado ao respeito à sua vida privada, como afirma AMADO⁵⁷³ ao destacar que “o tempo de desconexão profissional surge, pois, como uma versão virtual do período de descanso, típica do mundo digital em que vivemos, como o direito à vida privada do século XXI”.

TERESA COELHO ALEXANDRE MOREIRA⁵⁷⁴, em recente e interessante artigo jurídico intitulado *Algumas questões sobre o direito à desconexão dos trabalhadores*, destaca que:

“A desconexão é, em primeiro lugar, uma questão de formação sobre uma utilização razoável das NTIC, de organização individual, mas também coletiva, isto é, de saber viver e sobreviver neste mundo digital, defendendo a necessária conciliação e equilíbrio entre a vida profissional e a vida pessoal e familiar.

Por isso, considera-se que deve ser ao nível do diálogo social e das empresas, através de regulamento interno, que devem ser obtidas as regras sobre organização das comunicações na empresa já que as questões são diferentes consoante o seu tipo, a sua dimensão à luz do art. 100.º do CT, a atividade a que se dedicam, assim como o próprio tipo de trabalhadores que para elas trabalha e os instrumentos de trabalho que utilizam”.

Além da possibilidade de que as próprias empresas regulamentem tais questões, como exposto acima, em Portugal há, inclusive, aqueles juristas que defendem a mudança da legislação e sua atualização para que possa haver a expressa inclusão, no Código do Trabalho,

⁵⁷¹ *Idem*, p. 236.

⁵⁷² *Idem*, p. 237.

⁵⁷³ *Idem*, p. 237-238.

⁵⁷⁴ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - Algumas questões sobre o direito à desconexão dos trabalhadores [Em linha]. *Minerva: Revista de Estudos Laborais* [Em linha]. Ano IX - I da 4.ª Série, n.º 2 (2019), p. 129-166. [Consult. 24 jul. 2021]. Disponível em WWW: http://repositorio.ulsiada.pt/bitstream/11067/5506/1/minerva_v9_n2_5.pdf. p. 164.

do direito à desconexão. Sugere JOÃO LEAL AMADO⁵⁷⁵, em artigo intitulado *Tempo de Trabalho e Tempo de Vida: sobre o direito à desconexão profissional*, uma alteração na redação do atual artigo 199º do Código do Trabalho para a inclusão dos itens 2 a 4 e para que assim passe a regular:

- “1. Entende-se por período de descanso o que não seja tempo de trabalho.
2. O período de descanso deve corresponder a um tempo de desconexão profissional.
3. As formas de garantir o tempo de desconexão profissional, designadamente através da não utilização das tecnologias de informação e comunicação durante o período de descanso do trabalhador, podem ser estabelecidas mediante instrumento de regulamentação coletiva de trabalho.
4. A violação do disposto no n.º 2 pode constituir assédio, nos termos e para os efeitos do disposto no art. 29.º deste Código”. (grifo nosso)

Logo, a questão é bem atual e necessita de diálogo social e normativas internas para que haja o devido tratamento pelas empresas, de modo a se beneficiarem das novas e dinâmicas formas de trabalho sem, contudo, descurarem do necessário direito ao descanso e desconexão do trabalhador, até mesmo no sentido de evitar adoecimento físico e mental.

Posto isso, note-se que o tema da desconexão tem certa relação com o objeto central dessa tese, uma vez que, em nosso entendimento, o empregado, como regra, não poderá ser invadido em sua vida privada e no que faz ou deixa de fazer em seu tempo de *desconexão* ou lazer, inclusive no que se relaciona ao eventual uso de álcool e outras drogas lícitas, por exemplo, desde que, logicamente, tal utilização não repercuta ou venha a repercutir no seu trabalho.

Explica-se: sob o nosso ponto de vista, se o empregado, em seu tempo exclusivo de descanso e lazer, vai a uma festa e se excede no álcool ou, até mesmo, dentro de sua esfera privada, faz uso de um cigarro com substância tóxica, trata-se de uma decisão que lhe compete dentro do seu direito à intimidade e reserva de sua vida privada, não podendo o empregador interferir em tal espaço-conduta caso, repita-se, ela não tenha consequências na esfera do seu trabalho e relacionamento com a empresa.

Nesse sentido, não poderia o empregador, a nosso ver, estabelecer regras de proibição de utilização de álcool, por exemplo, nos momentos de descanso ou lazer do empregado que não venham afetar o ambiente de trabalho ou seu desempenho nele, já que tais regras invadiriam a esfera privada ou pessoal do trabalhador, que não pode ser violada pelo trabalho.

O respeito à separação do tempo do trabalho e do tempo de descanso e lazer é, portanto, um dever do empregador. Por sua vez, é um direito do empregador contar com trabalhadores

⁵⁷⁵ AMADO, João Leal - Tempo de Trabalho e Tempo de Vida: sobre o direito à desconexão profissional. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. N. 52 (2018), p. 267.

comprometidos em desempenhar o melhor trabalho, de forma séria e produtiva, no tempo destinado ao trabalho.

Havendo boa-fé contratual e respeito aos direitos uns dos outros e, ainda, havendo a necessária ponderação e compatibilização de valores em casos específicos que permitam uma solução razoável em cada caso concreto, a relação laboral tende a ser proveitosa e harmoniosa para ambas as partes.

4.4.13 Controlo sobre dados médicos do empregado

Outra questão refere-se ao controlo que o empregador possui sobre dados médicos de seus empregados e, ainda, a respeito dos limites dos testes e exames médicos no ambiente de trabalho.

Quanto à segunda questão, por envolver tema central de nossa tese, será analisada nos capítulos seguintes.

Em relação aos dados médicos do empregado, é necessário salientar que o artigo 19º do CTP determina o tratamento que se deve conferir a tais informações, quando obtidas por ocasião do contrato de trabalho.

Nesses termos, o item 3 do artigo 19º do CTP destaca que “o médico responsável pelos testes e exames médicos só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto para desempenhar a actividade”, pelo que se constata que os dados médicos dos empregados devem ser tratados com sigilo e para os objetivos para os quais foram recolhidos.

Os dados médicos são dados pessoais dos empregados e, assim, recebem proteção no RGPD (Regulamento–EU; 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016), aplicável no âmbito da União Europeia.

No item 63 dos *Considerandos* do referido regulamento, encontra-se a previsão de que tais dados podem ser acessados por seus titulares, incluindo “informações como diagnósticos, resultados de exames, avaliações dos médicos e quaisquer intervenções ou tratamentos realizados”⁵⁷⁶.

Por sua vez, sendo dados médicos informações pessoais dos empregados, estes, de modo geral, só podem ser utilizados ou tratados “sob a responsabilidade de um profissional sujeito à

⁵⁷⁶ A respeito, vide *Considerandos* do RGPD.

obrigação de sigilo profissional”⁵⁷⁷ e consoante disposições do artigo 9º, itens 1, 2 e 3, do RGPDP⁵⁷⁸, que, resumidamente, assim dispõem:

- (a) se forem necessários para o cumprimento de obrigações em matéria de legislação laboral, de segurança e proteção social;
- (b) se forem necessários para fins de medicina preventiva ou do trabalho, avaliação da capacidade de trabalho do empregado, diagnóstico médico, prestação de cuidados ou tratamentos de saúde ou de ação social ou a gestão de sistemas e serviços de saúde ou de ação social com base no direito da União ou dos Estados-Membros ou por força de um contrato com um profissional de saúde e, ainda;
- (c) se o tratamento for necessário para fins de arquivo de interesse público, investigação científica ou histórica ou fins estatísticos.

Destarte, em Portugal, como assevera PAULA QUINTAS⁵⁷⁹:

“O Código do Trabalho atual *fechou* a relação triangular proposta em 2003, e o controlo da informação não pode, agora, escapar ao médico do trabalho, que apenas indicará se há aptidão funcional, tendo sido erradicada qualquer informação a prestar ao empregador (questão maior, quando se trata de inaptidão funcional). Da ficha de aptidão (ou inaptidão) não podem constar quaisquer elementos que coloquem em causa o segredo médico.

[...] Por último, é de realçar o dever de segredo profissional que recai sobre o médico, profissionais de saúde e desempenhos afins, que só poderá ser desvendado, havendo recusa ilegítima do paciente”.

No Brasil, a LGPD⁵⁸⁰ também considera os dados médicos (relativos à saúde da pessoa) como dados pessoais sensíveis, em seu artigo 5º, inciso II. Referida lei também dispõe que tais dados só podem ser tratados em situações específicas, exemplificativamente: decorrentes de obrigações legais ou contratuais, para proteção da vida e da incolumidade física do titular ou de terceiro e para a tutela da saúde do próprio titular.⁵⁸¹

⁵⁷⁷ A respeito, *vide* artigo 9º, item 3, do RGPDP.

⁵⁷⁸ REGULAMENTO (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) [Em linha]. [Consult. 16 set. 2019]. Disponível em WWW: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>

⁵⁷⁹ QUINTAS, Paula - *Os direitos de personalidade consagrados no código do trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado: direitos (des) figurados*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 314-315.

⁵⁸⁰ LEI n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) [Em linha]. [Consult. 16 set. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm

⁵⁸¹ “Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

- I – mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;
- II – para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- III – pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;

Destarte, qualquer utilização indevida dos dados médicos dos trabalhadores, cujo acesso o empregador teve em virtude de exigências do contrato de trabalho, pode ocasionar violação ao direito à intimidade deles, gerando risco de condenação da empresa em indenizações por danos morais. Daí que a cautela no tratamento dos dados médicos se imponha.

4.4.14 Critérios para seleção e admissão de pessoal

No cerne da questão que envolve os critérios para seleção e admissão de pessoal encontra-se o direito à não discriminação, direito fundamental já abordado em capítulos anteriores.

Em suma, na seleção e admissão de trabalhadores, é vedada a discriminação de qualquer espécie, incluindo razões de sexo, condição física, preferência sexual, cor, idade, estado civil, origem, situação familiar, entre outros.

Na legislação trabalhista brasileira, podemos destacar, conforme previsto no artigo 373- A da CLT:

- (i) proibição de publicação ou anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, idade, cor ou situação familiar (exceto quando a natureza da atividade assim o exigir);
- (ii) proibição de qualquer discriminação na contratação, inscrição ou aprovação em concursos e promoção em virtude de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez (exceto quando a natureza da atividade assim o exigir);
- (iii) proibição de, uma vez o trabalhador admitido ao emprego, qualquer discriminação de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional que leve em consideração sexo, idade, cor ou situação familiar.

Mais recentemente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, aprovado pela Lei n.º 13.146/2015, veio assegurar o direito ao trabalho das pessoas com deficiência.

IV – para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

V – quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;

VI – para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) ;

VII – para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

VIII – para a tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias;

VIII – para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária.” (*Ibidem*).

Conforme artigo 34 da referida lei, “a pessoa com deficiência tem direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”⁵⁸².

Destaca MAURICIO GODINHO DELGADO⁵⁸³ que pode haver, nas situações práticas relacionadas à seleção e admissão ou contratação de pessoal, outras questões que mereçam atenção, como eventual “utilização de meios abusivos de seleção, como agressivos e desrespeitosos testes psicológicos (dinâmicas de grupo hobbesianas, por exemplo), ou até mesmo, teses de polígrafos”.

Esclarece o autor, entretanto, que:

“(…) não se está censurando a utilização da Ciência e das técnicas da Psicologia na seleção de pessoal por empresas e instituições. [...] Apenas considera-se que certos métodos agressivos ou desrespeitosos eventualmente utilizados podem entrar em choque com os ditames constitucionais prevaletentes”⁵⁸⁴.

Em sentido similar, ALICE MONTEIRO DE BARROS⁵⁸⁵ afirma que pode haver discriminação no ato da seleção e contratação de pessoal, assim como no curso do contrato e na sua dissolução:

“No **ato da contratação**, uma empresa poderá praticar ato de discriminação mediante anúncios de emprego ou de um modo mais discreto, por meio do departamento de pessoal, que acata a política da direção. Poderá ocorrer, também, o que é mais raro, de a discriminação ser fruto de pressão exercida pelos próprios empregados da empresa, que não desejam trabalhar com alguém em face de suas características pessoais”. (grifo nosso)

Trata-se de semelhante entendimento da OIT. Como exemplo, cite-se a Convenção n.º 111 da OIT, que proíbe discriminação que se refira tanto a empregados como a candidatos ao emprego.⁵⁸⁶

⁵⁸² A respeito, vide Lei n.º 13.146/2015.

⁵⁸³ DELGADO, Mauricio Godinho - *Curso de Direito do Trabalho*. 17.ª ed., rev., atual., ampl. São Paulo: LTr, 2018.p. 766.

⁵⁸⁴ *Ibidem*.

⁵⁸⁵ BARROS, Alice Monteiro de - *Curso de Direito do Trabalho*. 4.ª ed., rev. e amp. São Paulo: LTr, 2008. p. 1117.

⁵⁸⁶ “ARTIGO 1º

1. Para fins da presente convenção, o termo "discriminação" compreende:

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 oportunidades 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 adequados.

2. As distinção (sic!), exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.

3. Para os fins da presente convenção as palavras "emprego" e "profissão" incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como as condições de emprego.

De igual modo, em Portugal, existe norma expressa a respeito do direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho. O artigo 24º do CTP dispõe, em suma, que:

- (i) o trabalhador ou candidato a emprego tem direito a igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção ou carreiras profissionais, bem como condições de trabalho;
- (ii) o trabalhador ou candidato a emprego não pode ser diferenciado dos demais, nomeadamente em razões de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, identidade de género, estado civil, situação familiar, situação económica, instrução, origem ou condição social, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica ou raça, território de origem, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical.

Contudo, necessário recordar do direito do empregador de, como detentor dos meios de produção, seleccionar e contratar o candidato que, sob seu ponto de vista, melhor atende ao perfil da vaga e demais necessidades da empresa, havendo sim certa discricionariedade no momento da seleção e contratação de pessoal.

Não se pode chegar ao extremo de entender que toda mulher preterida por um homem o foi em razão de sua condição de mulher, nem que todo senhor preterido em uma vaga diante de um mais jovem o foi, também, por sua idade.

O que não pode haver – sob pena de haver confronto direto entre o poder diretivo e organizacional do empregador com os direitos dos trabalhadores – é o preterimento de um candidato em detrimento do outro em virtude de suas condições físicas ou particulares acima expostas e não com base em critérios objetivos relacionados à capacidade, qualidade técnica, experiência profissional.

Por esse motivo é que alerta a legislação portuguesa (CTP), em seu artigo 25º, que:

“2 - Não constitui discriminação o comportamento baseado em factor de discriminação que constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da actividade profissional, em virtude da natureza da actividade em causa ou do

ARTIGO 2º

Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor compromete-se a formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria.” (DECRETO n.º 62.150, de 19 de janeiro de 1968 que promulga a Convenção n. 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão [Em linha]. [Consult. 18 set. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm).

contexto da sua execução, devendo o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional”.⁵⁸⁷

O mesmo pode ser dito em relação à idade, sendo permitidas diferenças com base em critério de idade, desde que sejam necessárias e apropriadas à realização de um objetivo legítimo.⁵⁸⁸

Analisar cada situação em concreto, balanceando os preceitos legais aplicáveis para fins de garantir a observância dos direitos de personalidade do trabalhador, mas recordando, também, que certa subjetividade sempre haverá na seleção e contratação de pessoal, parece-nos ser o caminho mais condizente com os objetivos gerais do ordenamento jurídico.

4.4.15 Outros

Outros exemplos de situações fáticas relativas à compatibilização entre poderes do empregador e os direitos de personalidade do empregado se referem àquelas que envolvem sua liberdade de expressão e de opinião, consagrada de forma expressa no CTP, em seu artigo 14º,⁵⁸⁹ como anteriormente exposto, e na CRP, em seu artigo 37º/1⁵⁹⁰.

Por sua vez, no Brasil, referida liberdade está protegida pela CRFB quando assegura, no artigo 5º, *caput*, o direito de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País à liberdade e, no mesmo artigo, em seu inciso IV, a “livre manifestação do pensamento”. Em sentido semelhante, o inciso IX do referido artigo assegura a liberdade de “expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação”.

Ocorre que, da mesma forma como visto em outras situações fáticas de aplicação desses direitos da pessoa e, no âmbito do contrato de emprego, do trabalhador, o exercício de tal liberdade de expressão, embora não possa ser limitado por *censuras*, não é absoluto.

⁵⁸⁷ LEI n.º 7/2009 - Código do Trabalho [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>

⁵⁸⁸ A respeito, *vide* artigo 25º, item 3, do Código do Trabalho: “3. São nomeadamente permitidas diferenças de tratamento baseadas na idade que sejam necessárias e apropriadas à realização de um objectivo legítimo, designadamente de política de emprego, mercado de trabalho ou formação profissional”. (*Ibidem*)

⁵⁸⁹ “**ARTIGO 14º – Liberdade de expressão e de opinião.** É reconhecida, no âmbito da empresa, a liberdade de expressão e de divulgação do pensamento e opinião, com respeito aos direitos de personalidade do trabalhador e do empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e do normal funcionamento da empresa.” (LEI n.º 7/2009 - Código do Trabalho [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>).

⁵⁹⁰ “**ARTIGO 37º (Liberdade de expressão e informação)**

1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações.” (CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de 1976 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaorepublicaportuguesa.aspx>).

Discorrendo a respeito da liberdade de expressão e de opinião no âmbito empresarial, MENEZES CORDEIRO⁵⁹¹ destaca que, sob o prisma do trabalhador, essa liberdade envolve algumas situações, como:

- (i) a possibilidade de que o trabalhador exerça tais direitos para opinar sobre o modo de produção e, inclusive, sobre questões que possam ser relevantes para a segurança geral dos trabalhadores e a obtenção do lucro pelo próprio empregador;
- (ii) a possibilidade de que tal exercício ocorra no âmbito do funcionamento das liberdades sindicais e coletivas e, ainda;
- (iii) o fato de que, por ser pessoa e dotado de autonomia, mesmo inserido na realidade do mundo e organização do trabalho, o trabalhador pode usar sua *liberdade de espírito*, para manutenção de sua própria dignidade.

Nesse viés, o trabalhador poderia exercer seu direito de liberdade de expressão e opinião e, assim atuando, ser útil e auxiliar o empregador na obtenção de seus anseios de lucro e produtividade. Contudo, como explica o autor,⁵⁹² referidas liberdades não são ilimitadas e devem ser conciliadas com prerrogativas de igual força de outras pessoas e, ainda, de deveres contratuais ou legais.

Daí que, em Portugal, por exemplo, o artigo 14º do CTP afirma que tais liberdades devem respeitar os direitos de personalidade de outras pessoas e do próprio empregador, de forma a respeitar o funcionamento normal da empresa.

Destarte, em situações práticas, no exercício de tal prerrogativa de se expressar e opinar livremente no âmbito da empresa, o trabalhador deve respeitar o bom nome e imagem da empresa, evitar manifestações que tumultuem o ambiente de trabalho, entre outros.

Exemplificativamente, MENEZES CORDEIRO⁵⁹³ cita que, na prática, o empregador pode, mediante avença com os trabalhadores, estabelecer um espaço adequado para manifestação de opiniões ou realização de reuniões, mormente na esfera sindical e que, em dever de lealdade e boa-fé, eventuais críticas à empresa devam ser enviadas para a administração, evitando publicidade que possa macular a imagem desta. De igual forma, no exercício de tal prerrogativa pelo empregador, qual seja, liberdade de expressão e opinião, ele também não pode se utilizar de tal liberdade para diminuir seus trabalhadores.

⁵⁹¹ A respeito, vide MENEZES CORDEIRO, António - *Direito do Trabalho. 1º volume. Direito europeu, Dogmática geral, Direito Coletivo*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 538-539.

⁵⁹² *Idem*, p. 539-540.

⁵⁹³ MENEZES CORDEIRO, António - *Direito do Trabalho. 1º volume. Direito europeu, Dogmática geral, Direito Coletivo*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 540.

A jurisprudência não tem ficado alheia à necessidade de se compatibilizar a liberdade de expressão do trabalhador, de um lado, e as prerrogativas e direitos do empregador, de outro.

Nesse sentido, cite-se acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal que entendeu válida punição disciplinar do empregador ao empregado que extrapolou os limites de sua liberdade de expressão e opinião:

“Sumário:

I – O Código do Trabalho reconhece, no seu art. 14.º, a liberdade de expressão, de divulgação do pensamento e de opinião, no âmbito da empresa, com respeito dos direitos de personalidade do trabalhador e do empregador e do normal funcionamento da empresa.

II – Não sendo um princípio absoluto, o seu exercício, quando excessivo, é susceptível de perseguição e censura disciplinares, maxime nas situações que constituam violação dos deveres de lealdade, urbanidade e probidade.

III – A ideia da coerência disciplinar do empregador, não sendo um factor operatório como tal legalmente erigido, prende-se com o princípio da igualdade de tratamento, enquanto corolário da regra da proporcionalidade, e visa impedir o exercício arbitrário do poder disciplinar.

[...]

79. Dispõe o artigo 14.º do Código do Trabalho que: “É reconhecida, no âmbito da empresa, a liberdade de expressão e de divulgação do pensamento e opinião, com respeito dos direitos de personalidade do trabalhador e do empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e do normal funcionamento da empresa. ”

80. Pode aquela liberdade ser objecto de restrições, nomeadamente em contexto laboral, quando em confronto com os direitos fundamentais do empregador ou de outros trabalhadores.

81. Os eventuais conflitos que possam existir, entre o exercício da liberdade de expressão pelo trabalhador e os próprios direitos da entidade empregadora, como sejam, por exemplo, o direito à honra, bom nome, reputação e imagem, terão que ser resolvidos através de um processo de ponderação, norteado pela procura de soluções de harmonização e concordância práticas e, ainda, limitado pelo princípio da proporcionalidade.

82. Como refere JÚLIO GOMES: “A liberdade de expressão conhece, neste contexto, múltiplos limites colocados pela necessidade de respeito por outros direitos fundamentais, tanto do empregador (entre os quais a liberdade de empresa) como de outras pessoas, entre as quais os restantes trabalhadores, para já não falar dos limites impostos pela boa-fé no cumprimento dos contratos”. Ainda acrescenta, “a liberdade de expressão não pode servir de pretexto para a violação dos direitos de personalidade alheios. O trabalhador terá no exercício da sua liberdade de expressão de respeitar as obrigações de urbanidade e de probidade.”

83. No mesmo sentido GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA “ (...) há certos limites ao exercício do direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento (...). Entre eles estarão designadamente os direitos dos cidadãos à sua integridade moral, ao bom nome e reputação (cfr. art. 26.º).

84. O direito de livre expressão e divulgação do pensamento tem, por ISSO, como limites os demais direitos, liberdades e garantias, entre as quais se incluem os direitos ao bom nome e reputação de outrem, havendo que conciliá-los e harmonizá-los, nos termos do artigo 335.º, n.ºs 1 e 2 do Código Civil, e dos princípios acima enunciados.

85. Exigia-se, naturalmente, contenção, ponderação e reserva por parte da Recorrida!

86. Revisitando a entrevista, e considerando os princípios da concordância prática, da proporcionalidade, a proibição do excesso e do abuso de direito e o princípio da optimização de direitos e bens constitucionais, só podemos concluir que a Recorrida extravasou largamente aquilo que seria um exercício normal da liberdade de expressão, considerando que o exercício de tal direito colidiria de forma evidente com os direitos fundamentais da Recorrente, do superior hierárquico da Recorrida e dos

seus colegas de trabalho. E estes direitos fundamentais traduzem-se no direito ao bom nome e reputação.

87. Dir-se-á, também, que não se descortina em que medida o exercício daquele direito era fundamental para a Recorrida ou, mesmo, para o público em geral. Limita-se a criticar, negativamente, a sua entidade empregadora, o seu superior hierárquico, os seus colegas de trabalho e a qualidade do trabalho que desenvolviam.

88. Assim, à questão se foram ou não ultrapassados os limites do exercício da liberdade de expressão, a resposta não poderá deixar de ser positiva!

89. E a verdade é que em qualquer momento, a Recorrente pretendeu coarctar o direito à liberdade de expressão da Recorrida. Porém, não pode – nem podia – a Recorrida esquecer-se que, do contrato de trabalho, resultam alguns constrangimentos ao exercício daquele direito, que a impedem de tomar atitudes ou prestar declarações contrárias ao interesse da entidade empregadora, ora Recorrente, denegando os seus produtos ou serviços, e afectando a imagem pública daquela.

90. Exigia-se, naturalmente, contenção, ponderação e reserva por parte da Recorrida!

91. Aliás, o Acórdão recorrido chega a admitir que o poderia ter feito de "*maneira mais soft*" (????).

92. Tem, pois, que concluir-se que aquelas afirmações não corresponderam a um exercício normal do direito à liberdade de expressão, mas a um exercício ilegítimo, constituindo infracção disciplinar, por violação dos mais elementares deveres de respeito, lealdade e de urbanidade.

93. Deve, assim, revogar-se – nessa parte – o Acórdão recorrido.

[...]

DECISÃO

Nos termos e com os fundamentos expostos, delibera-se conceder a Revista e, em consequência, revoga-se o Acórdão, na parte impugnada, prevalecendo, em reprimendação, o adrede ajuizado na 1.^a Instância. Custas, nas Instâncias e neste Supremo Tribunal, pela A⁹⁴.

Importante memorar que, no Brasil, o artigo 482 da CLT também protege a honra ou boa fama do empregador ou superiores hierárquicos em caso de ofensas praticadas pelo empregado, salvo em caso de legítima defesa.

Destarte, apesar de a liberdade de expressão e opinião também ser um direito do trabalhador, protegido pela CRFB, na mesma esteira do que ocorre no ordenamento jurídico português, a violação ou excesso no exercício dessa liberdade que possa, de algum modo, ofender a honra, bom nome ou imagem do empregador e de seus representantes legais enseja a aplicação de penalidades disciplinares.

No mesmo viés, mas sob outro ângulo, no que concerne ao empregador e seu exercício de liberdade de expressão, este também deve respeitar a honra, imagem e demais direitos de personalidade do trabalhador, não podendo o primeiro ferir a integridade moral do segundo, outro direito da personalidade consoante exposto.

O importante é que, seja em relação ao empregado ou ao empregador, caberá, como visto, a ponderação dos valores ou princípios preponderantes em cada situação fática

⁵⁹⁴ ACÓRDÃO do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal de 28.05.2014 no processo n. 2786/11.8TTLSB.L1.S1 (Fernandes da Silva) [Em linha]. [Consult. 04 set. 2019]. Disponível em WWW: <https://jurisprudencia.pt/acordao/128014/>

vivenciada, de forma a assegurar a harmonia necessária para a preservação e salvaguarda dos direitos de ambas as partes no contexto da relação laboral.

Por fim, outra interessante situação fática que também tem tido repercussões práticas no contexto do Direito do Trabalho é relativa à possibilidade, ou não, de se utilizar o *polígrafo* para confirmação da veracidade de alguma informação prestada por trabalhadores.

Em tese a respeito dos *Direitos da Personalidade do Trabalhador e Poder Empregatício*, RÚBIA ZANOTELLI DE ALVARENGA⁵⁹⁵ analisa a questão do uso do polígrafo, que, conforme é cediço, é “um aparelho de registro de respostas, utilizado para comprovar a veracidade das informações colhidas de uma pessoa, visando a medir e a gravar registros de diversas variáveis fisiológicas enquanto essa pessoa é interrogada”.

Polígrafos têm sido utilizados em empresas de aviação americana, a exemplo da American Airlines, com a justificativa de segurança em geral das pessoas, mormente após o atentado terrorista de 11 de setembro⁵⁹⁶. O sistema tem sido, ainda, empregado por algumas empresas na fase pré-contratual, para aferir a veracidade das informações fornecidas, bem como na fase contratual, dentro do poder de fiscalização.⁵⁹⁷

Não obstante as interessantes discussões que tal tema pode ocasionar, fato é que, de modo geral, na jurisprudência brasileira, a utilização do polígrafo no âmbito do contrato de trabalho e, inclusive, para fins de testes admissionais, tem sido condenada, por suposta violação à saúde do empregado, podendo gerar constrangimento e, ainda, por violar preceitos constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e o direito à intimidade e à vida privada.⁵⁹⁸

Sobre o tema, cite-se recente acórdão do Tribunal Superior do Trabalho:

“A C Ó R D Ã O (5ª Turma) [...] RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. TESTE ADMISSIONAL COM USO DE POLÍGRAFO (DETECTOR DE MENTIRAS). Cinge-se a controvérsia em saber se a realização de teste admissional com a utilização de polígrafo (detector de mentiras), por si só, atinge a honra, a intimidade e/ou a dignidade do trabalhador a ponto de lhe conferir o direito à reparação civil por danos morais. A SBDI-1 desta Corte, no julgamento do E-ED-RR-28140-17. 2004.5.03.0092 (publicado no DEJT de 15/12/2017), no qual também figura como reclamada a AMERICAN AIRLINES INC., decidiu que **"a utilização do polígrafo nas relações laborais configura ato ilícito, que atinge a dignidade humana e os direitos da personalidade do empregado, notadamente a honra a vida privada e a intimidade, o que dá ensejo ao pagamento de indenização por danos morais"**. Logo, consignado no acórdão regional que a reclamante, no momento de sua contratação, foi submetida ao teste do polígrafo, deve ser mantida a condenação ao pagamento de indenização por danos

⁵⁹⁵ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de - *Direitos da Personalidade do Trabalhador e Poder Empregatício*. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2012. Tese de Doutorado em Direito. p. 417.

⁵⁹⁶ *Idem*, p. 424.

⁵⁹⁷ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de - *Direitos da Personalidade do Trabalhador e Poder Empregatício*. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2012. Tese de Doutorado em Direito. p. 418.

⁵⁹⁸ *Idem*, p. 417-430.

morais, com ressalva de entendimento do Relator. Recurso de revista não conhecido”.
⁵⁹⁹ (grifo nosso).

Esse tem sido, inclusive, o posicionamento majoritário não só no Brasil como em âmbito internacional constituindo, a nosso ver e de fato, um instrumento perigoso a ser utilizado na realidade do contrato do trabalho; até porque, apesar de o exame possuir dados objetivos na coleta, seus resultados “estão abertos à interpretação do examinador”⁶⁰⁰.

Destarte, somos do parecer de que toda cautela é necessária para o empregador em relação ao uso de instrumentos invasivos e/ou constrangedores no âmbito da relação de emprego, sob pena de acarretar o risco de condenação em indenizações por danos morais por supostas violações aos direitos de personalidade do trabalhador.

Como visto no presente capítulo, o direito de personalidade constitui importante prerrogativa a ser assegurada para a garantia do respeito à pessoa humana no cerne da relação de emprego. Entretanto, não sendo esse direito absoluto, deve conviver e harmonizar-se, na prática, com o exercício de semelhantes prerrogativas ou direitos dos empregadores, inclusive aqueles afetos aos seus poderes de direção, de fiscalização/de controle, regulamentar e disciplinar.

Consoante será evidenciado no próximo capítulo, semelhante questão ocorre com a possibilidade e os limites de realização de exames de álcool e drogas no ambiente do trabalho.

De um lado, haverá o poder de direção do empregador na gestão de sua empresa e seu poder-dever de tomar medidas para salvaguardar a segurança e saúde da coletividade dos trabalhadores. De outro, haverá prerrogativas do empregado submetido a supostos testes ou exames médicos a fim de detectar o uso de tais substâncias toxicológicas.

Como compatibilizar referidos direitos e poderes? Como harmonizá-los no contexto da relação laboral? Quais são as diretrizes que devem orientar o empregador ao estabelecer políticas e regulamentos para a realização de tais exames, sem que haja risco de violação a direitos do trabalhador, mormente ao seu direito de intimidade? Em situações de risco, a ponderação de valores pode influenciar em conclusões diversas do que as previstas em atividades normais ou situações rotineiras?

Essas questões serão objeto de reflexões a partir do próximo capítulo, sendo o objetivo da presente tese, longe de elucidar, nortear traços para uma conduta mais segura de empregadores e empregados em situações práticas a respeito de exames toxicológicos.

⁵⁹⁹ ACÓRDÃO do Tribunal Superior do Trabalho de 05.06.2019 no processo n. TST-ED-RR-1000013-78.2016.5.02.0312 (Breno Medeiros) [Em linha]. [Consult. 16 set. 2019]. Disponível em WWW: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#863398d382c08877741fdd97fe2f1fa8>

⁶⁰⁰ A respeito, vide ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de, *op. cit.*, p. 418.

5 OS EXAMES TOXICOLÓGICOS NO MUNDO DO TRABALHO E OS DILEMAS DAS TENSÕES JURÍDICAS DECORRENTES

Conforme vimos nos capítulos anteriores, historicamente, as normas constitucionais e laborais foram evoluindo gradativamente no sentido de contemplar, em seu seio, diretrizes para a atuação dos poderes do empregador em face do empregado de modo a compatibilizá-los com os direitos dos trabalhadores, entre os quais os direitos de personalidade.

E, com o avanço da tecnologia e dos modernos meios de comunicação, novéis desafios e situações jurídicas foram surgindo, como questões ligadas ao monitoramento de *e-mails* e celulares, à utilização de mecanismos de filmagem, ao emprego de técnicas para acesso e ao armazenamento de dados pessoais. Outros e “novos problemas, mais sofisticados, próprios da sociedade laboral hodierna, em que o exercício dos poderes patronais lança mão da ciência e da tecnologia para efeitos de controlo e gestão da unidade produtiva”⁶⁰¹ foram despontando.

Uma das questões surgidas com o avanço das ciências e das técnicas de medicina e exames diz respeito à possibilidade de realização de exames ou testes capazes de detectar o consumo de álcool e drogas pelo ser humano.

Por envolverem uma dimensão social relevante, tais questões não tardaram a despertar o interesse de realização de tais exames ou testes também no ambiente laboral, onde os riscos das atividades desempenhadas podem ser grandes, havendo, inclusive, possibilidade de se responsabilizar o empregador no caso de acidentes.

No presente capítulo, portanto, analisaremos a possibilidade de realização dos exames toxicológicos no ambiente laboral e, nesse contexto, as tensões jurídicas decorrentes, justamente pela necessidade de harmonização entre os poderes atinentes ao empregador e seus direitos como tal e a figura do empregado como pessoa humana, que deve ser respeitada em sua dignidade e intimidade.

O objetivo será, a partir da constatação da relevância que o problema social da dependência alcoólica e química possui no cenário mundial e, especificamente, quanto à sua utilização no ambiente laboral, analisar o tratamento jurídico e jurisprudencial que ele tem tido nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, buscando, ao final, estabelecer diretrizes cardeais para uma solução compatível com os preceitos legais e com a saúde e segurança do próprio trabalhador e de terceiros.

⁶⁰¹ DRAY, Guilherme Machado - *Direitos de Personalidade: anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 63-65.

5.1 O PROBLEMA SOCIAL DA DEPENDÊNCIA DE ÁLCOOL E DROGAS: PERSPECTIVA MUNDIAL

No cenário mundial, a dependência do álcool e drogas tem sido tratada como *patologia crônica*⁶⁰² pela Organização Mundial de Saúde (OMS), sendo vinculada, no atual Código Internacional de Doenças (CID) – qual seja, ICD–11 Mortality and Morbidity Statistics –, aos transtornos mentais, comportamentais ou do desenvolvimento neurológico, no item 6, com a seguinte descrição:

“06. Transtornos mentais, comportamentais ou do desenvolvimento neurológico.

Descrição

Transtornos devidos ao uso de substâncias e comportamentos de dependência são distúrbios mentais e comportamentais que se desenvolvem como resultado do uso de substâncias predominantemente psicoativas, incluindo medicamentos, ou comportamentos específicos de recompensa e reforço repetitivos”.⁶⁰³ (tradução nossa).

No mesmo documento, a dependência ao álcool é classificada no item 6C40 da seguinte forma:

“6C40 Distúrbios por uso de álcool

Descrição

Os distúrbios devidos ao uso de álcool são caracterizados pelo padrão e consequências do uso de álcool. Além da intoxicação por álcool, o álcool tem propriedades indutoras de dependência, resultando em dependência de álcool em algumas pessoas e na retirada do álcool quando o uso é reduzido ou descontinuado. O álcool está implicado em uma ampla gama de danos que afetam a maioria dos órgãos e sistemas do corpo, que podem ser classificados como Episódio único de uso nocivo do álcool e padrão prejudicial do uso de álcool. Os danos a outras pessoas resultantes do comportamento durante a intoxicação alcoólica estão incluídos nas definições de uso nocivo do álcool. São reconhecidos vários transtornos mentais induzidos pelo álcool e formas de comprometimento neurocognitivo relacionadas ao álcool”.⁶⁰⁴ (tradução nossa).

⁶⁰² Expressão utilizada por NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MASSONI, Túlio de Oliveira - Exames toxicológicos no ambiente de trabalho. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região* [Em linha]. Curitiba. Vol. 5, n.º 45 (out. 2015), p. 221-255. [Consult. 8 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/89347>. p. 221.

⁶⁰³ No original: “06 Mental, behavioural or neurodevelopmental disorders

Description

Disorders due to substance use and addictive behaviours are mental and behavioural disorders that develop as a result of the use of predominantly psychoactive substances, including medications, or specific repetitive rewarding and reinforcing behaviours.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE - 06 Mental, behavioural or neurodevelopmental disorders. In *International Classification of Diseases* [Em linha]. 11th rev. version 4 (2019). [Consult. 08 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fid%2fentity%2f334423054>).

⁶⁰⁴ No original: “6C40 Disorders due to use of alcohol

Description

Disorders due to use of alcohol are characterised by the pattern and consequences of alcohol use. In addition to Alcohol intoxication, alcohol has dependence-inducing properties, resulting in Alcohol dependence in some people and Alcohol withdrawal when use is reduced or discontinued. Alcohol is implicated in a wide range of harms affecting most organs and systems of the body, which may be classified as Single episode of harmful use of alcohol and Harmful pattern of use of alcohol. Harm to others resulting from behaviour during Alcohol

A dependência a outras drogas encontra-se nos itens seguintes ao 6C40, ainda no mesmo documento, sendo:

“6C41 Distúrbios devidos ao uso de maconha
6C42 Distúrbios devido ao uso de canabinóides sintéticos
6C43 Distúrbios por uso de opioides
6C44 Transtornos devidos ao uso de sedativos, hipnóticos ou ansiolíticos
6C45 Distúrbios por uso de cocaína
6C46 Distúrbios devido ao uso de estimulantes, incluindo anfetaminas, metanfetamina ou metacatinon
6C47 Distúrbios devido ao uso de catinonas sintéticas
6C48 Distúrbios devido ao uso de cafeína
6C49 Distúrbios devido ao uso de alucinógenos
6C4A Distúrbios devido ao uso de nicotina
6C4B Distúrbios devido ao uso de inalantes voláteis
6C4C Distúrbios devido ao uso de MDMA ou drogas relacionadas, incluindo MDA
6C4D Distúrbios devido ao uso de drogas dissociativas, incluindo cetamina e fenciclidina [PCP]
6C4E Distúrbios devido ao uso de outras substâncias psicoativas especificadas, incluindo medicamentos
6C4F Distúrbios devido ao uso de várias substâncias psicoativas especificadas, incluindo medicamentos
6C4G Distúrbios devidos ao uso de substâncias psicoativas desconhecidas ou não especificadas
6C4H Distúrbios devidos ao uso de substâncias não psicoativas
6A41 Catatonia induzida por substâncias psicoativas, incluindo medicamentos
6C4Y Outros transtornos especificados devido ao uso de substâncias
6C4Z Distúrbios não especificados por uso de substâncias”.⁶⁰⁵ (tradução nossa).

intoxication is included in the definitions of Harmful use of alcohol. Several alcohol-induced mental disorders and alcohol-related forms of neurocognitive impairment are recognised.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE - 6C40 Disorders due to use of alcohol. In *International Classification of Diseases* [Em linha]. 11th rev. version 4 (2019). [Consult. 08 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fid%2fentity%2f1676588433>).

⁶⁰⁵ No original: “6C41 Disorders due to use of cannabis

6C42 Disorders due to use of synthetic cannabinoids
6C43 Disorders due to use of opioids
6C44 Disorders due to use of sedatives, hypnotics or anxiolytics
6C45 Disorders due to use of cocaine
6C46 Disorders due to use of stimulants including amphetamines, methamphetamine or methcathinone
6C47 Disorders due to use of synthetic cathinones
6C48 Disorders due to use of caffeine
6C49 Disorders due to use of hallucinogens
6C4A Disorders due to use of nicotine
6C4B Disorders due to use of volatile inhalants
6C4C Disorders due to use of MDMA or related drugs, including MDA
6C4D Disorders due to use of dissociative drugs including ketamine and phencyclidine [PCP]
6C4E Disorders due to use of other specified psychoactive substances, including medications
6C4F Disorders due to use of multiple specified psychoactive substances, including medications
6C4G Disorders due to use of unknown or unspecified psychoactive substances
6C4H Disorders due to use of non-psychoactive substances
6A41 Catatonia induced by psychoactive substances, including medications
6C4Y Other specified disorders due to substance use
6C4Z Disorders due to substance use, unspecified.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE - 6C40 Disorders due to use of alcohol. In *International Classification of Diseases* [Em linha]. 11th rev. version 4 (2019). [Consult. 08 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fid%2fentity%2f1676588433>).

O alcoolismo pode ser definido, de acordo com a OIT, no manual intitulado *Problemas ligados ao álcool e a drogas no local de trabalho: uma evolução para a prevenção*, como “um controlo deficiente contínuo ou periódico sobre o consumo de bebidas alcóolicas, obsessão com álcool, consumo de bebidas alcóolicas apesar das consequências adversas, e distorções do pensamento, nomeadamente negação”⁶⁰⁶.

As drogas, por sua vez, no mesmo documento, são conceituadas como substâncias psicoativas e sujeitas a controlo internacional, caracterizando-se como substâncias psicoativas aquelas que, “quando ingeridas, podem alterar o humor, comportamento e processos cognitivos”⁶⁰⁷. Já por dependência pode-se entender o “estado em que um organismo se adaptou à presença da droga e em que surgem sintomas de abstinência se o consumo da droga for interrompido bruscamente”⁶⁰⁸.

Em relação aos grupos de substâncias que têm sido consideradas pela OIT como passíveis de gerar problema de dependência e abuso, destacam-se, de acordo com o manual citado acima:⁶⁰⁹

- (I) Álcool: cerveja, vinho, bebidas licorosas; diferentes quantidades de álcool puro em produtos como os medicamentos de venda livre;
- (II) Drogas:
 - 2.1 Cannabis,⁶¹⁰
 - 2.2 Psicodépressores,⁶¹¹
 - 2.3 Alucinógenos,⁶¹²
 - 2.4 Narcóticos,⁶¹³
 - 2.5 Estimulantes,⁶¹⁴

⁶⁰⁶ Vide ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - *Problemas ligados ao álcool e a drogas no local de trabalho: uma evolução para a prevenção* [Em linha]. Genebra: [S.n.]. 2003. [Consult. 08 out. 2019]. Disponível em WWW: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_666024.pdf. p. XVI.

⁶⁰⁷ *Idem*, p. XVII.

⁶⁰⁸ *Ibidem*.

⁶⁰⁹ *Idem*, p. 9.

⁶¹⁰ “Cannabis é o nome da planta do cânhamo, de onde se obtêm a marijuana, o haxixe e o óleo de haxixe. A marijuana é uma substância semelhantes ao tabaco, enquanto o haxixe consiste em secreções resinosas de planta e o óleo de haxixe é um extracto.” (*Idem*, p. 72.)

⁶¹¹ “Os depressores (agentes hipnóticos, sedativos e tranquilizantes) tornam mais lento o funcionamento do sistema nervoso central de modo a suprimir actividade neuronal no cérebro.” (*Idem*, p. 73).

⁶¹² “Os alucinógenos incluem tanto drogas que ocorrem naturalmente como aquelas que são produzidas sinteticamente. As drogas sintéticas (“designer drugs”) são muitas vezes mais fortes do que as drogas naturais que imitam.” (*Idem*, p. 75).

⁶¹³ “Os estupefacientes opiáceos são drogas que se obtêm a partir do ópio, de derivados do ópio ou de opiáceos sintéticos.” (*Idem*, p. 76).

⁶¹⁴ “Drogas que aceleram o funcionamento do sistema nervoso central de modo a aumentar a actividade neuronal do cérebro.” (*Idem*, p. 77).

(III) Medicamentos: antidepressivos, analgésicos e tranquilizantes.

Com efeito, os impactos sociais da utilização do álcool e drogas são enormes e nefastos, acarretando não só prejuízos financeiros e económicos diversos como questões relacionadas à segurança e bem-estar.

MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE⁶¹⁵, em obra dedicada sobre o tema *Consumo de Drogas*, destaca que o “flagelo da droga” atinge as famílias de muitos Estados como se se tratasse de uma “epidemia” e provoca sofrimentos, morte, desilusões e cicatrizes que jamais encontram “cura verdadeira”. Memora, ainda, ser um fenómeno de escala mundial, progredindo com a velocidade correspondente a eliminação de barreiras ou fronteiras alfandegárias.

Em relação ao álcool, o seu consumo “contribui para mais de 3 milhões de mortes em todo o mundo a cada ano e mais de 5% de carga global de doenças e lesões, de acordo com o recente relatório com o status global da OMS sobre álcool e saúde”⁶¹⁶.

Ainda de acordo com relatório global da OMS sobre álcool e saúde, publicado no ano de 2018, “cerca de 2,3 bilhões de pessoas consomem álcool atualmente”,⁶¹⁷ sendo que ele é ingerido por “mais da metade da população em três regiões da OMS – Américas, Europa e Pacífico Ocidental”⁶¹⁸.

Em livro dedicado à segurança rodoviária ocupacional, ALBERTO SILVEIRA⁶¹⁹ destaca que o consumo de álcool, drogas e medicamentos é, entre os fatores humanos, a principal causa de acidente de trânsito, sendo as demais: velocidade inadequada, distrações, ultrapassagens incorretas e incumprimento das normas de circulação.

No relatório Global Status Report on Alcohol and Health 2018, a OMS alerta:

“O uso nocivo do álcool é um dos principais fatores de risco para a saúde da população em todo o mundo e tem um impacto direto em muitos objetivos relacionados à saúde da Sustainable Development Goals (SDGs), incluindo os relacionados à saúde materna e infantil, (HIV, hepatite viral, tuberculose), doenças não transmissíveis e doenças mentais saúde, lesões e envenenamentos. A produção e o consumo de álcool são altamente relevantes para muitos outros objetivos e metas da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. O consumo per capita de álcool por ano em litros de álcool puro é um dos dois indicadores do SDG health target: 3.5 – “Fortalecer a

⁶¹⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *Consumo de Drogas: reflexões sobre o quadro legal*. 6ª edição revista e actualizada. Coimbra: Almedina, 2017. (Monografias). p. 29.

⁶¹⁶ A respeito, vide ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE - OMS lança iniciativa de controle do uso nocivo de álcool para prevenir e reduzir mortes e incapacidades [Em linha]. (28 set. 2018). [Consult. 08 out. 2019]. Disponível em WWW: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5774:oms-lanca-iniciativa-de-controle-do-uso-nocivo-de-alcool-para-prevenir-e-reduzir-mortes-e-incapacidades&Itemid=839

⁶¹⁷ *Ibidem*.

⁶¹⁸ *Ibidem*.

⁶¹⁹ A respeito, vide SILVEIRA, Alberto - *Segurança Rodoviária Ocupacional: um novo desafio na prevenção do risco profissional*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 30.

prevenção e tratamento do abuso de substâncias, incluindo abuso de estupefacientes e uso prejudicial de álcool”.⁶²⁰ (tradução nossa).

Ressalta-se que a preocupação com o tema da dependência ao álcool e drogas possui especial e histórico tratamento na área do desporto, sendo que o *exame antidoping* é medida existente no setor dos desportos, justamente para a preservação da saúde⁶²¹ dos esportistas e para a garantia de uma competição isonômica.

Note-se que a palavra *doping* surgiu “em 1889 no dicionário Inglês como a prática de dar aos cavalos ópio ou outras drogas”⁶²², sendo que, “a partir de 1933, no entanto, que a palavra *doping* é aceite a nível internacional”⁶²³.

Como alerta SÉRGIO NUNO COIMBRA CASTANHEIRA, em obra intitulada *O fenómeno do Doping no Desporto*, o objetivo de combater o *doping* no desporto é “tutelar da melhor forma possível determinados bens jurídicos – entre os quais se destacam a verdade, a igualdade e o espírito desportivos”⁶²⁴. O autor ressalta que se trata, em realidade, de uma questão maior, de saúde pública:

“Chegados a este ponto temos que hoje o *doping*, entendido em termos gerais, é um problema que ultrapassa as fronteiras do desporto competitivo para se colocar no seio da comunidade social que pratica actividade física desportiva, e que condutas como o consumo, administração e tráfico de substâncias dopantes, e prática de métodos dopantes, carecem de ser sancionadas não só em nome da ética desportiva e da igualdade das condições de competição, mas também em nome da preservação da saúde individual dos praticantes e da saúde pública”.⁶²⁵

⁶²⁰ No original: “The harmful use of alcohol is one of the leading risk factors for population health worldwide and has a direct impact on many health-related targets of the Sustainable Development Goals (SDGs), including those for maternal and child health, infectious diseases (HIV, viral hepatitis, tuberculosis), noncommunicable diseases and mental health, injuries and poisonings. Alcohol production and consumption is highly relevant to many other goals and targets of the 2030 Agenda for Sustainable Development. Alcohol per capita consumption per year in litres of pure alcohol is one of two indicators for SDG health target 3.5 – “Strengthen the prevention and treatment of substance abuse, including narcotic drug abuse and harmful use of alcohol.”. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE - *Global status report on alcohol and health 2018: Executive Summary* [Em linha]. Geneva: World Health Organization, 2018. [Consult. 08 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/312318/WHO-MSD-MSB-18.2-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).

⁶²¹ “Para além dos valores que se encontram eminentemente ligados ao desporto, como a ética, o fair play e a verdade e lealdade desportiva, o doping aparece também, tendo em consideração as inúmeras mortes ocorridas durante as provas desportivas, conexas com a saúde dos atletas. Assim, e a título de exemplo, a Convenção contra o Doping do Conselho da Europa, de 1989, salientava já a preocupação pelo uso cada vez mais alargado de produtos e de métodos de doping pelos desportistas e para as consequências que daí podem advir para a saúde dos praticantes. [...] Por sua vez o Código Mundial Antidopagem indica como um dos seus fundamentos a saúde, sem, contudo, especificar se se refere à saúde individual dos atletas ou à saúde pública ou mesmo a ambas.” (CASTANHEIRA, Sérgio Nuno Coimbra - *O fenómeno do Doping no Desporto: o atleta responsável e o irresponsável*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 41).

⁶²² *Idem*, p. 17.

⁶²³ *Ibidem*.

⁶²⁴ *Idem*, p. 13.

⁶²⁵ *Idem*, p. 44.

Nesse contexto de combate ao *doping* e prevenção, os exames para detecção de utilização de álcool e drogas têm se tornado cada vez mais eficazes, menos dispendiosos e com metodologias mais acessíveis.

As análises ou exames toxicológicos possuem como “objetivo principal identificar, determinar a concentração de toxicantes e/ou metabólicos e relacionar com os efeitos tóxicos produzidos no organismo”⁶²⁶.

Atualmente, já existem diversos tipos de testes e exames para detecção do uso de álcool e drogas, utilizando-se amostras biológicas, como urina, saliva, ar exalado, cabelo, suor, sangue, entre outros.

De acordo com COSTA⁶²⁷, existem amostras convencionais e não convencionais para a realização dos exames toxicológicos, sendo exemplos de convencionais a urina e sangue e das não convencionais o ar exalado, saliva, cabelo, unhas, suor, entre outros.

Logo, observa-se que há métodos atuais de detecção de uso de álcool e drogas que são menos invasivos do ponto de vista físico, por exemplo, o cabelo, a saliva, o ar exalado e até mesmo a urina.

Tais fatos acabam por influenciar, como dito, a utilização ou debate a respeito da possibilidade de se realizar exames toxicológicos para detecção de uso de álcool e droga no ambiente laboral, mormente porque os impactos de uma toxicodependência pelo empregado são nefastos também no ambiente de trabalho.

No que concerne às repercussões do uso de álcool e drogas no ambiente de trabalho, ressalta JÚLIO RICARDO DE PAULA AMARAL⁶²⁸, citando alguns estudos sobre o tema, que restou demonstrado que “as pessoas que fazem utilização de álcool e drogas, de maneira direta ou indireta, são responsáveis pela ocorrência de 20 a 25% dos acidentes de trabalho e, ainda, participam daquelas situações que geram até 30% das mortes que ocorrem no ambiente laboral”.

⁶²⁶ LANGE, Sacha Testoni; PAZZIM, Renan de Santi; GABRIEL, Maria Madalena; WAGNER, Ricardo - O cabelo como matriz analítica para o exame toxicológico de motoristas profissionais na Lei nº 13.103/15. *Visão Acadêmica*. Curitiba. Vol. 20, n.º 2 (abr.-jun. 2019), p. 77-88. [Consult. 15 ago. 2021]. Disponível em WWW: <https://revistas.ufpr.br/academica/article/view/66044>. p. 81.

⁶²⁷ COSTA, J. L. Características das amostras convencionais e não-convencionais. In MOREAU, R. L. M.; SIQUEIRA, M. E. P. B. - Toxicologia analítica. Rio de Janeiro: Guanabara, 2008. Cap. 4, p. 40-44.

⁶²⁸ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula - Testes de drogas e álcool na renovada Lei do Motorista Profissional (Lei n. 13.103/2015) - tensão entre o direito à intimidade e o dever de vigilância pelo empregador. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região* [Em linha]. Curitiba. Vol. 13, nº 5 (out. 2015), p. 88-118. [Consult. 8 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/89342>. p. 91.

Destacam AMAURI MASCARO NASCIMENTO e TÚLIO DE OLIVEIRA MASSONI⁶²⁹ a relevância social e mundial do tema, haja vista que “a síndrome da dependência de álcool e outras drogas psicoativas atinge não só seus portadores, mas também suas famílias” e, ainda, outras esferas sociais.

De fato, a questão da dependência ao álcool e drogas é um fenômeno multidisciplinar e complexo que atinge diversas esferas e áreas de conhecimento, incluindo a do trabalho.

Prelecionam os autores brasileiros, citando os ensinamentos da autora portuguesa TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, *litteris*:

“E estes são os desafios que se colocam com grande intensidade no mundo do trabalho, que não é (e nem poderia sê-lo) refratário ao problema em questão, que vem assumindo crescentes dimensões sociais. Como lembra Teresa Alexandra Coelho Moreira, o fenômeno do consumo de drogas no âmbito laboral, tal como noutros setores da sociedade, tem uma importante incidência. É um erro pensar que o problema de uso de drogas não afecta o mundo do trabalho. Na verdade, o uso abusivo de drogas é um problema dos mais graves enfrentados pela sociedade hodierna, com repercussões negativas tanto na esfera individual como familiar e social, atingindo o emprego das pessoas”.⁶³⁰

Dada a relevância e consequências do fenômeno na esfera social e mundial, em particular a laboral, a OMS tem se dedicado ao tema também sob a ótica da prevenção.

Não apenas essa organização, mas também a OIT⁶³¹, em estudo elaborado juntamente com a Organizações das Nações Unidas (ONU), intitulado *Problemas ligados ao álcool e a drogas no local de trabalho: uma evolução para a prevenção*, destaca que “os vários problemas relacionados com o álcool e outras drogas no local de trabalho, que se estima custarem à economia milhares de milhões de dólares todos os anos”,⁶³² envolvem a “saúde dos trabalhadores, o bem-estar e a segurança”⁶³³ deles, além de questões ligadas à responsabilidade civil e produtividade.

⁶²⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MASSONI, Túlio de Oliveira - Exames toxicológicos no ambiente de trabalho. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região* [Em linha]. Curitiba. Vol. 5, n.º 45 (out. 2015), p. 221-255. [Consult. 8 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/89347>. p. 222 e 223.

⁶³⁰ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador. *Studia Iuridica: Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra. N.º 78 (2004). p. 199 *apud* NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MASSONI, Túlio de Oliveira - Exames toxicológicos no ambiente de trabalho. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região* [Em linha]. Curitiba. Vol. 5, n.º 45 (out. 2015), p. 221-255. [Consult. 8 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/89347>. p. 223.

⁶³¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - *Problemas ligados ao álcool e a drogas no local de trabalho: uma evolução para a prevenção* [Em linha]. Genebra: [S.n.]. 2003. [Consult. 08 out. 2019]. Disponível em WWW: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_666024.pdf

⁶³² *Idem*, p. V.

⁶³³ *Ibidem*.

Vejamos, nesse sentido, o tratamento geral do tema no âmbito da OIT e, posteriormente, sob a ótica específica dos Direitos português e brasileiro.

5.2 TRATAMENTO GERAL DO TEMA NO ÂMBITO DA OIT

A OIT, fundada em 1919 com o objetivo de promover a *justiça social* e, assim, contribuir para a *paz duradoura e universal*, dedicou um estudo profundo ao tema em forma de manual intitulado *Problemas ligados ao álcool e a drogas no local de trabalho: uma evolução para a prevenção*.⁶³⁴

Em referido documento, a OIT reconhece que “os locais de trabalho são considerados um contexto adequado para a formulação e implementação de programas e políticas dirigidas ao álcool e a outras drogas”⁶³⁵ e, nesse sentido, produziu um manual orientativo para a formulação de referidas políticas nas empresas. Importante ressaltar que o manual foi elaborado com o apoio financeiro do Programa Internacional de Controlo de Drogas das Nações Unidas (United Nations International Drug Control Programme, UNDCP), o que demonstra que está em consonância com objetivos mundiais para a segurança e saúde no trabalho.

Da leitura do referido manual, podemos retirar, inicialmente, algumas conclusões relativas à influência da utilização de álcool e drogas no ambiente de trabalho, entre elas a de que “o abuso de álcool e substâncias nos locais de trabalho pode pôr em risco os trabalhadores, os seus colegas e a sua empresa”⁶³⁶.

Nesse viés, o manual aponta alguns dos efeitos do abuso nos locais de trabalho, assim resumidos:

- (a) acidentes de trabalho;
- (b) maior absenteísmo: a respeito, interessante a conclusão aferida em uma empresa fabricante de automóveis que observou que “os trabalhadores que consumiam grandes quantidades de bebidas alcóolicas/alcóolicos apresentavam padrões regulares de absenteísmo à segunda-feira”,⁶³⁷ assim como maiores erros nesse dia da semana;

⁶³⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - *Problemas ligados ao álcool e a drogas no local de trabalho: uma evolução para a prevenção* [Em linha]. Genebra: [S.n.]. 2003. [Consult. 08 out. 2019]. Disponível em WWW: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_666024.pdf

⁶³⁵ *Idem*, p. V.

⁶³⁶ *Idem*, p. 17-18.

⁶³⁷ *Idem*, p. 18.

- (c) falta de pontualidade, sendo comum os trabalhadores que consomem álcool e drogas se atrasarem para o trabalho e/ou saírem mais cedo;
- (d) aumento de pressão sobre os colegas, em virtude da maior carga de trabalho dos demais trabalhadores para compensar a menor produtividade dos que possuem dependência;
- (e) maior risco para a segurança do trabalhador e de terceiros resultante de atos de negligência e intoxicação ou dificuldades no julgamento daqueles que consomem drogas ou álcool em grandes quantidades;
- (f) maiores custos para a empresa, inclusive de substituição de pessoal;
- (g) problemas diversos relativos à capacidade produtiva, incluindo tempos de reação mais demorados às questões que se apresentam, dificuldades motoras, visão turva, maior agressividade ou tendência a depressão, perda de concentração (dificultando a aprendizagem e memória) e raciocínio lógico afetado (comprometendo o desempenho intelectual).

Por todos esses motivos, relevante destacar que a OIT considera que programas preventivos abrangentes relativos ao abuso de substâncias nos locais de trabalho são benéficos para os trabalhadores e empregadores, haja vista que, consoante já exposto, o abuso do álcool e drogas no ambiente de trabalho pode colocar em risco não só os trabalhadores como o público em geral e a própria empresa, aumentando as chances de acidentes e de abstenções no trabalho.

Logo, quanto antes houver alguma intervenção positiva na vida daquele trabalhador que está em vias de se tornar um dependente, melhor será para ele, para sua família e para a empresa em geral. Daí que a existência de uma política interna na empresa que vise não somente à detecção, mas à prevenção é de suma importância.

Com efeito, tem-se utilizado a analogia do *semáforo* para demonstrar como ocorre o processo de um indivíduo até a dependência.⁶³⁸ Vejamos:

⁶³⁸ Vide ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - *Problemas ligados ao álcool e a drogas no local de trabalho: uma evolução para a prevenção* [Em linha]. Genebra: [S.n.]. 2003. [Consult. 08 out. 2019]. Disponível em WWW: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_666024.pdf. p. 24-25.

Figura 1 – O semáforo como metáfora



Fonte: Adaptado do manual da OIT.⁶³⁹

Na figura do semáforo, na zona VERDE estariam os trabalhadores que não consomem álcool ou cujo consumo é de baixo risco. Para esses trabalhadores, o consumo é seguro e liberado. Ressalte-se que, na analogia feita pela OIT em seu Manual, não existe zona VERDE para consumo de drogas ilegais.

Na zona AMARELA, estariam aqueles trabalhadores que consomem álcool em excesso ou drogas, mas que ainda não desenvolveram a dependência. Nesses casos, se tratados a tempo, tais trabalhadores normalmente conseguem alterar seus hábitos, por si mesmos ou com a assistência de conselheiros. Eles devem cessar o uso de drogas imediatamente e reduzir ou eliminar o uso de álcool, já que estão em uma zona de perigo.

Por fim, a zona VERMELHA seria a zona de perigo. A intervenção é necessária. Os trabalhadores que se encontram nessa zona estão dependentes de uma ou mais substâncias (álcool ou drogas), tendo graves problemas no trabalho e em outras áreas de suas vidas. Tais trabalhadores em geral necessitam de assistência para tratamento profissional, objetivando resgatar suas vidas privadas e, ainda, uma vida normal de trabalho.

A partir dessa analogia e do ponto de vista prático, o Manual da OIT dá as seguintes recomendações para a criação de programas de prevenção de abuso de substâncias nos locais de trabalho, resumidas a seguir, de acordo com a síntese por nós extraída da leitura da íntegra do documento:

⁶³⁹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - *Problemas ligados ao álcool e a drogas no local de trabalho: uma evolução para a prevenção* [Em linha]. Genebra: [S.n.]. 2003. [Consult. 08 out. 2019]. Disponível em WWW: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_666024.pdf. p. 25.

- (a) as políticas e programas devem ter como objetivo a prevenção, a redução e o tratamento dos dependentes. Campanhas de sensibilização e educação são essenciais;
- (b) os problemas relativos ao consumo de álcool e drogas deve ser considerado um problema de saúde, pelo que não pode haver discriminação. Os trabalhadores que estiverem em tratamento e reabilitação devem gozar da segurança normal dos empregos e iguais oportunidades de promoção e transferência que demais trabalhadores;
- (c) sendo um problema de saúde, devem ser tratados com recurso a serviços de saúde, privados ou públicos;
- (d) os empregadores, trabalhadores e seus representantes devem avaliar de forma conjunta os efeitos do consumo de álcool e drogas no ambiente de trabalho, cooperando para a elaboração da política da empresa em relação a esse problema;
- (e) a política deve possuir restrições ou proibições idênticas para pessoal de direção e demais trabalhadores;
- (f) programas de informação, instrução e formação sobre o álcool e drogas devem fazer parte, na medida do possível, de programas de saúde mais amplos na empresa, objetivando o fomento da segurança e local de trabalho;
- (g) deve haver um sistema para garantir o caráter confidencial da informação relativa aos problemas relacionados com o consumo de álcool e drogas;
- (h) deve ser reconhecido que a estabilidade que um emprego oferece é fator importante para facilitar a recuperação dos problemas relacionados ao consumo de álcool e drogas;
- (i) o aconselhamento, tratamento e reabilitação devem ser priorizados, como regra;
- (j) não obstante, é de se reconhecer que os empregadores podem estabelecer e aplicar sanções para trabalhadores cuja conduta profissional seja imprópria como consequência de problemas relacionados com o consumo de álcool e de drogas. Inclusive podem eles tomar medidas disciplinares caso o trabalhador não colabore plenamente com o tratamento. Tais medidas, se aplicáveis, deverão constar preferencialmente do programa estabelecido pela empresa, de forma clara e objetiva para os trabalhadores;
- (k) o envolvimento de lideranças e alta administração da empresa, representantes dos trabalhadores e profissionais de saúde também é essencial, contribuindo para

a credibilidade do programa, sua assertividade e aceitação pelos trabalhadores. Deve haver treinamento ou formação das pessoas envolvidas diretamente no programa para viabilizar sua implementação e aplicação;

- (l) pode ser realizado um mesmo programa para álcool e drogas;
- (m) o programa deve conter, também, iniciativas que envolvam não só o trabalhador, mas suas famílias, já que estas também são afetadas quando há a dependência;
- (n) instrumentos de autoavaliação a ser realizada pelo próprio trabalhador são ferramentas úteis para ajudá-lo a tomar consciência de que tem um problema com abuso de álcool e drogas;⁶⁴⁰
- (o) o programa deve levar em consideração os recursos essenciais para sua aplicação prática, incluindo pessoas envolvidas, tempo e dinheiro;
- (p) recomenda-se, ainda, que o programa seja escrito (não sendo, contudo, condição essencial em empresas de menor porte) e contenha os seguintes itens: (i) sua fundamentação, ou seja, as razões que levam a sua criação, sendo razões que devem incluir questões relativas à segurança, saúde e bem-estar; (ii) seus objetivos e metas; (iii) seu âmbito de aplicação, de forma a envolver todos os trabalhadores e, ainda, se for o caso, suas famílias; (iv) informações que serão confidenciais; (v) os papéis e responsabilidades de cada um na implementação e aplicação do programa; (vi) as substâncias psicoativas abrangidas pelo programa; (vii) os tipos de atividade que a empresa disponibiliza para formação, sensibilização e educação dos trabalhadores quanto ao programa; (viii) os tipos de assistência disponíveis para os trabalhadores, incluindo serviços de aconselhamento e eventual serviço de tratamento e reabilitação;
- (q) em relação às análises toxicológicas, estas envolvem um problema fundamental de ordem moral, ética e jurídica, sendo que, por esse motivo, deve ser verificada a justiça e oportunidade na sua realização. Logo, o programa deverá especificar

⁶⁴⁰ Interessantes são os exemplos de autoavaliação citados pela OIT para detecção precoce de consumidores de álcool problemáticos. Exemplificativamente, eis um modelo denominado questionário CAGE, que contém apenas 4 (quatro) perguntas a serem respondidas pelo trabalhador, quais sejam:

1. Alguma vez sentiu que deveria reduzir o seu consumo de bebidas alcóolicas?
2. Alguém o aborreceu por criticar o seu hábito de consumo de bebidas alcóolicas?
3. Alguma vez se sentiu mal ou culpado por consumir álcool?
4. Alguma vez consumir uma bebida alcóolica foi o seu primeiro gesto ao acordar, para acalmar os nervos ou fazer passar os efeitos de uma ressaca?

(A respeito, vide: ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - *Problemas ligados ao álcool e a drogas no local de trabalho: uma evolução para a prevenção* [Em linha]. Genebra: [S.n.]. 2003. [Consult. 08 out. 2019]. Disponível em WWW: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_666024.pdf. p. 85-89).

se serão realizados exames toxicológicos, ou seja, análise de fluidos corporais para detecção de álcool ou drogas. Por ser essa uma questão controversa que depende de legislação nacional, deve ser verificada a lei a respeito, bem como regulamentos nacionais e, caso autorizados, em que condições os exames toxicológicos serão feitos, incluindo quem será submetido a eles, e com que frequência, quais substâncias serão testadas, quais ações serão tomadas em caso de resultados positivos e os cuidados para a confidencialidade e privacidade de tais informações a respeito do trabalhador.

A respeito dos testes de despistagem do consumo de álcool e drogas, em Reunião Tripartite Inter-regional de Peritos da OIT sobre Testes de Despistagem do Consumo de Drogas e Álcool nos Locais de Trabalho, ocorrida de 10 a 14 de maio de 1993, na cidade de Oslo, na Noruega, foram definidos alguns princípios orientadores, inseridos no Anexo V do Manual da OIT⁶⁴¹.

NASCIMENTO e MASSONI, citando referido documento, apontam suas principais diretrizes, as quais reproduzimos integralmente abaixo, *litteris*:

“(…)

- os interlocutores sociais envolvidos (empresa, trabalhadores e representações de trabalhadores), conjuntamente, devem reconhecer se há uma situação que justifique intervenção e formular as distintas medidas cabíveis e adequadas, tendo-se em conta variáveis de ordem ética, jurídica e técnica;
- a política, então, poderá contemplar as formas e exames para detectar a presença de álcool e outras drogas no trabalho, fixados por escrito, juntamente com os esclarecimentos dos objetivos maiores da política, dando-se ciência aos envolvidos das técnicas de análise, obtendo-se o consenso mais amplo possível;
- os métodos de detecção e diagnóstico devem oferecer a maior segurança e qualidade possível, escolhendo-se laboratórios especializados, imparciais;
- existem dois tipos de provas: as empregadas para detectar a apresentação de uma substância no organismo (provas de despistagem) e aquelas que se utilizam para confirmar os resultados obtidos (provas de confirmação). As primeiras representam a fase inicial, sujeita à posterior confirmação em etapa seguinte, eis que alguns fármacos receitados legalmente podem, em certos casos, aparecerem como substâncias ilícitas, daí a necessidade de interpretação adequada dos dados obtidos;
- reconhece-se que a necessidade de provas comporta certa invasão na intimidade das pessoas;
- por outro lado, o custo de exames toxicológicos são muito altos (sic!), de modo que um programa de exame toxicológico, antes de implantado, deve levar tais fatores em consideração;
- deve-se analisar cautelosamente os casos e considerar que há pessoas que somente consomem várias substâncias de forma esporádica e eventual, como álcool, medicamentos que exigem receitas, medicamentos de venda livre, drogas ilícitas e drogas reguladas;

⁶⁴¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - *Problemas ligados ao álcool e a drogas no local de trabalho: uma evolução para a prevenção* [Em linha]. Genebra: [S.n.]. 2003. [Consult. 08 out. 2019]. Disponível em WWW: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_666024.pdf. Anexo V. p. 91-102).

- não basta, portanto, dispor de meios capazes de detectar a substância, mas deve-se estabelecer o alcance e a amplitude dos problemas que se colocam para que a equipe técnica responsável os avalie adequadamente. Com efeito, as provas que detectam a presença de drogas prestam-se a comprovar o uso de uma substância tóxica em particular, mas não trazem nenhuma outra informação acerca da conduta social do usuário. Na atualidade não há nenhuma prova que indique, com exatidão, os efeitos do consumo de álcool e outras drogas no desempenho do trabalho;
- exames toxicológicos (de bafômetro, de sangue, de urina, por fios de cabelo ou semelhantes) levantam questões ético-jurídicas de fundamental importância, variáveis de país para país, aspectos a serem resolvidos antes de se proceder aos exames, por exemplo: ‘justificam-se medidas dessa natureza? Em que circunstâncias?’
- a decisão sobre a necessidade do exame deve ter em conta o trabalho e a função exercida, pois em alguns casos, a questão da intimidade prevalece sobre a necessidade de realizar os exames. Além disso, as provas devem ser mantidas em caráter sigiloso com vistas a prevenir assédio moral e consequências potencialmente discriminatórias;
- para proteger os direitos dos trabalhadores, em exames positivos, deve-se preferir um exame médico independente e incentivá-los a buscarem serviços de assistência médica e psicológica especializados;
- algumas legislações, práticas nacionais ou costumes, para os casos de trabalhadores com exame positivo, preveem medidas destinadas a garantir o emprego;
- em alguns países, os trabalhadores têm o direito de escolher o seu próprio médico para fins do exame toxicológico e ter acesso ao resultado do exame e, em todo caso, devem ser informados desde a contratação quando a empresa mantém programa nesse sentido; e
- como medidas de proteção da intimidade dos trabalhadores e confidencialidade dos resultados dos exames, podem ser observadas as seguintes regras procedimentais: manter em segredo a identidade do trabalhador; guardar o prontuário em lugar seguro; obter autorização expressa do trabalhador antes de comunicar os resultados de cada exame; certificar-se de que a autorização dada pelo trabalhador permite a comunicação do resultado a terceiros e, em caso afirmativo, quem são as pessoas, firmando o documento na presença de testemunhas e comunicando às partes interessadas as políticas relativas à confidencialidade do programa dos exames”⁶⁴².

Note-se, portanto, que, apesar de o Manual conter diretrizes gerais, o mesmo documento esclarece que “não existe um formato único de programa que responda às necessidades de todas as empresas”⁶⁴³, dando certa flexibilidade para que as adaptações sejam realizadas em cada empresa, considerando suas atividades e peculiaridades.

De fato, em certas atividades e em determinados setores operacionais, o risco no caso de acidentes pode ter proporções enormes, como na área de transportes, nas indústrias que lidam

⁶⁴² NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MASSONI, Túlio de Oliveira - Exames toxicológicos no ambiente de trabalho. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região* [Em linha]. Curitiba. Vol. 5, n.º 45 (out. 2015), p. 221-255. [Consult. 8 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/89347>. p. 228-230.

⁶⁴³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - *Problemas ligados ao álcool e a drogas no local de trabalho: uma evolução para a prevenção* [Em linha]. Genebra: [S.n.]. 2003. [Consult. 08 out. 2019]. Disponível em WWW: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_666024.pdf. p. 6.

com fabricação de substâncias perigosas, investigação nuclear, química ou biológica, empresas de segurança, mineração, siderurgia, entre outras.

Portanto, consoante será evidenciado mais adiante, apesar do direito à intimidade do trabalhador, que impede que exames toxicológicos sejam realizados de forma totalmente indiscriminada e sem respaldo de política prévia e anterior, há situações fáticas que justificam a realização de tais exames no contexto do ambiente do trabalho, justamente porque interesses maiores estão envolvidos, tais como a manutenção da vida e da integridade física de uma coletividade e do próprio trabalhador.

Esse caminho é, inclusive, o que tem seguido a OIT, como ressalta QUINTAS⁶⁴⁴:

“Segundo a Organização Internacional do Trabalho analisando a protecção de dados dos trabalhadores, indica que:

‘Os empregadores não devem recolher dados pessoais sobre << vida sexual, ideias políticas, religiosas e antecedentes penais (ponto 6.5.1);

Só em circunstâncias excepcionais – quando estejam numa relação directa com a decisão em matéria de emprego e se cumpram as disposições da lei nacional – se podem recolher esses dados (ponto 6.5.2).

A recolha de dados de saúde só será admitida quando necessária para <<determinar se o trabalhador pode ocupar um posto de trabalho específico, para cumprir os requisitos em matéria de saúde e segurança no trabalho ou para determinar o direito a prestações sociais.’ Ou seja, a autodeterminação pessoal pode ser limitada ou condicionada se estiver em causa a protecção da saúde pública ou a segurança dos trabalhadores, colegas e terceiros (v.g. pilotos, pessoal de bordo ou controladores de tráfego aéreo)”.

Feitas essas observações gerais sobre a questão sob o enfoque da OIT, analisemos adiante seu enquadramento legal e jurisprudencial nos ordenamentos de Portugal e do Brasil.

⁶⁴⁴ QUINTAS, Paula - *Os direitos de personalidade consagrados no código do trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado: direitos (des) figurados*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 292.

No mesmo sentido, citem-se os ensinamentos de GUERRA: “A Organização Internacional do Trabalho tem-se preocupado com as questões relativas à vida privada dos trabalhadores. Na sequência da reunião de peritos, realizada em Genebra em Outubro de 1996, foram feitas recomendações práticas sobre a protecção de dados dos trabalhadores. De entre os princípios aí consignados destacaremos os seguintes:

- Os empregadores não devem recolher dados pessoais sobre a vida sexual (ponto 6.5.1);
- Só em circunstâncias excepcionais – quando estejam numa relação directa com a decisão em matéria de emprego e se cumpram as disposições da lei nacional – se podem recolher esses dados (ponto 6.5.2);
- A recolha de dados de saúde só deverão ser recolhidos quando necessários <<para determinar se o trabalhador pode ocupar um posto de trabalho específico, para cumprir os requisitos em matéria de saúde e segurança no trabalho ou para determinar o direito a prestações sociais>>, (ponto 6.7)⁶⁴⁴.” (GUERRA, Amadeu - *A privacidade no local de trabalho: as novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados. Uma abordagem ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 289-290).

5.3 OS EXAMES TOXICOLÓGICOS NO AMBIENTE LABORAL: ANÁLISE DA REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA EXISTENTE NO DIREITO PORTUGUÊS

Apesar das diretrizes gerais ditadas pela OIT a respeito das políticas de prevenção de abuso de álcool e drogas no ambiente laboral, fato é que a realidade de cada país ou ordenamento jurídico deve ser analisada, mormente no que diz respeito à possibilidade, ou não, de se realizarem exames toxicológicos nos empregados pelas empresas.

Isso porque, como visto, a dependência ao álcool e drogas é questão extremamente delicada que envolve aspectos íntimos da pessoa humana e, também, de sua família, já que, comumente, esta sofre com os efeitos da toxicodependência ou alcoolismos de um de seus membros.

Dessa forma, apesar das diretrizes gerais que, certamente, orientam políticas e programas para prevenção quanto ao abuso de tais substâncias que alteram características e comportamentos do indivíduo de uma maneira singular, na sua aplicação prática em cada país ou ordenamento jurídico, há que se invocar, inicialmente, os dispositivos legais aplicáveis.

No ordenamento português, como já vimos nos capítulos anteriores, a CRP protege, em seu artigo 26º, o direito de todos os cidadãos à reserva da intimidade da vida privada e familiar, garantindo, ainda, a dignidade da pessoa humana.

A integridade física e moral das pessoas, além da inviolabilidade da vida humana, são outros princípios fundamentais consagrados na Constituição nos artigos 25º e 24º, respectivamente. Por sua vez, o direito à segurança está tutelado no artigo 27º do mesmo diploma legal.

No diploma trabalhista português – CTP –, o direito à reserva da intimidade da vida privada foi tutelado no artigo 16º, bem como o direito à integridade física e moral no artigo 15º.

Já o artigo 281º do CTP garante a segurança do trabalhador ao afirmar que é direito do trabalhador prestar trabalho em condições de segurança e saúde, sendo, portanto, obrigação do empregador assegurar tais condições aos trabalhadores em todos os aspectos relacionados à atividade devendo, inclusive, tomar medidas necessárias tendo em conta os princípios gerais de prevenção. Desde já, ressalta-se que os trabalhadores também devem cumprir as prescrições de segurança e saúde no trabalho estabelecidas pelo empregador ou decorrentes de lei ou de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, corroborando seu dever de colaboração.

A questão, pois, da possibilidade, ou não, de se realizarem exames toxicológicos nos empregados, sob a ótica do ordenamento jurídico português, perpassará a análise inicial desses dispositivos constitucionais que protegem a pessoa humana, sua dignidade e intimidade.

A princípio, poder-se-ia concluir que, por protegerem a intimidade do indivíduo e sua integridade física e moral, os exames toxicológicos realizados pelas empresas nos trabalhadores poderiam afrontar tais preceitos constitucionais, colocando em risco a sua dignidade como pessoa que merece ser respeitada e preservada em seu conceito e moral. Não obstante, tal como já vimos pela análise das próprias diretrizes gerais da OIT mencionadas no item anterior, a questão não é tão simples como parece.

Em determinadas situações, justamente porque existem questões maiores ligadas à integridade física e ao direito à vida do próprio indivíduo ou de terceiros, é que surgirá, com enorme relevância, o direito do empregador de realizar exames toxicológicos no ambiente de trabalho, sendo, inclusive, medida salutar de segurança e medicina do trabalho.

Conforme já analisado, a dependência ao álcool e drogas causa inúmeros transtornos cognitivos, comportamentais e físicos nos seres humanos.

Como afirma AMADEU GUERRA, citando SILVESTRE SOUSA, “a embriaguez e a toxicodependência constituem estados ou mesmo doenças que, afectando as qualidades e inteligência e da vontade do homem, alteram, inevitavelmente, a sua personalidade e até o seu carácter”⁶⁴⁵. A capacidade de entender, de reagir a determinadas situações, bem como a própria condição física do ser humano, quando intoxicado pelo abuso do álcool e drogas, ficam nitidamente comprometidas. Visão, equilíbrio, raciocínio, agilidade e a própria capacidade de discernimento diante de situações de risco sofrem danos devido ao uso de tais substâncias.

Por esse motivo, em algumas situações que envolvem atividades de risco nas empresas – como atividades em alturas, atividades em contato com explosivos, inflamáveis, alto-forno, mineração, direção e transporte, entre outras –, a mera possibilidade de que o trabalhador responsável por alguma operação esteja com suas capacidades física e intelectual comprometidas ou reduzidas em virtude do abuso do álcool ou das drogas, causa enorme preocupação. Um simples descuido ou desatenção por parte do trabalhador pode causar acidentes de projeções inimagináveis, colocando em risco a integridade física e a vida do próprio trabalhador toxicodependente ou alcóolatra e, inclusive, de terceiros.

Quem já teve a oportunidade de visitar uma empresa de siderurgia na sua produção de aço ou, ainda, uma empresa de mineração em suas áreas de operação, sabe exatamente o que estamos dizendo. Imaginar que algum trabalhador, de forma descuidada, possa ter adentrado

⁶⁴⁵ SOUSA, Silvestre - Problemática da embriaguez e da toxicomania em sede de relação de trabalho. *Revista de Direito e Estudos Sociais*. Ano XXIX (II da 2ª série), n. 3 (jul.-set. 1987), p. 399 *apud* GUERRA, Amadeu - *A privacidade no local de trabalho: as novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados. Uma abordagem ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 262.

nas instalações da empresa para realizar suas funções sob o efeito de substâncias tóxicas é alarmante.

Por esse motivo, note-se que, nem sempre, o direito à intimidade do trabalhador vai ser o valor ou preceito fundamental máximo a ser resguardado. Direitos maiores como a vida, segurança e integridade física do próprio ou de terceiros podem prevalecer e, nesse sentido, justificarem uma compressão, em determinadas hipóteses, do direito de intimidade do trabalhador.

Importante notar, ademais, que, como vimos, o empregador tem o poder diretivo de determinar ou ditar regras no seio da organização empresarial, a fim de alcançar seus objetivos. E não nos esqueçamos de que o empregador é responsável por garantir a saúde, segurança e integridade física dos trabalhadores no ambiente laboral, podendo responder civil⁶⁴⁶ e criminalmente⁶⁴⁷ em caso de omissão.

Nesse contexto é que o Direito português, no CTP, optou por dedicar disposições legais específicas quanto à realização dos exames e testes no seio da empresa.

De um lado, o CTP reconhece os direitos de personalidade do trabalho, inclusive o direito à intimidade do trabalhador, tutelando-os. De outro, também reconhece os poderes

⁶⁴⁶ O artigo 70º e seguintes do Código Civil de Portugal também tutelam os direitos de personalidade. O artigo 70º assim preceitua: “1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.

2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.” (DECRETO-LEI n.º 47344, de 25 de Novembro de 1966 - Código Civil [Em linha]. Atualizado de acordo com: Lei n.º 85/2019, de 03/09. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.codigocivil.pt/>)

⁶⁴⁷ O Código Penal de Portugal, qual seja, o Decreto-Lei n.º 48/1995, preceitua nos artigos 156º e 157º:

“Art. 156º **Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários:**

1 – As pessoas indicadas no artigo 150º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

2 – O facto não é punível quando o consentimento:

Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a via ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou

Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.

3 – Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão até seis meses ou com pena de multa até 60 dias.

4 – O procedimento criminal depende de queixa.

Art. 157º **Dever de esclarecimento** Para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica.” (DECRETO-LEI n.º 48/95 - Código Penal [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34437675/view?q=c%C3%B3digo+penal>).

diretivos e organizacionais do empregador, inclusive o seu direito de gestão empresarial e sua relevância para garantir a continuidade da empresa e preservar seus interesses.

Tendo isso em conta, qual foi a solução legal preconizada pela legislação laboral portuguesa para compatibilizar esse direito à intimidade do trabalhador, de um lado, e o poder diretivo e organizacional do empregador, de outro, inclusive na adoção de medidas que possam salvaguardar seus interesses em relação aos exames e testes no ambiente de trabalho?

A questão foi estabelecida, justamente, com uma menção a situações excepcionais, que, por merecerem tratamento diferenciado, necessitam, em obediência aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de uma solução peculiar.

Desse modo, destacou o artigo 19º do CTP, *verbis*:

“ARTIGO 19º. Testes e exames médicos

1. Para além das situações previstas em legislação relativa a segurança e saúde no trabalho, o empregador não pode, para efeitos de admissão ou permanência no emprego, exigir a candidato a emprego ou a trabalhador a realização ou apresentação de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas, salvo quando estes tenham por finalidade a protecção e segurança do trabalhador ou de terceiros, ou quando particulares exigências inerentes à actividade o justifiquem, devendo em qualquer caso ser fornecida por escrito ao candidato a emprego ou trabalhador a respectiva fundamentação. [...] 2. O médico responsável pelos testes e exames médicos só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto para desempenhar a atividade”.^{648 649}

Pela leitura do texto legal, pode-se observar que, em relação à realização de exames toxicológicos em Portugal:

- (a) como regra geral, a legislação laboral portuguesa não permite a realização de testes e exames toxicológicos nos empregados, justamente porque violariam o direito à intimidade destes;
- (b) contudo, tendo compreendido que, muitas vezes, valores maiores podem estar em risco pela gravidade e seriedade da situação envolvida, o mesmo diploma legal apresenta uma exceção, qual seja, quando envolver a segurança e protecção do próprio trabalhador e de terceiros ou quando particulares exigências inerentes à actividade assim o justificarem. Em ambos os casos, a lei exige que a justificativa seja fornecida por escrito ao trabalhador, com a respectiva

⁶⁴⁸ LEI n.º 7/2009 - Código do Trabalho [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>

⁶⁴⁹ Interessante notar a afirmação de QUINTAS, para quem a redação do artigo 19º do Código do Trabalho de Portugal teria sido influenciada, em parte, pelo art. 373º-A da Consolidação das Leis do Trabalho, do Brasil. (QUINTAS, Paula - *Os direitos de personalidade consagrados no código do trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado: direitos (des) figurados*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 289).

fundamentação, justamente para evitar atitudes de perseguição, discriminação ou abuso.

A solução encontrada pelo ordenamento juslaboral português está em conformidade com o disposto no artigo 355º do CCP, que afirma: “havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na mesma medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes”. E, ainda, no item 2 do mesmo artigo, “se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deve considerar-se superior”, o que possibilita a compressão de um direito considerado de menor relevância no caso concreto em benefício de um direito superior.

A nosso ver, a solução está consoante, ainda, com as orientações ou diretrizes gerais da OIT, que, como apontado anteriormente, não dá aval incondicionado ao empregador para realizar exames toxicológicos no ambiente laboral, mas, reconhecendo a importância de tais exames em determinadas situações e atividades, justamente para fins de prevenção de riscos e acidentes, admite que sejam realizados em alguns casos.

Discorrendo a respeito do mencionado artigo 19º do CTP e da possibilidade de se realizarem exames toxicológicos em determinadas hipóteses, afirma DRAY⁶⁵⁰:

“A primeira parte do número 1 do preceito em apreço afirma como princípio geral o de que o empregador semelhança do artigo 17º acima referido, tem-se em vista não apenas o trabalhador, mas aquele que se candidata ao emprego, ficando abrangidos os atos e negócios praticados nos preliminares da formação contratual. Está em causa, mais uma vez, a protecção da esfera íntima do trabalhador ou candidato a emprego, bem como a respetiva integridade moral ou física.

A segunda parte do número 1 admite limitações ao referido princípio geral, mediante o preenchimento cumulativo de três requisitos: em termos substantivos, o empregador poderá exigir a realização ou a apresentação de exames médicos quando a finalidade de tal exigência se prenda com a protecção e segurança do trabalhador ou de terceiros, ou quando particulares exigências inerentes à atividade o justifiquem; do ponto de vista formal exige-se (à semelhança do regime do artigo 17º) que o empregador forneça por escrito ao candidato a emprego ou ao trabalhador a fundamentação que preside à referida exigência e que as informações sejam prestadas a médico; em termos de procedimento, exige-se a intermediação de um médico.

Assim, se estiver em causa uma atividade de manuseamento de produtos tóxicos, justifica-se que o empregador possa exigir ao trabalhador a apresentação de exames médicos destinados a comprovar a inexistência de doenças de natureza respiratória não pode, para efeitos de admissão ou permanência no emprego e ressalvadas as situações previstas na legislação relativa a segurança, higiene e saúde no trabalho, exigir ao candidato a emprego ou ao trabalhador a realização ou apresentação de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas do trabalhador. A título meramente exemplificativo: o empregador não poderá solicitar ao trabalhador a realização de testes e exames médicos para verificar a sua seropositividade, as suas características genéticas ou o seu grau de alcoolismo ou toxicod dependência. Também neste caso, à (protecção do trabalhador); tratando-se

⁶⁵⁰ DRAY, Guilherme Machado - *O princípio da protecção do trabalhador*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 378-380. A respeito, vide também DRAY, Guilherme Machado - *Direitos de Personalidade: anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 82-84.

do exercício de funções de enfermagem na unidade de cuidados intensivos de um serviço hospitalar, justifica-se que o empregador possa exigir ao trabalhador testes comprovativos de que o mesmo não padece de qualquer doença infecto-contagiosa (protecção de terceiros); se estiver em causa a contratação de um piloto de aviação ou a de um praticante desportivo, é a própria natureza da atividade que parece justificar tal exigência.

[...] O número 3 do artigo 19º, por sua vez, garante ao trabalhador a confidencialidade dos testes ou exames médicos a que se haja submetido: o médico responsável pela sua realização só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto para desempenhar a atividade, salvo autorização escrita deste. Trata-se de um corolário do direito à reserva da intimidade da vida privada”.

Em sentido idêntico, MENEZES LEITÃO⁶⁵¹, reafirmando que os dados concernentes à saúde física ou psíquica das pessoas referem-se à sua esfera íntima, destaca, entretanto, exceções a essa regra geral previstas no ordenamento pátrio, quais sejam, “a) os testes que tenham por finalidade a protecção e segurança do trabalhador ou de terceiros; e b) quando a natureza da actividade profissional o justifique”, em qualquer caso, com a devida fundamentação.

Do ponto de vista prático, o autor cita determinadas profissões que justificariam a realização de testes e exames. Nesse viés, afirma:

“Efectivamente, em certo tipo de profissões, como o transporte de passageiros, actividades de segurança, manuseamento de produtos perigosos, etc., as condições físicas e psíquicas do trabalhador podem pôr em risco o próprio, companheiros de trabalho ou terceiros, pelo que se justifica a existência desse contrôlo pela entidade patronal”.⁶⁵²

Discorrendo também a respeito do artigo 19º do Código do Trabalho de Portugal e quanto ao direito de intimidade do empregado e acesso a dados que permitam avaliar a aptidão física ou psíquica do empregado, TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA⁶⁵³ destaca que referidas questões devem ser sopesadas considerando diversas questões. Assim:

“Propugnamos, assim, que em relação a esta possibilidade se faça a análise casuística tendo em atenção o tipo de dados questionados, o tipo de empresa em questão, o número de trabalhadores e o posto de trabalho em causa, sem estabelecermos princípios gerais, rígidos, que não admitam exceções.

(...) a realização destes exames, para ser considerada adequada e os seus objetivos lícitos, só pode ocorrer quando visa prevenir, evitar ou controlar os prejuízos para a saúde que podem derivar da execução da prestação de trabalho, quando nela existam factores de risco sobre os quais pode incidir situação clínica do trabalhador, ou quando

⁶⁵¹ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de - *Direito do Trabalho*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. (Manuais Universitários). p. 167.

⁶⁵² *Ibidem*.

⁶⁵³ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador. *Studia Iuridica: Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra. N.º 78 (2004). p. 216; 358-359 *apud* NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MASSONI, Túlio de Oliveira - Exames toxicológicos no ambiente de trabalho. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região* [Em linha]. Curitiba. Vol. 5, nº 45 (out. 2015), p. 221-255. [Consult. 8 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/89347>. p. 223.

visem comprovar que o mesmo reúne as condições psicofísicas adequadas para o desempenho das tarefas inerentes ao exercício da sua profissão e que, em função das condições deste, o seu estado de saúde não implica nenhum perigo nem para o próprio nem para o resto dos trabalhadores”.

Em todo o caso, é importante ressaltar alguns aspectos essenciais que a legislação portuguesa exige em relação a esses testes e exames no ambiente laboral, quais sejam, conforme destaca JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, citado por NASCIMENTO e MASSONI⁶⁵⁴: “aviso prévio do teste, notificação dos resultados e, em caso positivo, submissão a uma dupla verificação de controle, além da confidencialidade dos resultados dos testes”.

De fato, o médico do trabalho responsável pelos testes deve manter a necessária confidencialidade a respeito do resultado, a fim de preservar a intimidade, dignidade e imagem do trabalhador. Logo, ele somente poderá comunicar ao empregador se o trabalhador está, ou não, apto para determinada função.

Autorizada a realização de exames toxicológicos em empregados, surge outra questão relevante: qual deve ser a forma de tratamento dos dados médicos obtidos com ditos exames, sob a ótica da CNPD.

Referido tema já foi tratado em item anterior, inclusive destacando-se o artigo 35º da CRP, que assegura a proteção aos dados pessoais através de entidade administrativa independente. Contudo, interessante recordar pela vinculação efetiva com o tema central da presente tese de doutoramento.

Conforme visto anteriormente, a Lei n.º 58/2019, que assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, instituiu a CNPD como a autoridade para fins de controlo nacional da aplicação da referida lei e, ainda, para efeitos do RGPD.

A CNPD, de acordo com o que dispõe o artigo 4º, 1, da Lei n.º 58/2019, é uma entidade administrativa independente, com poderes de autoridade, que funciona junto da Assembleia da República e possui autonomia na esfera financeira e administrativa, sendo personalidade jurídica de direito público. A CNPD, portanto, é o órgão responsável por, além de controlar e fiscalizar o cumprimento da RGPD e das próprias disposições da Lei n.º 58/2019, “defender os

⁶⁵⁴ GOMES, Júlio - *Direito do Trabalho. Vol. I. Relações Individuais de Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 352 *apud* NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MASSONI, Túlio de Oliveira - Exames toxicológicos no ambiente de trabalho. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região* [Em linha]. Curitiba. Vol. 5, nº 45 (out. 2015), p. 221-255. [Consult. 8 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/89347>. p. 236.

direitos, liberdades e garantias das pessoas singulares no âmbito dos tratamentos de dados pessoais” (artigo 4º, 2, da Lei n.º 58/2019).

E, salienta-se novamente, o artigo 28º da referida lei, em seus itens 1 a 6, estabelece que o empregador só pode tratar os dados pessoais dos seus trabalhadores para as finalidades e limites impostos pelo CTP e eventual legislação complementar, não sendo o consentimento do trabalhador requisito de legitimidade do tratamento de seus dados pessoais, à exceção de norma dispondo em contrário. Vejamos:

“Artigo 28.º

Relações laborais

1 – O empregador pode tratar os dados pessoais dos seus trabalhadores para as finalidades e com os limites definidos no Código do Trabalho e respetiva legislação complementar ou noutros regimes setoriais, com as especificidades estabelecidas no presente artigo.

2 – O número anterior abrange igualmente o tratamento efetuado por subcontratante ou contabilista certificado em nome do empregador, para fins de gestão das relações laborais, desde que realizado ao abrigo de um contrato de prestação de serviços e sujeito a iguais garantias de sigilo.

3 – Salvo norma legal em contrário, o consentimento do trabalhador não constitui requisito de legitimidade do tratamento dos seus dados pessoais:

a) Se do tratamento resultar uma vantagem jurídica ou económica para o trabalhador; ou

b) Se esse tratamento estiver abrangido pelo disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 6.º do RGD.

4 – As imagens gravadas e outros dados pessoais registados através da utilização de sistemas de vídeo ou outros meios tecnológicos de vigilância à distância, nos termos previstos no artigo 20.º do Código do Trabalho, só podem ser utilizados no âmbito do processo penal.

5 – Nos casos previstos no número anterior, as imagens gravadas e outros dados pessoais podem também ser utilizados para efeitos de apuramento de responsabilidade disciplinar, na medida em que o sejam no âmbito do processo penal.

6 – O tratamento de dados biométricos dos trabalhadores só é considerado legítimo para controlo de assiduidade e para controlo de acessos às instalações do empregador, devendo assegurar-se que apenas se utilizem representações dos dados biométricos e que o respetivo processo de recolha não permita a reversibilidade dos referidos dados”.⁶⁵⁵

Quanto aos dados relativos à saúde e dados genéticos, o artigo 29º da Lei n.º 58/2009, de forma resumida, dispõe que:

- (i) o acesso a tais dados só deve ocorrer de acordo com o princípio da necessidade de conhecer a informação;
- (ii) deve ser feito por profissional comprometido com a confidencialidade de tais dados, assegurando-se medidas adequadas para evitar o vazamento de referidos

⁶⁵⁵ LEI n.º 58/2019 - Assegura a execução do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016 [Em linha]. [Consult. 16 jan. 2020]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/123815982/details/normal?q=lei+n.+58%2F2019>

dados e garantindo ao titular dos dados direito a ser notificado de qualquer acesso aos mesmos ocorrido.

Pois bem, tendo o médico do trabalho, mediante a realização de testes e exames médicos em determinado trabalhador, tido acesso a tais informações de cunho confidencial, como deve proceder para que não viole a proteção conferida pela lei a tais dados?

No ano de 2010, a CNPD editou a Deliberação n. 890/2010⁶⁵⁶, “aplicável aos tratamentos de dados pessoais com a finalidade de medicina preventiva e curativa no âmbito dos controlos de substâncias psicoativas efectuados a trabalhadores”.

Da leitura das orientações contidas no documento, podemos destacar resumidamente que:

- (a) os dados relativos ao controlo de alcoolemia e de droga efetuado no âmbito das empresas são dados sensíveis por se relacionarem à vida privada e como tais merecem ser tratados. A confidencialidade dos dados e a não discriminação dos trabalhadores devem ser princípios que regem o tratamento desses dados;
- (b) deve-se efetuar “uma ponderação sobre a adequação, proporcionalidade e potencial discriminatório associados à implementação de controlos destas substâncias face às finalidades determinantes na recolha e tratamento dos respectivos resultados”⁶⁵⁷;
- (c) o tratamento de dados relativos ao controlo de alcoolemia e de droga não poderá ser iniciado antes da devida autorização da CNPD;
- (d) o responsável por dito tratamento será a entidade empregadora, devendo os dados, contudo, ser tratados no âmbito dos Serviços de Segurança e Saúde no Trabalho, por envolverem questão relativa à saúde;
- (e) a finalidade do tratamento de dados deve ser medicina preventiva e curativa;
- (f) os dados a serem tratados devem ser “adequados, pertinentes e não excessivos relativamente à finalidade de medicina preventiva e curativa no âmbito dos controlos de alcoolemia e de droga efectuados a trabalhadores”⁶⁵⁸;

⁶⁵⁶ DELIBERAÇÃO n.º 890/2010 da CNPD - Comissão Nacional de Proteção de Dados: Aplicável aos tratamentos de dados pessoais com a finalidade de medicina preventiva e curativa no âmbito dos controlos de substâncias psicoativas efectuados a trabalhadores. [Consult. 09 out. 2019]. Disponível em WWW: https://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/20_890_2010.pdf

⁶⁵⁷ *Idem*, p. 4.

⁶⁵⁸ *Idem*, p. 11.

- (g) o âmbito de aplicação de tais dados deve ser “**restrito às categorias de trabalhadores cuja actividade possa pôr em perigo a sua integridade física ou de terceiros**”⁶⁵⁹;
- (h) que o tratamento de dados seja feito mediante regulamento, de cuja elaboração tenham participado representantes dos trabalhadores. No regulamento devem constar questões como: “substâncias alvo da detecção, as categorias profissionais que se justifica serem alvo dos testes, as circunstâncias de aplicação dos testes, os profissionais envolvidos sendo sempre obrigados a sigilo e submetidos à responsabilidade do médico do trabalho; a frequência dos testes; a homologação dos aparelhos de teste, a oportunidade de contra-prova e sua gratuidade; os procedimentos a adoptar em caso de teste positivo, a comunicação à entidade patronal unicamente por ficha de aptidão com a menção de apto ou não apto, a sujeição a processo disciplinar face a uma prestação laboral considerada fraca e inaceitável independentemente do consumo”⁶⁶⁰.
- (i) que programas de informação, formação e qualificação sobre substâncias psicoativas integrem, na medida do possível, programas de segurança e saúde mais amplos das empresas;
- (j) que a mera utilização de substâncias psicoativas não seja, por si só, fator de justa causa para despedimento, por envolver questão de saúde, que, como tal, deve ser tratada. Tal questão, inclusive sob a ótica da segurança no emprego (artigo 53º da CRP) e não discriminação (artigo 26º da CRP) e ponderação de princípios será melhor aprofundada adiante na presente tese;
- (k) o tratamento e a reabilitação dependem de aceitação voluntária do trabalhador. Durante o tratamento, deve ser assegurada a manutenção do posto de trabalho ou garantida a transferência do trabalhador para outras funções compatíveis com seu estado;
- (l) caso o tratamento de tais dados seja realizado por empresa terceira, contratada pelo empregador, essa prestação de serviços deve ser regida por contrato escrito, incumbindo ao subcontratante tomar medidas para a proteção de tais dados;

⁶⁵⁹ DELIBERAÇÃO n.º 890/2010 da CNPD - Comissão Nacional de Proteção de Dados: Aplicável aos tratamentos de dados pessoais com a finalidade de medicina preventiva e curativa no âmbito dos controlos de substâncias psicoativas efectuados a trabalhadores. [Consult. 09 out. 2019]. Disponível em WWW: https://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/20_890_2010.pdf. p. 12, grifo no original.

⁶⁶⁰ *Idem*, p. 9.

- (m) sempre deve haver medidas de segurança para impedir o acesso de tais informações a pessoas não autorizadas;
- (n) A manutenção da informação deve ocorrer restrita ao período necessário para a prossecução das finalidades de seu recolhimento e tratamento;
- (o) Deverá ser assegurado ao titular dos dados o direito à informação, acesso e retificação em caso de erro.

Destarte, a CNPD, sem deixar de evidenciar a natureza sensível das informações relativas ao controlo de álcool e drogas no ambiente de trabalho, permite que tais dados sejam devidamente recolhidos pelo empregador desde que, na mesma esteira do disposto no artigo 19º do CTP, visem salvaguardar ou proteger valores maiores como a integridade, saúde e segurança do próprio trabalhador ou de terceiros.

A respeito das conclusões da CNPD, assim lecionam PAULA QUINTAS e HELDER QUINTAS⁶⁶¹:

“Conforme alertou a CNPD ([“http://www.cnpd.pt/atos](http://www.cnpd.pt/atos)) podendo o estado de embriaguez, alcoolismo ou toxicodependência causar ‘privação permanente ou accidental do uso da razão do sinistrado’, facto relevante para a chamada exclusão de responsabilidade do empregador por acidente de trabalho, bem como, face à protecção especial a conceder a terceiros, justifica-se a realização de tais exames no estritamente necessário a tal prevenção.

Contanto que os princípios onipresentes na tutela à vida privada do trabalhador (adequabilidade, proporcionalidade e boa-fé) sejam respeitados.

Melhor explica Amadeu Guerra ‘(...) justifica-se que o direito à privacidade seja limitado quando estes factos tenham repercussões negativas na relação de trabalho, haja razões de interesse público relevante ou a necessidade de controlo estiver em conflito com outros direitos constitucionalmente consagrados.

Ora, para algumas categorias profissionais – v.g. pilotos, pessoal de bordo ou controladores de tráfego aéreo, motoristas, cirurgião, maquinistas de comboios, gruistas – admite-se que sejam tomadas medidas de vigilância e de registo automatizado de meios auxiliares de diagnóstico ou de testes para prevenir perigos para a sua integridade física ou para terceiros.’

Conclui a CNPD, <<a realização de exames fora do contexto dos serviços de medicina do trabalho apresenta um grande perigo de proliferação de tratamentos de dados de saúde e da vida privada dos trabalhadores, com riscos acrescidos de exames ‘coercivos’ desenquadrados de uma prevenção integrada de promoção e vigilância da saúde do trabalhador. Por outro lado, há um risco acrescido de interconexão de tratamentos tendentes a integrar informação exaustiva sobre o estado de saúde do trabalhador, na medida em que não está regulada a relação de interdependência entre os médicos referidos no artigo 19º, n. 3 e os médicos do trabalho”.

Em outra obra, QUINTAS⁶⁶² reafirma:

“A Comissão Nacional de Protecção de Dados não autorizou ‘o tratamento automatizado da informação sobre: a << vida sexual>> e << hábitos sexuais>>’,

⁶⁶¹ QUINTAS, Paula; QUINTAS, Helder - *Manual de Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 204-205.

⁶⁶² QUINTAS, Paula - Os direitos de personalidade consagrados no código do trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado: direitos (des) figurados. Coimbra: Almedina, 2013, p. 293.

<<dados familiares>> (só em relação à informação específica sobre ‘relações familiares’, ‘preocupações frequentes a nível familiar’, ‘propostas de resolução/alternativas’,) ‘hábitos de vida (informação sobre ‘doenças sexualmente transmissíveis’ – descritivo de afecção (HIV/SIDA) e ‘estado evolutivo’ – e ‘higiene corporal’, periodicidade dos banhos e da lavagem dos dentes.

Admite-se a possibilidade de tratamento automatizado da informação sobre ‘consumo de álcool’ ou de ‘estupefacientes’ quando, em termos de direito laboral, essa informação seja recolhida pelo médico de forma lícita e não enganosa (v.g., com o consentimento do trabalhador) e para as categorias em que haja fundado justificação para esse tratamento. Naturalmente, o acesso a esta informação deve ser limitado ao médico”.

Por fim, quanto ao tratamento legal do tema dos exames toxicológicos no Direito português, releva notar que, no País, a preocupação com a saúde e segurança dos trabalhadores em relação ao abuso ou problemas decorrentes do consumo de álcool e drogas no ambiente laboral tem sido não só das empresas ou instituições, quanto do próprio governo.

Por meio de resoluções administrativas, o governo português tem alertado e orientado as empresas quanto à necessidade de serem adotadas medidas preventivas e de acompanhamento dos trabalhadores em tais circunstâncias.

Podemos citar, a título de exemplo, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 46/99⁶⁶³ e, ainda, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 39/2001, que aprovou o *Plano de Acção Nacional de Luta contra a Droga e a Toxicodependência – Horizonte 2004*⁶⁶⁴, que, como explicita GUERRA, reafirma a importância das medidas que visem à “prevenção dirigidas a todos os trabalhadores de todos os sectores das actividades económicas, com especial prioridade para os trabalhadores em situação de risco e também aqueles cuja actividade laboral pode pôr em risco terceiros”⁶⁶⁵.

⁶⁶³ A respeito, vide GUERRA na obra *A privacidade no local de trabalho*: “A Resolução do Conselho de Ministros n. 46/99, de 22 de Abril, que aprovou a estratégia nacional de luta contra a droga, refere-se expressamente às medidas a adoptar no domínio da prevenção das toxicodependências em meio laboral, ‘onde predomina uma grande heterogeneidade de situações’. Reconhece, nomeadamente, a necessidade de ‘criar condições para a formação dos gestores e dos quadros médios e superiores das empresas no sentido de os preparar para incidências da droga e da toxicodependência no meio laboral e de os sensibilizar para o apoio de que carecem os trabalhadores... não apenas no que se refere à promoção da prevenção primária e da formação, mas também no encaminhamento dos trabalhadores toxicodependentes para tratamento e seu posterior reenquadramento profissional’.” (GUERRA, Amadeu - *A privacidade no local de trabalho: as novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados. Uma abordagem ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 263).

⁶⁶⁴ Como explicita GUERRA, dentre “as várias <<linhas de intervenção e acções a desenvolver>> no âmbito daquele Plano de Acção salientaremos: ‘a) Intervenções de prevenção em meio laboral em articulação com associações sindicais, sindicatos, associações profissionais e entidades patronais; b) Sensibilizar gestores e quadros para o problema do consumo e controlo de drogas legais e ilegais, em que seja salvaguardado o integral respeito pelos direitos fundamentais do trabalhador, tais como a confidencialidade e direito ao emprego, de acordo com legislação em vigor.” (*Idem*, p. 263-264.)

⁶⁶⁵ *Ibidem*.

No âmbito da saúde, releva mencionar a Lei n.º 102/2009⁶⁶⁶, que estabelece o regime jurídico de promoção da segurança e saúde no trabalho.

Logo em seu artigo 1º, nota-se o objetivo da referida lei no sentido da prevenção da segurança e saúde no trabalho, reportando-se ao artigo 284º do CTP.

Por sua vez, o artigo 5º do mesmo diploma legal afirma, em seu item 3, que a “prevenção dos riscos profissionais deve assentar numa correcta e permanente avaliação de riscos e ser desenvolvida segundo princípios, políticas, normas e programas”⁶⁶⁷, que, entre outras coisas, vise sensibilizar a sociedade para uma verdadeira cultura de prevenção.

Já entre as obrigações do empregador encontra-se o dever de assegurar ao trabalhador condições adequadas de saúde e segurança (artigo 15º, 1, da Lei n.º 102/2009), incluindo os aspectos de prevenção (artigo 15º, 2, da Lei n.º 102/2009) e, também, tendo-se em conta a priorização de medidas de proteção coletiva em relação às medidas de proteção individual (artigo 15º, 2, h, da Lei n.º 102/2009).

Importante destacar, desde já, que o empregado também tem o dever de colaborar com o empregador, devendo “cumprir as prescrições de segurança e de saúde no trabalho estabelecidas nas disposições legais e em instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, bem como as instruções determinadas com esse fim pelo empregador.” (artigo 17º, 1, a, da Lei n.º 102/2009).

Nesse viés, cabe ao empregado não só zelar pela sua saúde e segurança, como, também, pela saúde e segurança de outras pessoas “que possam ser afectadas pelas suas acções ou omissões no trabalho” (artigo 17º, 1, b, da Lei n.º 102/2009).

Quanto aos exames de saúde, o artigo 108º da Lei n.º 102/2009 assim determina, *verbis*:

“Exames de saúde

1 – O empregador deve promover a realização de exames de saúde adequados a comprovar e avaliar a aptidão física e psíquica do trabalhador para o exercício da actividade, bem como a repercussão desta e das condições em que é prestada na saúde do mesmo.

2 – As consultas de vigilância da saúde devem ser efectuadas por médico que reúna os requisitos previstos no artigo 103.º

3 – Sem prejuízo do disposto em legislação especial, devem ser realizados os seguintes exames de saúde:

- a) Exames de admissão, antes do início da prestação de trabalho ou, se a urgência da admissão o justificar, nos 15 dias seguintes;
- b) Exames periódicos, anuais para os menores e para os trabalhadores com idade superior a 50 anos, e de 2 em 2 anos para os restantes trabalhadores;
- c) Exames ocasionais, sempre que haja alterações substanciais nos componentes materiais de trabalho que possam ter repercussão nociva na saúde do trabalhador, bem

⁶⁶⁶ LEI n.º 102/2009, de 10 de setembro - Lei de Promoção da Segurança e Saúde no Trabalho (LPSST) [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/490009/details/maximized>

⁶⁶⁷ *Ibidem*.

como no caso de regresso ao trabalho depois de uma ausência superior a 30 dias por motivo de doença ou acidente.

– O médico do trabalho, face ao estado de saúde do trabalhador e aos resultados da prevenção dos riscos profissionais na empresa, pode aumentar ou reduzir a periodicidade dos exames previstos no número anterior.

O médico do trabalho deve ter em consideração o resultado de exames a que o trabalhador tenha sido submetido e que mantenham actualidade, devendo instituir a cooperação necessária com o médico assistente.

Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto nos n.os 1 e 3, bem como a utilização de serviço de médico não habilitado nos termos do artigo 103.º, imputável ao empregador”.⁶⁶⁸

Outrossim, o resultado dos exames deve constar em ficha de aptidão, sendo que essa não pode conter elementos que envolvam segredo profissional (artigo 110º da Lei n.º 102/2009).

Por fim, necessário memorar que o Código da Estrada de Portugal – Lei n.º 72/2013 – estabelece alguns princípios gerais e dá outras diretrizes para a realização dos exames toxicológicos em motoristas, justamente para a segurança rodoviária.⁶⁶⁹

⁶⁶⁸ LEI n.º 102/2009, de 10 de setembro - Lei de Promoção da Segurança e Saúde no Trabalho (LPSST) [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/490009/details/maximized>

⁶⁶⁹ “Título VII – Procedimentos de fiscalização

Capítulo I – Procedimento para a fiscalização da condução sob influência de álcool ou de substâncias

Artigo 152.º – Princípios gerais

1 – Devem submeter-se às provas estabelecidas para a detecção dos estados de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas:

a) Os condutores;

b) Os peões, sempre que sejam intervenientes em acidentes de trânsito;

c) As pessoas que se propuserem iniciar a condução.

2 – Quem praticar atos suscetíveis de falsear os resultados dos exames a que seja sujeito não pode prevalecer-se daqueles para efeitos de prova.

3 – As pessoas referidas nas alíneas a) e b) do n.º 1 que recusem submeter-se às provas estabelecidas para a detecção do estado de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas são punidas por crime de desobediência.

4 – As pessoas referidas na alínea c) do n.º 1 que recusem submeter-se às provas estabelecidas para a detecção do estado de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas são impedidas de iniciar a condução.

5 – O médico ou paramédico que, sem justa causa, se recusar a proceder às diligências previstas na lei para diagnosticar o estado de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas é punido por crime de desobediência.

Artigo 153.º – Fiscalização da condução sob influência de álcool

1 – O exame de pesquisa de álcool no ar expirado é realizado por autoridade ou agente de autoridade mediante a utilização de aparelho aprovado para o efeito.

2 – Se o resultado do exame previsto no número anterior for positivo, a autoridade ou o agente de autoridade deve notificar o examinando, por escrito ou, se tal não for possível, verbalmente:

a) Do resultado do exame;

b) Das sanções legais decorrentes do resultado do exame;

c) De que pode, de imediato, requerer a realização de contraprova e que o resultado desta prevalece sobre o do exame inicial; e

d) De que deve suportar todas as despesas originadas pela contraprova, no caso de resultado positivo.

3 – A contraprova referida no número anterior deve ser realizada por um dos seguintes meios, de acordo com a vontade do examinando:

a) Novo exame, a efetuar através de aparelho aprovado;

b) Análise de sangue.

4 – No caso de opção pelo novo exame previsto na alínea a) do número anterior, o examinando deve ser, de imediato, a ele sujeito e, se necessário, conduzido a local onde o referido exame possa ser efetuado.

5 – Se o examinando preferir a realização de uma análise de sangue, deve ser conduzido, o mais rapidamente possível, a estabelecimento oficial de saúde, a fim de ser colhida a quantidade de sangue necessária para o efeito.

6 – O resultado da contraprova prevalece sobre o resultado do exame inicial.

7 – Quando se suspeite da utilização de meios suscetíveis de alterar momentaneamente o resultado do exame, pode a autoridade ou o agente de autoridade mandar submeter o suspeito a exame médico.

8 – Se não for possível a realização de prova por pesquisa de álcool no ar expirado, o examinando deve ser submetido a colheita de sangue para análise ou, se esta não for possível por razões médicas, deve ser realizado exame médico, em estabelecimento oficial de saúde, para diagnosticar o estado de influenciado pelo álcool.

Artigo 154.º – Impedimento de conduzir

1 – Quem apresentar resultado positivo no exame previsto no n.º 1 do artigo anterior ou recusar ou não puder submeter-se a tal exame, fica impedido de conduzir pelo período de doze horas, a menos que comprove, antes de decorrido esse período, que não está influenciado pelo álcool, através de exame por si requerido.

2 – Quem conduzir com inobservância do impedimento referido no número anterior é punido por crime de desobediência qualificada.

3 – O agente de autoridade notifica o condutor ou a pessoa que se propuser iniciar a condução nas circunstâncias previstas no n.º 1 de que fica impedido de conduzir durante o período estabelecido no mesmo número, sob pena de crime de desobediência qualificada.

4 – As despesas originadas pelo exame a que se refere a parte final do n.º 1 são suportadas pelo examinando, salvo se resultarem de contraprova com resultado negativo requerida ao abrigo do n.º 2 do artigo anterior.

Artigo 155.º – Imobilização do veículo

1 – Para garantir o cumprimento do disposto no n.º 1 do artigo anterior deve o veículo ser imobilizado ou removido para parque ou local apropriado, providenciando-se, sempre que tal se mostre indispensável, o encaminhamento dos ocupantes do veículo.

2 – Todas as despesas originadas pelos procedimentos previstos no número anterior são suportadas pelo condutor.

3 – Não há lugar à imobilização ou remoção do veículo se outro condutor, com consentimento do que ficar impedido, ou do proprietário do veículo, se propuser conduzi-lo e apresentar resultado negativo em teste de pesquisa de álcool.

4 – No caso previsto no número anterior, o condutor substituto deve ser notificado de que fica responsável pela observância do impedimento referido no artigo anterior, sob pena de crime de desobediência qualificada.

Artigo 156.º – Exames em caso de acidente

1 – Os condutores e os peões que intervenham em acidente de trânsito devem, sempre que o seu estado de saúde o permitir, ser submetidos a exame de pesquisa de álcool no ar expirado, nos termos do artigo 153.º

2 – Quando não tiver sido possível a realização do exame referido no número anterior, o médico do estabelecimento oficial de saúde a que os intervenientes no acidente sejam conduzidos deve proceder à colheita de amostra de sangue para posterior exame de diagnóstico do estado de influência pelo álcool e ou por substâncias psicotrópicas.

3 – Se o exame de pesquisa de álcool no sangue não puder ser feito ou o examinando se recusar a ser submetido a colheita de sangue para análise, deve proceder-se a exame médico para diagnosticar o estado de influência pelo álcool e ou por substâncias psicotrópicas.

4 – Os condutores e peões mortos devem também ser submetidos ao exame previsto no n.º 2.

Artigo 157. – Fiscalização da condução sob influência de substâncias psicotrópicas

1 – Os condutores e as pessoas que se propuserem iniciar a condução devem ser submetidos aos exames legalmente estabelecidos para detecção de substâncias psicotrópicas, quando haja indícios de que se encontram sob influência destas substâncias.

2 – Os condutores e os peões que intervenham em acidente de trânsito de que resultem mortos ou feridos graves devem ser submetidos aos exames referidos no número anterior.

3 – A autoridade ou o agente de autoridade notifica:

a) Os condutores e os peões de que devem, sob pena de crime de desobediência, submeter-se aos exames de rastreio e se necessário de confirmação, para avaliação do estado de influenciado por substâncias psicotrópicas;

b) Os condutores, caso o exame de rastreio seja positivo, de que ficam impedidos de conduzir pelo período de 48 horas, salvo se, antes de decorrido aquele período, apresentarem resultado negativo em novo exame de rastreio;

c) As pessoas que se propuserem iniciar a condução nas circunstâncias previstas no n.º 1 e que apresentem resultado positivo em exame de rastreio de que ficam impedidas de conduzir pelo período de 48 horas, salvo se, antes de decorrido aquele período, se submeterem a novo exame de rastreio que apresente resultado negativo.

4 – Quando o exame de rastreio realizado aos condutores e peões nos termos dos n.os 1 e 2 apresentar resultado positivo, devem aqueles submeter-se aos exames complementares necessários, sob pena de crime de desobediência.

5 – Quando necessário, o agente de autoridade providencia o transporte dos examinandos a estabelecimento oficial de saúde.

Observa-se, portanto, que a legislação portuguesa confere tratamento amplo e cuidadoso ao tema dos exames toxicológicos e estabelece em diversos diplomas normativos diretrizes gerais que, embora possam ser objeto de interpretação, como regra, permitem a realização de testes e exames médicos, incluindo os toxicológicos, quando determinadas circunstâncias os justificarem, ou seja, quando envolver a segurança e proteção do próprio trabalhador e de terceiros ou quando particulares exigências inerentes à atividade justificarem.

Logicamente, para que referidos exames toxicológicos não violem a dignidade do trabalhador e seu direito à intimidade e integridade física e moral, uma série de diretrizes e princípios devem ser seguidos, na mesma esteira orientativa da OIT.

A especificação das diretrizes cardeais para a realização dos exames toxicológicos será mais bem detalhada no item 5.7 do presente capítulo. Antes, contudo, analisemos o tratamento do tema na legislação brasileira, o que será feito em seguida.

5.4 OS EXAMES TOXICOLÓGICOS NO AMBIENTE LABORAL: ANÁLISE DA REGULAMENTAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

No Direito brasileiro, no âmbito da relação de emprego, dois preceitos legais principais previstos na CLT abordam o tema dos exames e testes médicos, aproximando-se do tema central da nossa tese, que é a realização dos exames toxicológicos no ambiente do trabalho, mas não esgotando-o. Vejamos.

6 – Para os efeitos previstos nos números anteriores aplica-se, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 155.º e nos n.os 2, 3 e 4 do artigo 156.º

7 – Para efeitos do n.º 2 entende-se por ferido grave aquele que, em consequência de acidente de viação e após atendimento em serviço de urgência hospitalar por situação emergente, careça de cuidados clínicos que obriguem à permanência em observação no serviço de urgência ou em internamento hospitalar.

Artigo 158.º – Outras disposições

1 – São fixados em regulamento:

- a) O tipo de material a utilizar na fiscalização e nos exames laboratoriais para determinação dos estados de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas;
- b) Os métodos a utilizar para a determinação do doseamento de álcool ou de substâncias psicotrópicas no sangue;
- c) Os exames médicos para determinação dos estados de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas;
- d) Os laboratórios onde devem ser feitas as análises de urina e de sangue;
- e) As tabelas dos preços dos exames realizados e das taxas de transporte dos examinandos e de imobilização e de remoção de veículos.

2 – O pagamento das despesas originadas pelos exames previstos na lei para determinação do estado de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas, bem como pela imobilização e remoção de veículo a que se refere o artigo 155.º, é efetuado pela entidade a quem competir a coordenação da fiscalização do trânsito.

3 – Quando os exames referidos tiverem resultado positivo, as despesas são da responsabilidade do examinando, devendo ser levadas à conta de custas nos processos crime ou de contraordenação a que houver lugar, as quais reverterão a favor da entidade referida no número anterior”. (LEI n.º 72/2013 - Código da Estrada [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/116041830/view?q=c%C3%B3digo+da+estrada>).

Um preceito mais antigo que contém menção próxima ao tema é o artigo 373-A da CLT, que, embora não trate dos exames toxicológicos propriamente ditos, aborda a questão dos exames médicos para as mulheres de uma forma geral, vedando que o empregador exija “atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego”.

Ocorre que, recentemente, com a aprovação da Lei n.º 13.103/2015 (Lei dos Motoristas Profissionais), houve alteração da CLT no artigo 168 que trata da realização de exames médicos por ocasião de admissão, demissão e periódico.

De fato, o artigo 168 da CLT, afirma que “será obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho: I – a admissão; II– na demissão; III – periodicamente”.

O parágrafo 2º do mesmo dispositivo afirma que “outros exames complementares poderão ser exigidos, a critério médico, para apuração da capacidade ou aptidão física e mental do empregado para a função que deva exercer”.

A Lei n.º 13.103/2015 acrescentou ao referido artigo os parágrafos 6º e 7º, que assim dispõem:

“§6º Serão exigidos exames toxicológicos previamente à admissão e por ocasião do desligamento, quando se tratar de motorista profissional, assegurados o direito à contraprova em caso de resultado positivo e a confidencialidade dos resultados dos respectivos exames.

§7º Para os fins do disposto no §6º, será obrigatório exame toxicológico com janela de detecção mínima de 90 (noventa) dias, específico para substâncias psicoativas que causem dependência ou, comprovadamente, comprometam a capacidade de direção, podendo ser utilizado para essa finalidade o exame toxicológico previsto na Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro desde que realizado nos últimos 60 (sessenta) dias”.⁶⁷⁰

Em complemento, e no mesmo sentido, o artigo 235-B da CLT, em seu item VII, que trata especificamente sobre o motorista profissional empregado, afirma que é dever deste, entre outros:

“(…) submeter-se a exames toxicológicos com janela de detecção mínima de 90 (noventa) dias e a programa de controle de uso de droga e de bebida alcoólica, instituído pelo empregador, com sua ampla ciência, pelo menos uma vez a cada 2 (dois) anos e 6 (seis) meses, podendo ser utilizado para esse fim o exame obrigatório previsto na Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro, desde que realizado nos últimos 60 (sessenta) dias”.⁶⁷¹

⁶⁷⁰ LEI n.º 13.103, de 2 de março de 2015 – Lei dos motoristas profissionais [Em linha]. [Consult. 29 fev. 2020]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13103.htm

⁶⁷¹ DECRETO-LEI n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) [Em linha]. [Consult. 12 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

O Código de Trânsito Brasileiro (Lei n.º 9.503/1997), atualizado pela citada Lei n.º 13.103/2015, por sua vez, assim esclarece:

“Art. 148-A. Os condutores das categorias C, D e E deverão submeter-se a exames toxicológicos para a habilitação e renovação da Carteira Nacional de Habilitação.

§ 1º O exame de que trata este artigo buscará aferir o consumo de substâncias psicoativas que, comprovadamente, comprometam a capacidade de direção e deverá ter janela de detecção mínima de 90 (noventa) dias, nos termos das normas do Contran

§ 2º Os condutores das categorias C, D e E com Carteira Nacional de Habilitação com validade de 5 (cinco) anos deverão fazer o exame previsto no § 1º no prazo de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses a contar da realização do disposto no caput.

§ 3º Os condutores das categorias C, D e E com Carteira Nacional de Habilitação com validade de 3 (três) anos deverão fazer o exame previsto no § 1º no prazo de 1 (um) ano e 6 (seis) meses a contar da realização do disposto no caput.

§ 4º É garantido o direito de contraprova e de recurso administrativo no caso de resultado positivo para o exame de que trata o caput, nos termos das normas do Contran.

§ 5º A reprovação no exame previsto neste artigo terá como consequência a suspensão do direito de dirigir pelo período de 3 (três) meses, condicionado o levantamento da suspensão ao resultado negativo em novo exame, e vedada a aplicação de outras penalidades, ainda que acessórias.

§ 6º O resultado do exame somente será divulgado para o interessado e não poderá ser utilizado para fins estranhos ao disposto neste artigo ou no § 6º do art. 168 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943.

§ 7º O exame será realizado, em regime de livre concorrência, pelos laboratórios credenciados pelo Departamento Nacional de Trânsito – DENATRAN, nos termos das normas do Contran, vedado aos entes públicos:

I – fixar preços para os exames;

II – limitar o número de empresas ou o número de locais em que a atividade pode ser exercida; e

III – estabelecer regras de exclusividade territorial”.⁶⁷²

Interessa notar que, apesar de prevista em legislação específica, há menção também quanto à realização de exames toxicológicos para a aviação civil, justamente pelo risco envolvido na atividade, assim como ocorre com motoristas.

O Regulamento Brasileiro da Aviação Civil, qual seja, RBAC n.º 120, na redação dada pela Resolução n.º 326/2014, conceitua exames toxicológicos da seguinte forma: “(I) Exame Toxicológico de Substâncias Psicoativas (ETSP) significa um exame toxicológico laboratorial ou realizado por meio de etilômetro, destinado à detecção de substâncias psicoativas no organismo”⁶⁷³.

⁶⁷² LEI n.º 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm

⁶⁷³ ANAC - Regulamento Brasileiro de Aviação Civil n. 120: Programa de prevenção do risco associado ao uso indevido de substâncias psicoativas na aviação civil [Em linha]. Aprovado pela Resolução nº 190, de 31 de maio de 2011. Redação dada pela Resolução nº 326, de 10 de junho de 2014. Redação dada pela Resolução nº 326, de 10 de junho de 2014. [Consult. 25 out. 2018]. Disponível em WWW: https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/rbha-e-rbac/rbac/rbac-120/@@displayfile/arquivo_norma/RBAC120EMD02.pdf

O regulamento proíbe que empregados que laborem em atividades da aviação civil consideradas de risco usem substâncias psicoativas durante o exercício de suas atividades ou trabalhem sob os efeitos delas, atribuindo a supervisores devidamente treinados o encaminhamento dos empregados para a realização de exames, observando-se *suspeita justificada*.⁶⁷⁴

O item 120.339 do referido regulamento estabelece diversos tipos de exames toxicológicos, quais sejam: (a) exames prévios, (b) exames aleatórios, (c) exames pós-acidente, (d) exames de suspeita justificada, (e) exames de retorno ao serviço e (f) exames de acompanhamento. Sobre tais exames, reportamo-nos aos esclarecimentos e regras contidas no Regulamento, que assim preceitua a respeito de cada tipo de exame e suas peculiaridades:

- (a) **Exame toxicológico prévio:** toda empresa responsável deve conduzir exames toxicológicos prévios, conforme os seguintes requisitos: (1) nenhuma empresa responsável deve contratar qualquer indivíduo para o desempenho de Atividade de Risco à Segurança Operacional na Aviação Civil (ARSO), a não ser que conduza um exame toxicológico prévio e receba um resultado negativo para este indivíduo; (2) a empresa responsável deve realizar um exame prévio antes que o novo empregado desempenhe uma ARSO pela primeira vez; (3) a empresa responsável deve realizar um exame toxicológico prévio se um indivíduo for realocado de uma atividade que não é de risco à segurança operacional para uma ARSO; (4) empresas responsáveis devem conduzir outro exame toxicológico prévio e receber um resultado negativo antes de contratar ou alocar um indivíduo para desempenhar uma ARSO na Aviação Civil, se mais de 180 dias se passaram entre o exame toxicológico prévio requerido e o início do desempenho da atividade de risco por este indivíduo; (5) antes de contratar ou alocar um indivíduo para desempenhar uma atividade de risco, a empresa responsável deve notificar previamente este indivíduo que a ele será requisitado um exame toxicológico prévio; e (6) a empresa responsável deve requerer que o indivíduo demonstre ciência da política relacionada ao Programa de Prevenção do Risco Associado (PSSP) ao Uso Indevido de Substâncias Psicoativas na Aviação Civil (PPSP) da empresa responsável antes de realizar o exame toxicológico prévio.

⁶⁷⁴ “120.311 Supervisores treinados para encaminhamento a ETSP (a) As empresas responsáveis poderão treinar supervisores para a atribuição de Supervisor Treinado para Encaminhamento a ETSP. (b) Cada Supervisor Treinado para Encaminhamento a ETSP terá a atribuição de encaminhar empregados à realização de Exame Toxicológico de Substâncias Psicoativas (ETSP) baseado em suspeita justificada.” (*Idem*).

- (b) **exame toxicológico aleatório:** toda empresa responsável deve conduzir exames toxicológicos aleatórios, conforme os seguintes requisitos: (1) a taxa percentual mínima anual de empregados examinados de forma aleatória deverá ser: (i) 50% (cinquenta por cento), para uma empresa responsável que possui até 500 (quinhentos) empregados em atividades de risco, inclusive; (ii) 28% (vinte e oito por cento) ou 250 (duzentos e cinquenta) exames toxicológicos, o que for maior, para uma empresa responsável que possui de 501 (quinhentos e um) a 2000 (dois mil) empregados em atividades de risco, inclusive; e (iii) 7% (sete por cento) ou 560 (quinhentos e sessenta) exames toxicológicos, o que for maior, para uma empresa responsável que possui mais de 2000 (dois mil) empregados em atividade de risco; (2) a metodologia eleita para o exame toxicológico aleatório deve garantir uma seleção isenta e imparcial da pessoa a ser testada, devendo identificar claramente cada pessoa de forma única e ser auditável; (3) cada empregado em atividade de risco deve ter a mesma chance de ser selecionado a cada vez em que é realizada a seleção; (4) a empresa responsável deve selecionar e examinar uma taxa percentual anualizada de empregados igual ou maior à taxa mínima e deve dividir o número de resultados de exames toxicológicos aleatórios realizados pelo número médio de empregados que desempenham atividades de risco para determinar se alcançou a taxa mínima anual; (5) toda empresa responsável deve certificar-se de que os exames toxicológicos aleatórios conduzidos sob esta subparte não sejam previamente anunciados e que as datas para as realizações dos exames toxicológicos aleatórios sejam distribuídas de forma não regular durante o ano; (6) toda empresa responsável deve requerer que um empregado em atividade de risco, selecionado para um exame toxicológico aleatório, proceda para o local de coleta imediatamente, considerando que: (i) se o empregado selecionado para um exame toxicológico aleatório estiver desempenhando uma atividade de risco no momento da seleção, ele deverá, tão logo seja possível, ser encaminhado para o exame toxicológico e (ii) a notificação requerida ao empregado para que este se dirija ao local de coleta da amostra deverá ser feita assim que ele estiver disponível para proceder ao local de coleta; 7) para o primeiro ano de implementação do programa de exame toxicológico, a taxa percentual anual deve ser ajustada proporcionalmente ao período, desde a implementação do programa até 1º (primeiro) de janeiro do ano seguinte.

- (c) **Exame toxicológico pós-acidente:** toda empresa responsável deve conduzir exame toxicológico pós-acidente, conforme os seguintes requisitos: (1) após a ocorrência de acidente, incidente ou ocorrência de solo, a empresa responsável deve encaminhar para exame toxicológico, se houver condições adequadas, os empregados envolvidos em atividade de risco, a não ser que possa ser claramente determinado, para cada empregado que sua performance não contribuiu para o acidente; (2) nenhum empregado em atividade de risco requerido a realizar exame toxicológico pós-acidente poderá consumir substância psicoativa até que o referido exame seja conduzido, considerando que haja condições adequadas; (3) nada nesta seção pode ser usado para atrasar ou impedir a atenção médica necessária para algum indivíduo envolvido em acidente, incidente ou ocorrência de solo; (4) as condições adequadas para realizar exame toxicológico pós-acidente mencionadas acima são tais que: (i) existem condições razoáveis para a realização do exame toxicológico pós-acidente, incluindo a não introdução de empecilhos ou atrasos a um atendimento médico necessário; e (ii) não tenham decorrido: (A) 8 (oito) horas do acidente, para exame de concentração de álcool; e (B) 32 (trinta e duas) horas do acidente, para outras substâncias psicoativas; e (5) para organizações de manutenção regidas pelo RBAC n. 145⁶⁷⁵ deverá ser realizado exame toxicológico nos empregados em atividades de risco que tenham trabalhado em determinado produto aeronáutico, quando durante qualquer investigação de um acidente, incidente ou ocorrência de solo houver indícios de que a falha daquele produto possa ter contribuído para o acidente, incidente ou ocorrência de solo.
- (d) **Exame toxicológico baseado em suspeita justificada:** toda empresa responsável deve conduzir exame toxicológico baseado em suspeita justificada conforme os seguintes requisitos: (1) a empresa responsável deve conduzir o empregado ao exame toxicológico se houver suspeita justificada de que ele está sob influência de substância psicoativa; (2) a decisão de examinar o empregado deve se basear em suspeita justificada, realizada por um supervisor treinado para encaminhamento ao exame toxicológico; (3) o supervisor que determina a

⁶⁷⁵ ANAC - *Regulamento Brasileiro de Aviação Civil n. 120: Programa de prevenção do risco associado ao uso indevido de substâncias psicoativas na aviação civil* [Em linha]. Aprovado pela Resolução nº 190, de 31 de maio de 2011. Redação dada pela Resolução nº 326, de 10 de junho de 2014. [Consult. 25 out. 2018]. Disponível em WWW: https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/rbha-e-rbac/rbac/rbac-120/@@display-file/arquivo_norma/RBAC120EMD02.pdf

existência de suspeita justificada não deve realizar o exame toxicológico no empregado; e (4) na ausência de um exame toxicológico, nenhuma empresa responsável pode tomar medidas no âmbito deste regulamento com base exclusivamente na suspeita justificada.

- (e) **Exame toxicológico de retorno ao serviço:** a empresa responsável, antes de permitir que o indivíduo volte a desempenhar uma atividade de risco após um evento impeditivo, deve submetê-lo a um exame toxicológico de retorno ao serviço e obter um resultado negativo para este indivíduo. O exame toxicológico não deve ocorrer até que o Especialista em transtornos mentais e de comportamento decorrentes do uso de substância psicoativa da empresa (ESP) responsável tenha determinado que o indivíduo cumpriu as recomendações feitas a ele.
- (f) **Exame toxicológico de acompanhamento:** toda empresa responsável deve conduzir exame toxicológico de acompanhamento, conforme os seguintes requisitos: (1) a empresa responsável deve realizar os exames toxicológicos não anunciados para todo indivíduo contratado para desempenhar uma atividade de risco e que está voltando a desempenhar uma atividade de risco após o retorno ao serviço decorrente de um evento impeditivo; (2) o número e frequência de tais exames toxicológicos devem ser determinados pelo ESP da empresa responsável (ou ESP contratado pela empresa responsável) e deve conter no mínimo 6 (seis) exames toxicológicos nos primeiros 12 (doze) meses seguintes ao retorno ao serviço deste empregado; (3) os exames toxicológicos de acompanhamento não devem exceder 60 (sessenta) meses a contar da data de retorno ao serviço do indivíduo que desempenhará uma atividade de risco. O ESP da empresa responsável pode cancelar os exames toxicológicos de acompanhamento a qualquer momento se determinar que tais exames toxicológicos não são mais necessários, desde que, no mínimo, 6 (seis) exames toxicológicos nos primeiros 12 (doze) meses tenham sido conduzidos; e (4) os indivíduos que estiverem sendo submetidos aos exames toxicológicos de acompanhamento devem ser excluídos do conjunto de empregados elegíveis para a realização de exames toxicológicos aleatórios e devem retornar ao conjunto imediatamente após o término da série de exames de acompanhamento programada.

Veja-se, portanto, que a menção à realização de exames toxicológicos na legislação brasileira ocorreu para a atividade de motorista profissional e para empregados em atividades de risco na aviação civil, nada mencionando em relação à possibilidade, ou não, de se realizar referidos exames em empregados que desempenhem outros tipos de atividades.

Salienta-se que, apesar de não haver no ordenamento laboral brasileiro menção expressa aos exames toxicológicos para além das situações acima mencionadas, o artigo 482 da CLT, que aborda o tema *justa causa*, entende que constitui justa causa para a rescisão do contrato de trabalho do empregado, pelo empregador, “a embriaguez habitual ou em serviço”. Entretanto devemos ter muito cuidado com esse item normativo, uma vez que a doutrina e a jurisprudência, justamente porque a utilização de álcool e drogas tem sido tratada pela OMS como um problema de saúde, não têm admitido despedimentos por justa causa de empregados nessas circunstâncias, orientando o empregador para medidas de tratamento e não despedimento.

Feitos esses esclarecimentos, note-se, ademais, que, apesar da omissão legislativa em relação à realização de exames toxicológicos para outros tipos de atividades nas empresas, alguns preceitos legais relativos à segurança e medicina do trabalho merecem ser considerados para fins de análise do tema tal como se encontra atualmente delineado no cenário jurídico brasileiro.

Assim é que, em nível constitucional, como já visto em capítulos anteriores, existe ampla proteção jurídica a diversos direitos de personalidade, tais como o direito à intimidade e, ainda, direito à segurança, direito à saúde e direito à vida.⁶⁷⁶

Uma reflexão isolada de referidos direitos poderia colocar em dúvida a possibilidade de se realizarem exames toxicológicos nos trabalhadores, já que o direito à intimidade, constitucionalmente tutelado, poderia ser um impedimento legal para esse tipo de ingerência na vida pessoal do empregado.

Não obstante, memore-se que o artigo 196 da CRFB declara que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

⁶⁷⁶ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. [...]”

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

No mesmo sentido, o artigo 225 da CRFB garante a todos o direito a um meio ambiente de trabalho seguro: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Idem quanto ao direito à vida e à segurança, previstos no artigo 5º, *caput*, do mesmo diploma.

No âmbito celetista, o artigo 157 evidencia a obrigação do empregador de zelar pela saúde dos trabalhadores devendo cumprir e fazer cumprir normas relativas à medicina e segurança do trabalho e, ainda, instruir os empregados de forma preventiva para evitar acidentes, através de edição de ordens de serviços.⁶⁷⁷

A legislação laboral também contém outros instrumentos aplicáveis no âmbito da relação empregador-empregado, destacando-se, quanto aos exames médicos, a Norma Regulamentar n.º 7⁶⁷⁸ do Ministério do Trabalho e Emprego que dá diretrizes para o serviço médico da empresa denominado Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO), que é o serviço da empresa que objetiva promover e preservar a saúde da coletividade de trabalhadores.

Nesse contexto, a NR-7 determina, em seu item 7.4.1, que exames médicos gerais obrigatórios devem ser realizados, quais sejam, exames admissionais, periódicos, de retorno ao trabalho, de mudança de função e demissional constituindo-se em avaliações clínicas e exames físicos e mentais. A NR-7 possibilita a realização de exames complementares pelos médicos do trabalho em trabalhadores cujas atividades envolvem riscos adicionais. Releva notar que não há menção expressa aos exames toxicológicos.

De toda forma, assim como ocorre em Portugal, a NR-7 faz referência expressa ao fato de que os resultados dos exames médicos realizados no âmbito laboral, incluindo avaliação clínica e exames complementares, devem ficar sob a responsabilidade do médico responsável e devem ser adequadamente registradas em prontuário clínico individual, reforçando, assim, o cuidado que se deve ter com tais resultados e conclusões, e também com o uso restrito e confidencial de tais informações.

⁶⁷⁷ “Art. 157 - Cabe às empresas: (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977) I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977); II – instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977).” (DECRETO-LEI n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) [Em linha]. [Consult. 12 ago. 2019. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm).

⁶⁷⁸ NORMAS Regulamentadoras - Segurança e saúde do trabalho, do Ministério do Trabalho e Emprego no Brasil. NRs 01 a 37 [Em linha]. [Consult. 05 nov. 2019]. Disponível em WWW: <http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nrs.htm>

Ressalta-se, ainda, que a saúde e segurança também têm proteção no ordenamento justabalhista brasileiro, no Decreto n.º 1254/1994, que promulgou a Convenção n. 155 da OIT, cujo artigo 16 determina as medidas a serem adotadas nas empresas:

- “1. Deverá ser exigido dos empregadores que, na medida que for razoável e possível, garantam que os locais de trabalho, o maquinário, os equipamentos e as operações e processos que estiverem sob seu controle são seguros e não envolvem risco algum para a segurança e a saúde dos trabalhadores.
2. Deverá ser exigido dos empregadores que, na medida que for razoável e possível, garantam que os agentes e as substâncias químicas, físicas e biológicas que estiverem sob seu controle não envolvem riscos para a saúde quando são tomadas medidas de proteção adequadas.
3. Quando for necessário, os empregadores deverão fornecer roupas e equipamentos de proteção adequados a fim de prevenir, na medida que for razoável e possível, os riscos de acidentes ou de efeitos prejudiciais para a saúde”.⁶⁷⁹

Foi justamente o sopesamento entre o direito à vida/saúde e segurança *versus* direito à intimidade e integridade física e moral que inspirou que o legislador, no caso dos motoristas profissionais e dos empregados em aviação civil, optasse por não só permitir, mas EXIGIR que os exames toxicológicos fossem realizados em tais trabalhadores.

A justificativa é o fato de que, nesses tipos de atividade, a falta de aptidão física completa para seu exercício, incluindo todas as funções cerebrais em pleno funcionamento, pode ser fatal não somente para a vida do próprio trabalhador quanto para a vida de terceiros, causando riscos de acidentes graves.

Veja-se que, na hipótese de acidente do trabalho, a legislação trabalhista, como regra, atribui a responsabilidade civil e criminal ao empregador, o que agrava ainda mais o cenário.

Com efeito, o empregador responderá perante o empregado no caso de acidentes de trabalho, podendo ter de indenizá-lo, sempre que incorrer em *culpa ou dolo*.⁶⁸⁰ Também pode ser obrigado a indenizá-lo, no caso de acidentes de trabalho, *pela simples responsabilidade objetiva* por desenvolver atividades de risco, como preceitua o parágrafo único do artigo 927 do CCB, que afirma:

⁶⁷⁹ CONVENÇÃO n.º 155: C155 - Segurança e Saúde dos Trabalhadores. Aprovada na 67ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra - 1981), entrou em vigor no plano internacional em 11.8.83. Promulgada no Brasil através do Decreto n.º 1254, de 29 de setembro de 1994 [Em linha]. [Consult. 29 fev. 2020]. Disponível em WWW: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm

⁶⁸⁰ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.” (CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm).

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” (LEI n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm).

“Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.⁶⁸¹

Na esfera criminal, a responsabilização eventual do empregador também pode ocorrer, nos termos do artigo 132 do Código Penal Brasileiro⁶⁸², caso seja comprovado que este expôs a vida ou a saúde dos empregados ou de terceiros a perigo direto e iminente. A pena é a detenção, podendo ser de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou até maior a depender da gravidade do crime praticado.

Destarte, é por tais motivos – e porque, como exposto, o empregador possui o poder diretivo – que essas circunstâncias justificariam o emprego de medidas de controle e vigilância para a garantia de um ambiente de trabalho seguro e para a prevenção de riscos e acidentes. Em tais circunstâncias, o direito à intimidade/privacidade do trabalhador acaba cedendo lugar para o direito do empregador de realizar tais testes, zelando por um ambiente de trabalho seguro e prevenindo riscos à vida e integridade física do empregado envolvido e de terceiros.

Entretanto, a legislação laboral não entrou em maiores detalhes quanto à possibilidade, ou não, de se realizar tais exames para outras atividades, tendo restado à doutrina e jurisprudência fazer o delineamento melhor do tema – que ainda se encontra em construção no ordenamento jurídico brasileiro, suscitando, não raro, dúvidas e celeumas –, levando-se em conta outros preceitos legais que podem ser invocados para a busca de uma resposta jurídica à questão proposta.

Nesse sentido, afirmam NASCIMENTO e MASSONI⁶⁸³, no artigo intitulado *Exames toxicológicos no ambiente de trabalho*:

“A questão de fundo, como sucede nos demais países, é eventual colisão entre a ideia de evitar riscos de acidentes (prejudiciais à vida do trabalhador e de terceiros) e possíveis violações ao direito de intimidade do empregado. Não parece razoável a tese que propõe, de forma genérica e terminativa, os exames; tampouco, em outro extremo, a tese de que os controles toxicológicos seriam uma prerrogativa irrestrita e ilimitada do empregador. Acreditamos que incidem, na espécie, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, de adequação entre meios e fins. Logo, é admissível uma limitação ao direito da intimidade em situações de relevante interesse social, como é o caso de risco de graves acidentes de trabalho. Isso porque, em tais hipóteses, o uso (ou abuso)

⁶⁸¹ LEI n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm

⁶⁸² DECRETO-LEI n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

⁶⁸³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MASSONI, Túlio de Oliveira - Exames toxicológicos no ambiente de trabalho. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região* [Em linha]. Curitiba. Vol. 5, n.º 45 (out. 2015), p. 221-255. [Consult. 8 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/89347>. p. 246.

individual transcende a esfera da pessoa e atinge difusamente coletividades de pessoas”.

A seriedade do tema relativo ao combate ao abuso de álcool e drogas, portanto, autorizaria que o empregador, diante de certas circunstâncias, realizasse os exames toxicológicos no ambiente laboral, seja de forma preventiva ou para fins de controle e prevenção de acidentes.

Note-se que a preocupação com o referido tema no Brasil também é grande, como ocorre com diversos países. O incentivo a medidas que combatam o uso de drogas é uma questão de ordem pública.

A respeito, a Lei n.º 11.343/2006 previu “a criação e desenvolvimento de programas de prevenção do uso de drogas, atribuindo essa missão não só aos poderes públicos, mas também a toda a sociedade civil”.⁶⁸⁴

Nesse sentido, os artigos 18 e 19 da referida lei afirmam a importância da prevenção com medidas que objetivem a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco, devendo observar os seguintes princípios, os quais resumimos abaixo:

- (a) deve-se reconhecer que o uso indevido de drogas interfere na qualidade de vida do indivíduo e na sua relação com a comunidade em que vive, incentivando-se medidas de prevenção;
- (b) preconceitos e estigmatizações devem ser evitados, lembrando-se que o usuário deve ser respeitado em sua individualidade. Medidas que visem à inclusão social e melhoria da qualidade de vida, através de investimentos em alternativas esportivas, culturais, artísticas e profissionais devem ser incentivadas;
- (c) devem ser incentivadas atuações de colaboração e articulação junto com o setor privado e os diversos segmentos da sociedade, além de medidas que envolvam parcerias e os familiares do próprio usuário;
- (d) políticas que visem à redução de riscos pelo “não uso” e “retardamento do uso” são desejáveis dentro do contexto das atividades preventivas;
- (e) políticas educativas devem também ser incentivadas, inclusive em instituições de ensino público e privado.⁶⁸⁵

⁶⁸⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MASSONI, Túlio de Oliveira - Exames toxicológicos no ambiente de trabalho. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região* [Em linha]. Curitiba. Vol. 5, n.º 45 (out. 2015), p. 221-255. [Consult. 8 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/89347>. p. 242.

⁶⁸⁵ LEI n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006 - Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas [Em linha]. [Consult. 12 out. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm

Conclui-se, destarte, que no Direito brasileiro, assim como no âmbito mundial, há grande preocupação com o tema do abuso de álcool e drogas, bem como incentivo a que políticas de prevenção sejam adotadas, inclusive no âmbito laboral.

E, especificamente em tal cenário, apesar de haver algumas referências legais a respeito dos exames toxicológicos, há ainda dúvidas que, não raro, suscitam debates também no âmbito judicial.

Vejamos, portanto, o tratamento jurisprudencial que tal questão tem tido nos ordenamentos do Brasil e de Portugal.

5.5 O TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL DA POSSIBILIDADE DE SE REALIZAR EXAMES TOXICOLÓGICOS NO AMBIENTE DE TRABALHO

A jurisprudência, não raras vezes, tem sido responsável por delinear contornos mais específicos a determinado instituto jurídico ou, ainda, auxiliar a dar uma resposta eficaz a certos casos difíceis que se colocam em juízo, com base em uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico.

No caso dos exames toxicológicos, questão de grande relevância no contexto mundial atual, por impactar em aspectos ligados ao direito à intimidade e também por envolver o tema *abuso de drogas*, reconhecido hoje como um problema de saúde mundial, a consulta ao entendimento jurisprudencial sobre o tema também fornece elementos valiosos para a compreensão da questão nos ordenamentos jurídicos em estudo, quais sejam, Portugal e Brasil.

Diante disso, selecionamos e analisamos alguns julgados que, sob o nosso ponto de vista, representam debates relevantes do tema em ambos os ordenamentos.

5.5.1 Portugal

O primeiro caso selecionado foi julgado pelo Tribunal da Relação de Lisboa no ano de 2010 e envolveu análise a respeito dos testes de detecção de álcool, tendo o Tribunal concluído pela aplicação de justa causa de despedimento a trabalhador que, ciente de que não poderia comparecer embriagado para laborar, em virtude das atividades que desempenhava por envolver risco de acidentes, descumpriu as ordens e instruções do seu empregador.⁶⁸⁶

No caso, o trabalhador apresentou, após exames, taxas de alcoolemia no sangue superiores às permitidas em normas internas prévias da empresa.

⁶⁸⁶ ACÓRDÃO do Tribunal da Relação do Porto de 27.04.2015 no processo n. 442/13.1TTMAL.P1 (Paula Leal de Carvalho) [Em linha]. [Consult. 10 set. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.jurisprudencia.pt/acordao/9295/>

Da análise do referido acórdão, podemos observar que, para que o Tribunal concluísse pela validade dos exames realizados no caso concreto, considerou alguns aspectos como: (i) existia norma interna prévia na empresa que proibia que o trabalhador se apresentasse para trabalhar ou permanecesse no trabalho com taxa de álcool no sangue acima de determinado nível considerado seguro, norma decorrente de seu poder de direção e organizacional; (ii) o empregado tinha ciência de tal norma e dos limites das taxas de segurança fixadas; (iii) o trabalhador trabalhava com carga, descarga e arrumação de mercadorias, assim como movimentava viaturas dentro das instalações da empresa, o que exigiria sobriedade sob pena de causar risco à segurança e integridade das pessoas que ali trabalhavam, inclusive dele mesmo; (iv) o empregado, inclusive, já tinha sido punido anteriormente por 2 vezes, demonstrando que o empregador tentou *educá-lo*, tendo o mesmo persistido na conduta; (v) justamente porque a embriaguez do trabalhador poderia colocar em risco sua vida e integridade física, além da vida e integridade física de terceiros, o Tribunal concluiu pela possibilidade de suposta *violação* à sua privacidade para ceder lugar a valores fundamentais maiores, como vida e integridade física; (vi) logo, não houve violação ao artigo 16º do CTP que protege a privacidade dos trabalhadores.⁶⁸⁷

Na fundamentação da decisão, o Tribunal fez as seguintes reflexões, citando a legislação portuguesa sobre o tema:

“O Código de Trabalho de 2003 inclui, pela primeira vez na lei laboral, alguns preceitos que respeitam aos direitos de personalidade, tanto do empregador, como do trabalhador (art.ºs 15 a 21), reforçando a noção de que a pessoa é simultaneamente cidadão e trabalhador subordinado ou empregador. Com efeito, o trabalhador mantém intactos os seus direitos como cidadão a que não renuncia pelo contrato de trabalho, ou seja, “*a cidadania não fica à porta da empresa*” nas expressivas palavras de Juan Escribano Gutierrez, citado pelo Professor Júlio Gomes, no seu “Manuel de Direito do Trabalho” Vol. I, no capítulo sobre os direitos de personalidade, págs. 265 a 384, páginas que, concentrando inúmeras referências ao direito comparado, nos serviram de reflexão, ver ainda, de Guilherme Machado Dray, “Direitos de Personalidade”, com especial relevo na parte relativa ao Código do Trabalho, Almedina 2006, pág. 61 e sgts.

Por outro lado, o desenvolvimento da informática, a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, o incremento da utilização de técnicas de captação de imagens, armazenamento de imagens e de dados pessoais, bem como a utilização da ciência médica para efeitos de realização de testes ou exames destinados a despistar doenças infecto-contagiosas ou o consumo drogas e de álcool por parte do trabalhador, tornaram-se no mundo laboral uma constante, justificando igualmente a inserção dos direitos de personalidade na legislação laboral. E embora compreenda um regime especial, na medida em que procura adaptar-se às especificidades próprias do direito do trabalho, não pode ser visto como um regime autónomo ou independente da tutela

⁶⁸⁷ Em caso similar, mais antigo, o Supremo Tribunal de Justiça teve idêntica conclusão, referendando os testes de alcoolemia nos trabalhadores e configurando crime de desobediência do trabalhador que se recusou se submeter a teste, mormente por já ter sido punido anteriormente em virtude de alcoolémia. *Vide* ACÓRDÃO do Supremo Tribunal de Justiça de 24.06.1998 no processo n. 97S243 (Matos Canas) [Em linha]. [Consult. 13 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.jurisprudencia.pt/acordao/148619/>.

constitucional ou civil dos direitos de personalidade, face à harmonia e unidade de todo o sistema jurídico.

Mas esta inserção configura ainda uma visão mais actual porque mais integradora, em que os direitos de personalidade, designadamente, do trabalhador, não constituem limites aos poderes do empregador mas resultam de uma correcta compreensão da execução do contrato de trabalho de acordo com a boa-fé dos contraentes, o que implica o respeito pela personalidade e pela individualidade da contraparte, com a sua vida privada e pessoal, a sua liberdade de expressão, a sua integridade física e moral. Importa, contudo, realçar que os direitos fundamentais do trabalhador encontrarão naturais limitações decorrentes dos interesses da empresa e da coexistência e eventual confronto com os direitos fundamentais dos colegas e do próprio empregador, devendo as restrições a levar acabo nesse confronto serem adequadas, proporcionais e fundamentadas.

Nessas circunstâncias importa ponderar os direitos fundamentais, tanto os direitos individuais do trabalhador, como os bens patrimoniais do empregador, como o bem comum no sentido da protecção da saúde e da segurança de terceiros; sendo que em matéria de direito de personalidade, somente, os direitos à integridade moral e física das pessoas são direitos absolutos – art.º25 da Constituição.

Assim sendo, o art.º 16 do CT deve ser interpretado como uma norma condicionada aos demais direitos fundamentais em função das circunstâncias do caso concreto. Sobre as limitações ao direito à reserva da intimidade da vida privada, ainda que sobre o direito à não intromissão no sigilo bancário, ver acórdão do STJ de 17.12.2009 (*relator Conselheiro Hélder Roque*), no site da dgsi, onde expressamente se consigna que: “O direito à protecção da vida privada está inserido no âmbito da tutela dos direitos de personalidade e, por isso, no confronto de outros direitos fundamentais igualmente tutelados...trata-se de direitos condicionais em que não existe uma proibição absoluta...”. Há, pois, que fazer a ponderação dos direitos em confronto na situação em causa.

Como se referiu, a reserva da intimidade da vida privada, que é o direito em causa nos autos, não é uniforme nem absoluta e, tal como decorre do n.º2 do art.º80 do CCivil, a sua extensão deve ser definida consoante a natureza do caso e as condições das pessoas, sendo pois legítima a adopção de diferentes concretizações em função, nomeadamente, da actividade laboral e do grau de subordinação do trabalhador; por exemplo, no regime do contrato de praticante desportivo, resulta expressa a obrigatoriedade de o trabalhador fora e dentro do local de trabalho pautar a vida privada de forma a preservar a sua condição física, obrigando-o ainda submeter-se aos exames e tratamentos clínicos necessários à prática desportiva (art.º13 da Lei n.º28/98 de 26.06), trata-se assim de uma limitação ao direito de reserva da intimidade da vida privada do trabalhador, face à natureza da relação laboral.

Na verdade, o consumo de álcool insere-se no domínio da esfera privada de cada indivíduo, todavia, quando esse consumo possa representar uma fonte potencial de perigo para o próprio trabalhador, seus colegas e terceiros, podendo perturbar a execução do contrato de trabalho, ele deverá ser limitado em nome da defesa dos direitos fundamentais destes últimos; exemplo paradigmático das restrições ao consumo de álcool, por razões de segurança, é o das limitações legais impostas na condução rodoviária.

É sabido que o consumo de álcool pode levar à perturbação das capacidades de coordenação dos movimentos, de reacção e concentração, o que poderá ser muito grave quando, por exemplo, se trabalhe em ou com máquinas. Nesse sentido, os próprios art.ºs18 e 19 do CT, que tutelam o direito à integridade física e moral do trabalhador e empregador, consignam limitações aos seus direitos individuais, quando se pretenda a protecção e segurança dos mesmos ou de terceiros.

Ora, no caso, as imposições aos limites de alcoolemia resultam, por um lado, da circunstância de se tratar de uma empresa de cervejas, o que implica, desde logo, uma proximidade muito grande com bebidas alcoólicas, propiciando o seu consumo e, por outro, do posto de trabalho do recorrente que, como auxiliar de armazém, tem de efectuar cargas, descargas e arrumação de mercadorias, assim como movimentar viaturas da ré dentro das suas instalações, o que exige sobriedade de forma a que não sejam postas em causa a segurança e a integridade das pessoas que ali trabalham e dos equipamentos e mercadorias nela envolvidos.

Assim, atendendo ao circunstancialismo descrito, afigura-se-nos devidamente justificada a determinação constante da ordem de serviço da ré em limitar alcoolemia do recorrente, sem que tenha havido qualquer violação ao disposto no art.º 16 do CT. Face ao exposto, o autor, ao desrespeitar de forma grave e reiterada os limites de alcoolemia impostos pela recorrida, violou os deveres a que aludem as alíneas a), d) e h) do art.º12 do C.T., quebrando de forma definitiva a relação de confiança subjacente à manutenção do contrato de trabalho, cuja continuidade representaria uma inexigível e injusta imposição à ré, tal como foi decidido na sentença recorrida”.⁶⁸⁸

GUERRA ⁶⁸⁹, analisando a jurisprudência em Portugal em relação à segurança rodoviária e condução de veículos, ressalta que “a submissão do condutor ao teste de detecção de álcool não viola o dever de respeito pela dignidade da pessoa do condutor, nem o seu direito ao bom nome e à reputação, nem o direito que ele tem à reserva da intimidade da vida privada”⁶⁹⁰ por si só. O que poderia ensejar violação é a eventual sujeição do trabalhador ao teste e ao seu resultado em local público.

Destaca, ainda, o autor que, apesar de a realização do exame atingir potencialmente o direito à reserva da intimidade da vida privada, no caso dos condutores de veículos poderia haver a compressão do direito à intimidade porque, *in casu*, não estaria em discussão “a devassa dos ‘hábitos da pessoa do condutor no tocante à ingestão de bebidas alcoólicas’, mas recolher prova perecível para ‘prevenir eventual violação de bens jurídicos valiosos (entre outros, a vida e a integridade física), que a condução sob a influência do álcool pode causar’”⁶⁹¹.

Em acórdãos semelhantes, o Tribunal Constitucional Português já teve a oportunidade de analisar a ponderação dos princípios ou comandos constitucionais para a conclusão a respeito da licitude, ou não, de realização de exames toxicológicos. Vejamos, ilustrativamente, os julgados abaixo:

“8. Na linha do que já tem vindo a ser defendido pela citada jurisprudência do Tribunal Constitucional, poderemos considerar que a admissibilidade da colheita de amostra de sangue, para exame do estado de influenciado pelo álcool, não comporta, por si, um juízo de desconformidade constitucional.

Na verdade e, como acabámos de recensear, a jurisprudência deste Tribunal tem vindo a considerar que a Constituição autoriza, atendendo às finalidades em causa, e respeitadas as demais exigências constitucionais, a restrição dos direitos fundamentais à integridade pessoal, à reserva da vida privada ou à autodeterminação informativa (v.g., Acórdãos n.º 254/99 e n.º 155/2007, citados).

⁶⁸⁸ ACÓRDÃO do Tribunal da Relação do Porto de 27.04.2015 no processo n. 442/13.1TTMAI.P1 (Paula Leal de Carvalho) [Em linha]. [Consult. 10 set. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.jurisprudencia.pt/acordao/9295/>

⁶⁸⁹ GUERRA, Amadeu - *A privacidade no local de trabalho: as novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados. Uma abordagem ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 262-268.

⁶⁹⁰ *Idem*, p. 266.

⁶⁹¹ *Ibidem*.

E a recolha de amostra de sangue, nas específicas circunstâncias em análise no presente recurso, apesar de contender com o direito à integridade pessoal e o direito à reserva da vida privada do examinando, igualmente não comporta um juízo de desconformidade constitucional.

A intervenção nos referidos direitos fundamentais dirige-se à salvaguarda da eficácia da pretensão punitiva do Estado, relativamente a normas sancionatórias criadas como garantia de efetiva tutela material de outros direitos fundamentais valiosos - a vida, a integridade física, a propriedade privada - abarcados pela proteção da segurança da circulação rodoviária.

Ora, como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito à integridade pessoal não impede o “estabelecimento de deveres públicos dos cidadãos que se traduzam em (ou impliquem) intervenções no corpo das pessoas (v. g., vacinação, colheita de sangue para testes alcoólicos, etc.)”, desde que a obrigação não comporte a sua execução forçada, sem prejuízo da punição em caso de recusa (in “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 4.^a edição revista, Coimbra Editora, p. 456).»Correspondendo a norma do artigo 153.º, n.º 8, do Código da Estrada, prevista para os casos de exames no âmbito da normal fiscalização rodoviária, à norma do artigo 156.º, n.º 2, do mesmo diploma, que regula os exames em caso de acidente de trânsito, a fundamentação do Acórdão n.º 418/2013 é perfeitamente transponível para os presentes autos, a isso não impedindo a efetiva recusa do arguido em submeter-se à colheita de amostra de sangue verificada nas circunstâncias do caso.

Não está aqui em equação, repete-se, a realização coativa da recolha de amostra de material biológico (como aconteceu nos Acórdãos n.º 155/2007 e 228/2007), mas sim a incriminação do exercício da autonomia da vontade do arguido, com expressão no ato de recusa de sujeição a exame legalmente devido.

Embora a via adotada comporte sanção criminal, com a subjacente contra motivação, não deixa de ser uma escolha (pela desobediência), imputável à livre e consciente autodeterminação volitiva do sujeito.6.5. Importa, por último, tomar o argumento de que a colheita de sangue não é absolutamente necessária para a realização da perseguição criminal, na medida em que se encontra legalmente prevista a realização de exame médico quando aquela não é possível. Porém, o exame médico referido na parte final do n.º 8 do artigo 153.º do Código da Estrada, e regido pelo artigo 7.º do Regulamento n.º 18/2007, de 17 de maio, permite tão somente apurar o estado de influenciado pelo álcool, quando a passagem do plano da censura contraordenacional para a censura penal funda-se em critério formal-quantitativo assente na estipulação de um limiar concreto, a partir do qual a conduta assume ressonância ético-socialmente relevante, por consideração de taxa de álcool no sangue (TAS) superior a 1,2 gr/l (artigo 292.º do Código Penal). Ora, de acordo com o artigo 6.º do Regulamento n.º 18/2007, de 17 de maio, a quantificação da TAS é efetuada com recurso a procedimentos analíticos, mormente por cromatografia em fase gasosa incidente sobre a mostra hemática. Não há, pois, que duvidar da necessidade e adequação, como da ausência de excesso na relação meio-fim, na imposição de colheita de sangue para efeitos da prevenção da violação dos bens jurídicos que a condução sob o efeito de álcool pode acarretar, com relevo bastante para justificar a restrição, dotada de grau de afetação muito reduzido, do direito à integridade física (artigo 18.º, n.º 2 da Constituição). (...)

Em suma, cumpre concluir que a norma incriminatória questionada, embora comporte a punição de recusa a sofrer restrição do direito à integridade física, consagrado no artigo 25.º, n.º 1 da Constituição, e com refração no domínio da prova penal no artigo 32.º, n.º 8, da Lei Fundamental, mostra-se credenciada, designadamente pela prossecução das finalidades específicas do processo penal, respeitando a exigência de proporcionalidade constante do artigo 18.º, n.º 2 da Constituição.

(...) Afastada também a inconstitucionalidade material radicada em infração do disposto no artigo 32.º, n.º 8 da Constituição, ou de qualquer outro parâmetro constitucional (artigo 79.º - C da LTC), conclui-se pela improcedência do recurso.

III – Decisão (...) Pelo exposto, ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 78º-A da Lei do Tribunal Constitucional, decide-se:

a) Não julgar inconstitucional a norma extraída da conjugação do artigo 348.º, n.º 1, alínea a), do Código Penal e dos artigos 152.º, n.º 3, e 153.º, n.º 8, ambos do Código da Estrada, estes na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 44/2005, de 23 de fevereiro e, em consequência,

b) Conceder provimento ao recurso e revogar a decisão recorrida, que deverá ser reformulada em conformidade com o presente juízo de não inconstitucionalidade. Sem custas. Lisboa, 7 de maio de 2014. – Fernando Vaz Ventura - João Cura Mariano – Pedro Machete - Ana Guerra Martins – Joaquim de Sousa Ribeiro”.⁶⁹²

No acórdão n. 418/2013 do Tribunal Constitucional, Processo n. 120/11, a 3ª Secção do Tribunal Constitucional, analisando a situação de um condutor de veículo que foi acusado de crime por dirigir embriagado, também concluiu em sentido semelhante ao exposto acima e destacou que, em resumo:

“O direito à reserva da intimidade da vida privada — que é o direito de cada um a ver protegido o espaço interior da pessoa ou do seu lar contra intromissões alheias; o direito a uma esfera própria inviolável onde ninguém deve poder penetrar sem autorização do respetivo titular (cf., sobre isto, o citado acórdão n.º 128/92) — acaba, naturalmente, por ser atingido pelo exame em causa. No entanto, a norma sub iudicio não viola o artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, que o consagra.

De facto, não se trata, com o teste de pesquisa de álcool, de devassar os hábitos da pessoa do condutor no tocante à ingestão de bebidas alcoólicas, sim e tão-só (recorda-se) de recolher prova perecível e de prevenir a eventual violação de bens jurídicos valiosos (entre outros, a vida e a integridade física), que uma condução sob a influência do álcool pode causar — o que, há de convir-se, tem relevo bastante para justificar, constitucionalmente, esta constrição do direito à intimidade do condutor.

(...) Não procede o argumento do recorrente, segundo o qual bastaria então impedir o condutor de prosseguir com o veículo. Na verdade, tal solução não satisfaria a eficácia preventiva das medidas de combate à condução sob o efeito do álcool (para além de pôr em causa os valores inerentes ao dever de respeito pela autoridade).

Os bens que a norma visa proteger assim como a perigosidade das condutas a prevenir justificam e legitimam a medida normativa em questão.

Por outro lado, o prejuízo do ponto de vista pessoal para o sujeito obrigado ao teste de alcoolemia não atinge o núcleo essencial indisponível de direitos fundamentais, não sendo desproporcionada a sua lesão em confronto com os bens que se pretende tutelar.»

Lisboa, 15 de julho de 2013. — Catarina Sarmiento e Castro — Maria José Rangel de Mesquita — Lino Rodrigues Ribeiro — Carlos Fernandes”.⁶⁹³

⁶⁹² ACÓRDÃO do Tribunal Constitucional de 07.05.2014 no processo n. 973/13. 2ª secção. (Fernando Ventura) [Em linha]. [Consult. 24 jul. 2021]. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_print_busca.php?buscajur=&nid=11908.

⁶⁹³ ACÓRDÃO Tribunal Constitucional de 17.10.2013, n. 418/2013, no processo n. 120/11. 3ª Secção. Diário da República, 2.ª série, N.º 201, p. 31186-31190, Parte D.

Note-se, contudo, que, em que pese o exposto acima, o consentimento prévio e livre é requisito que tem sido considerado essencial para subsunção do ser humano aos testes e exames médicos toxicológicos, quando se analisa os julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Vejamos recente decisão a respeito:

“Forcing a drink-driving suspect to have a urine test via a catheter was inhuman and degrading.

In today’s Chamber judgment¹ in the case of R.S. v. Hungary (application no. 65290/14) the European Court of Human Rights held, unanimously, that there had been:

a violation of Article 3 (prohibition of inhuman or degrading treatment) of the European Convention on Human Rights.

The case concerned the applicant being forced to take a urine test via a catheter on suspicion of hi being under the influence of alcohol or drugs while driving.

The Court found that the authorities had subjected the applicant to a serious interference with hi physical and mental integrity, against his will, without it even having been necessary seeing as blood test had also been carried out to find out whether he had been intoxicated.

(...) Decision of the Court

First, the Court pointed out the domestic law and practice on the use of catheterisation to obtain evidence of involvement in an offence was neither clear nor consistent.

It then went on to decide that the applicant had not given his free and informed consent throughout the catheterisation. Although the authorities had looked into his allegations, they had decided t give preference to the police officers’ version of events, without taking into account that the allege consent had been given while under the influence of alcohol. Indeed, the Court doubted whether the applicant had in practice had any other choice but to accept the intervention, given that he há been in the complete control of police officers.

In any event, the applicant had had the right under domestic law to withdraw his initial consent at any time. He had clearly done so, as evidenced by the fact that he had resisted and had had to be pinned down by the police officers to complete the procedure.

Furthermore, there had been no medical reason for the procedure, which had been intended to retrieve evidence. That in turn had not even been necessary because the police officers had also taken a blood sample.

Nor was there anything to show that the police officers had paid any consideration to the risk the procedure could have entailed for the applicant.

The authorities had therefore subjected him to a serious interference with his physical and mental integrity, against his will. The manner in which it had been carried out had been liable to arouse in him feelings of insecurity, anguish and stress that had been capable of humiliating and debasing him.

He had therefore been caused both physical pain and mental suffering, which had amounted to inhuman and degrading treatment, in breach of Article 3.

Given that conclusion, the Court held that there was no need to examine separately the admissibility or merits of the complaint under Article 8 of the Convention”.⁶⁹⁴

Feitas essas observações a respeito da jurisprudência do Tribunal Constitucional e Tribunal Europeu de Direitos Humanos e retornando às questões laborais, observa-se que, de forma geral, a jurisprudência de Portugal, na esteira das disposições legais aplicáveis no artigo 19º do CTP e, ainda, seguindo as demais diretrizes contidas em outros instrumentos normativos, tal como visto nos itens anteriores, tem compreendido pela validade da realização de exames para detecção de abuso de *álcool e drogas* sempre que envolver alguma atividade de risco de acidentes para o trabalhador ou, em especial, para uma coletividade.⁶⁹⁵

Nessa hipótese, caberia ao empregado, inclusive, o dever de colaboração para sujeição a tais testes e exames médicos, desde que outros cuidados fossem tomados, como existência de normas prévias, respeito, confidencialidade do resultado, consentimento prévio, realização dos exames no contexto da área de medicina e segurança, que a finalidade do exame não seja discriminatória, abusiva ou arbitrária, entre outros.

Nesse sentido, interessante um julgado citado por JOÃO PALLA LIZARDO⁶⁹⁶ na obra *Exames médicos obrigatórios e direitos de personalidade* em que um trabalhador foi submetido a sanções disciplinares pelo empregador, em virtude de ter se recusado a se submeter a um exame requerido pelo médico representante da entidade patronal, para que a empresa pudesse determinar quais funções ele poderia desempenhar diante de um problema constatado de diminuição da sua capacidade visual. Explica o autor que o empregado havia entregado “um documento, passado pelo seu médico pessoal, no qual se referia a existência de problemas de visão, o empregador exigiu-lhe que se apresentasse para exames perante um médico da sua exclusiva escolha e, face à recusa do trabalhador em cumprir essa ordem, foi decretado o seu

⁶⁹⁴ JUDGMENT of The European Court of Human Rights, R.S. v. Hungary (Application no. 65290/14), 02.07.2019. Fourth Section [Em linha]. [Consult. 24 jul. 2021]. Disponível em WWW: <https://policehumanrightsresources.org/r-s-v-hungary-application-no-65290-14>

⁶⁹⁵ Outro julgado interessante envolvendo a realização de exames e testes no âmbito do poder diretivo do empregador em contraposição com a intimidade do trabalhador é o relativo ao processo n. 933/12.1TTBCL.P1 do Tribunal da Relação do Porto: “SUMÁRIO: I – Os alcoólímetros usados pelas empresas de construção para verificar se os seus trabalhadores estão a trabalhar sob efeito de álcool não precisam de se encontrar calibrados e certificados apenas pelo Instituto Português da Qualidade. II – Para determinar em concreto a justa causa do despedimento o que releva é se, em consequência da conduta do autor, fica definitivamente prejudicada a relação de confiança essencial à manutenção da relação de trabalho. III – Constitui justa causa de despedimento o trabalhador de uma empresa de construção civil apresentar por duas vezes valores de álcool no sangue superiores a 0,5 g/l, quando já antes tinham ocorrido situações similares e o trabalhador fora advertido de que aquele comportamento não era aceite pela entidade empregadora.” (ACÓRDÃO do Tribunal da Relação do Porto de 30.06.2014 no processo n. 933/12.1TTBCL.P1 (Rui Penha) [Em linha]. [Consult. 13 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.jurisprudencia.pt/acordao/10098/>).

⁶⁹⁶ LIZARDO, João Palla - Exames médicos obrigatórios e direitos de personalidade - o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25-10-2000. *Questões Laborais*. Ano XI, n.º 24 (2004), p. 217.

despedimento”. Referido despedimento foi considerado lícito quando questionado judicialmente.

Do exposto, observa-se que o entendimento majoritário tem sido no sentido de que, na análise a respeito da realização, ou não, de exames toxicológicos no ambiente laboral, devem sempre ser sopesados os valores ou direitos que estão presentes ou colidem em determinada situação fática. Como conclui GUERRA⁶⁹⁷, *litteris*:

“Em face do teor das decisões citadas podemos concluir que os nossos tribunais têm entendido, de forma pacífica, que o facto de existirem interesses e valores dignos de protecção social (v.g. a segurança rodoviária ou a prevenção de acidentes de trabalho) justifica uma certa compressão de direitos do trabalhador. Daí que admitam como legítima a realização de testes de alcoolemia. Pela mesma ordem de fundamentos, não vemos que a solução possa ser diferente em relação a exames para detecção de drogas. Em face dos poderes conferidos à entidade empregadora, em sede de medicina do trabalho, tenderemos a admitir que a entidade empregadora, exclusivamente através destes serviços, poderá realizar os exames necessários ao trabalhador. O direito à privacidade não é absoluto e a liberdade individual pode ser limitada se estiver em causa a protecção da saúde pública ou a segurança do próprio e, especialmente, de terceiros.

Fazendo apelo aos princípios e orientações constantes da jurisprudência do Tribunal Constitucional é fundamental que os serviços de medicina de trabalho exerçam as suas funções com discrição, respeito pela dignidade do trabalhador e sem discriminação, cumprindo a obrigação de sigilo a que estão vinculados. A referência ao dever de sigilo não se apresenta como uma simples mensagem de circunstância ou de uma conclusão que resulta de disposição legal, mas de uma afirmação que deve ser levada a sério, não só pelas consequências que resultam da violação do dever de sigilo, como pelos efeitos que tais condutas podem produzir na relação médico-doente e que se pode traduzir, em última instância, na perda de confiança nos serviços de medicina do trabalho”.

5.5.2 Brasil

No Brasil, como visto, o tema dos exames toxicológicos tem também despertado debates interessantes no meio jurídico por envolver matéria que ainda não está completamente delimitada.

Algumas empresas têm sido pioneiras em estabelecer políticas de prevenção do abuso de álcool e drogas no ambiente laboral. Entretanto, justamente porque não existe legislação conclusiva a respeito do tema, algumas vezes se deparam com questionamentos por parte do Ministério Público do Trabalho ou, ainda, judicialmente.

A questão é delicada e um dos objetivos da presente tese é, justamente, delinear contornos mais seguros para que esses programas sejam elaborados pelas empresas, de forma a evitar questionamentos e dar maior segurança jurídica para todos os envolvidos.

⁶⁹⁷ GUERRA, Amadeu - *A privacidade no local de trabalho: as novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados. Uma abordagem ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 262-268.

Nesse viés, a par da análise do entendimento jurisprudencial do tema, apresentaremos, no item 5.7 do presente capítulo e, também, no capítulo seguinte, uma sugestão de delineamento para as questões difíceis ainda surgidas, apontando diretrizes cardeais para a realização dos exames toxicológicos no ambiente laboral, de acordo com as conclusões retiradas da legislação analisada, doutrina e jurisprudência, bem como sugerindo uma teoria direcional própria como linha da nossa tese de doutoramento.

Posto isso, citemos alguns julgados selecionados do Tribunal Superior do Trabalho (TST) no Brasil, fruto de questionamentos judiciais de programas instituídos por algumas empresas pioneiras, que nos permitirão também apresentar algumas conclusões sobre o tratamento jurisprudencial do tema no cenário jurídico brasileiro.

Um primeiro e recente acórdão selecionado do TST concluiu pela licitude do programa de prevenção e tratamento de dependência química instituído por uma importante empresa brasileira. O Tribunal entendeu que o programa tem por objetivo a prevenção de acidentes e a promoção de segurança no trabalho, e que os testes são realizados de forma geral e impessoal, havendo possibilidade de recusa quanto à sua realização e, ainda, respeitando-se o sigilo dos resultados dos exames. Logo, não restou comprovado abuso do poder diretivo do empregador nem constrangimento do empregado ao ser selecionado para o teste. Diante do exposto, restou julgado improcedente o pedido do empregado de indenização por danos morais por alegada violação à sua intimidade.

Cite-se trecho do referido acórdão que menciona outros julgados, *verbis*:

“Verifica-se que, *in casu*, não houve abuso do poder diretivo do empregador, porquanto os testes toxicológicos eram feitos de forma geral e impessoal; havia possibilidade de recusa da sua realização; bem como era respeitado o sigilo do resultado dos testes. Tampouco ficou evidenciado que houve constrangimento do empregado ao ser selecionado para o teste. Do mesmo modo, a Corte de origem não registra que tenha havido dispensa de funcionário em face da aplicação do teste. Logo, não configurada a prática de ato ilícito pela reclamada, não há falar em reparação civil a título de danos morais na hipótese.

Eis alguns precedentes desta Turma que trataram de danos morais em razão do teste de bafômetro implementado pelo Programa de Prevenção e Tratamento de Dependência Química promovido pela Vale S.A.:

[...] "RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXAME TOXICOLÓGICO. ILICITUDE. DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. O Tribunal Regional consignou inicialmente que a reclamada instituiu o Programa de Prevenção e Tratamento de Dependência Química para os seus empregados e terceirizados. Registrou, expressamente, que o referido programa não se limita a mera realização de exames toxicológicos, mas, por intermédio de pessoal habilitado, busca prevenir e tratar de forma eficiente o trabalhador. Em amparo a esse raciocínio, citou a contratação de especialistas para aplicar os exames e auxiliar no tratamento, a confecção de cartilha, a realização de estudos e palestras sobre a matéria. Ressaltou que o exame toxicológico somente é realizado mediante autorização expressa do trabalhador, fato que evidencia o respeito à livre manifestação daquele. Consignou que, demonstrado pelo procedimento em debate que o indivíduo faz uso de alguma

substância, a reclamada lhe oferece auxílio, sendo livre para aceitá-lo ou não. Salientou, também, que há prova de trabalhadores que obtiveram resultado positivo para o uso de álcool e drogas e, apesar disso, permanecem laborando na reclamada, o que afasta a alegação do parquet de que a testagem toxicológica tem o intuito de possibilitar a dispensa arbitrária e discriminatória pela empregadora. Com amparo nesse quadro, o Tribunal de origem concluiu não existir ato ilícito ou abuso de poder. Dessa forma, não há como viabilizar o conhecimento do recurso, tendo em vista os pressupostos fáticos nos quais se fundou a Corte de origem, não mais examinados nesta Instância Superior. Os julgados paradigmas reproduzidos são inespecíficos, porque não abrangem, ao mesmo tempo, todos os fundamentos adotados na decisão recorrida, mormente os de que o exame toxicológico somente era realizado mediante autorização expressa do trabalhador. Óbice da Súmula nº 23 desta Corte. Recurso de revista não conhecido". (RR - 1191-58.2014.5.03.0171, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 18/05/2016, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/05/2016)

Diante do exposto, tendo em vista a aparente violação dos artigos 186 e 927 do CC, dou provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista".⁶⁹⁸

Em sentido semelhante e envolvendo teste de bafômetro,⁶⁹⁹ o TST também negou provimento a pedido de indenização por danos morais feito por um trabalhador que, na função de caldeireiro de uma empresa, foi submetido, de forma aleatória pela empresa na qual trabalhava, a teste de etilômetro. No caso, o Tribunal entendeu que não houve abuso por parte do empregador, haja vista que o teste foi direcionado também a outros trabalhadores da empresa e não focado no empregado, comprovando a realização do teste de forma impessoal.

Logo, restou considerada a licitude do exame, tendo o Tribunal destacado, na fundamentação do acórdão⁷⁰⁰, que:

“O fato de a empresa realizar o teste do etilômetro, popularmente conhecido como ‘bafômetro’, em seus empregados, de forma totalmente aleatória e mediante sorteio, não caracteriza ato ilícito, estando inserido no seu poder diretivo, visando à saúde e o bem-estar de seus subordinados, com vistas também a evitar a ocorrência de acidentes”.

Em acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT-3),⁷⁰¹ o entendimento também foi para validar a submissão dos empregados a testes de bafômetros. O julgamento envolveu pleito de um dirigente sindical que, alegando violação à sua privacidade, pretendia

⁶⁹⁸ ACÓRDÃO do Tribunal Superior do Trabalho de 10.04.2019 no processo n. TST-ARR10606-05.2017.5.03.0060 (Dora Maria da Costa) [Em linha]. [Consult. 13 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#5ef4276822e870d209bcbca2241bee5e>

⁶⁹⁹ ACÓRDÃO do Tribunal Superior do Trabalho de 06.02.2019 no processo n. RR-11276-14.2015.5.03.0060 (Maria Helena Mallmann) [Em linha]. [Consult. 13 out. 2019]. Disponível em WWW: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2017&numProcInt=149947&dtaPublicacaoStr=15/02/2019%2007:00:00&nia=7291642>

⁷⁰⁰ *Ibidem*.

⁷⁰¹ ACÓRDÃO do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região de 11.06.2019 do processo n. ROPS 0010097-74.2019.5.03.0102 (ROPS) (Juliana Vignoli Cordeiro) [Em linha]. [Consult. 13 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=1668>

que o Tribunal entendesse pela ilicitude do programa de prevenção de álcool e drogas da empresa em que laborava, mormente quanto à submissão dos empregados a teste do bafômetro.

O Tribunal, analisando o caso, destacou que:

- (a) a prova dos autos comprovou que o objetivo do programa da empresa é incentivar os trabalhadores na manutenção de um ambiente de trabalho livre de drogas e dos consequentes riscos pelo seu uso;
- (b) o programa objetiva, ainda, ampliar as medidas de segurança, de promoção da saúde e da qualidade de vida dos empregados;
- (c) a empresa, quando constata um caso positivo no teste, oferece oportunidade de tratamento e reintegração ao trabalho, bem como conta com programa de apoio e orientação a familiares;
- (d) os testes são realizados por uma empresa especializada;
- (e) os trabalhadores são selecionados de forma aleatória para a realização dos exames;
- (f) os exames não são invasivos, nem constrangedores;
- (g) não há qualquer prova de que o exame no autor foi realizado de forma dirigida ou discriminatória, muito pelo contrário;
- (h) os dirigentes sindicais, como é o caso do autor, devem dar exemplo para os demais, não estando seus interesses individuais acima dos interesses da coletividade, mormente em se tratando de medidas de proteção à segurança e saúde no ambiente de trabalho;
- (i) a empresa atua em atividade de risco (indústria siderúrgica) e seu programa de prevenção ao abuso de álcool e drogas visa preservar a incolumidade física não só do autor como de todos os demais empregados da empresa;
- (j) “O tipo de usina em discussão envolve maquinários perigosos, caldeiras gigantes, metais em derretimento, gases tóxicos, veículos de grande porte, vagões, esteiras, etc. Ou seja, diante de um cenário tão melindroso, é de se perguntar qual o juiz em sã consciência poderia autorizar um empregado ver-se desobrigado, por qualquer razão, de se submeter a um teste cujo propósito é exatamente resguardá-lo, assim como resguardar a segurança e a saúde de todos os empregados envolvidos no processo fabril? Qual o juiz que em sã consciência poderia "chancelar" uma autorização dessas – dar uma "carta branca" liberando alguém de entrar numa usina desobrigado de cumprir medidas de segurança?”;

- (k) “O teste do bafômetro é uma medida que tem por objetivo evitar riscos de acidentes no ambiente de trabalho. Como já ressaltado, no ambiente de uma usina, um mínimo descuido pode colocar em risco a vida de centenas de empregados, além de, em algumas situações, colocar em risco até o meio ecológico da região circunvizinha. Abrir uma exceção nesse tipo de situação, seja para um dirigente sindical, seja para os empregados de cargos de chefia, seria dar margem para colocar em risco a vida de muitos trabalhadores da usina. Isto é, qualquer hipótese de exceção a medidas de segurança, em matéria de uma usina siderúrgica, envolveria colocar em xeque a vida daqueles que laboram no ambiente fabril.”;
- (l) a CRFB garante a todos o direito a um meio ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado e seguro;
- (m) portanto, não há ofensa à dignidade da pessoa do trabalhador, nem qualquer ato ilícito da empresa, sendo indevida indenização a ele e improcedentes seus pedidos.

Releva notar, contudo, que a validade dos exames toxicológicos ou teste de bafômetro em atividades que não as de motorista ou aviação civil – em que há legislação expressa – não é unanimidade, havendo outros julgados, inclusive do TST, que entenderam pela violação à intimidade e dignidade do trabalhador submetido a teste. Cite-se, exemplificativamente:⁷⁰²

“INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. EXAME TOXICOLÓGICO. CONFIGURAÇÃO. A conduta da reclamada de submeter a reclamante a exame toxicológico sem a comprovação de necessidade atinente ao exercício da função de vendedor configura abuso do poder diretivo do empregador, apto a ensejar a sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais, na medida em que expõe a integridade e a privacidade do trabalhador indevidamente. Recurso de revista não conhecido. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. EXAME TOXICOLÓGICO. VALOR ARBITRADO. O valor arbitrado pelo Regional à indenização por danos morais afigura-se excessivo às circunstâncias fáticas, no caso (R\$ 20.000,00), impondo-se a sua redução para R\$ 1.000,00 (mil reais). Recurso de revista conhecido e provido”.⁷⁰³

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DETERMINAÇÃO DE EXAME TOXICOLÓGICO NO AMBIENTE DE TRABALHO. PROVIMENTO. Diante da aparente violação do artigo 186 do CC, merece provimento o agravo de instrumento para melhor exame do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DETERMINAÇÃO DE EXAME TOXICOLÓGICO NO AMBIENTE DE TRABALHO. PROVIDO. A determinação de realização de exame toxicológico

⁷⁰² Vide acórdãos disponíveis no site: <http://www.tst.jus.br/>.

⁷⁰³ ACÓRDÃO do Tribunal Superior do Trabalho de 08.02.2017 no processo n. RR – 1808-25.2010.5.02.0029 (Márcio Eurico Vitral Amaro). DEJT 10/02/2017.

durante o horário de trabalho, pela reclamada, caracteriza a situação de violação à vida privada e à intimidade do trabalhador, a ensejar o pagamento de indenização por danos morais. Recurso de revista conhecido e provido”.⁷⁰⁴

Destarte, não há consenso final a respeito do tema no ordenamento justicial brasileiro, havendo espaço para reflexões de modo a buscar orientações ou diretrizes que possam auxiliar o intérprete no julgamento dos casos e, indo mais além e em momento anterior, ajudar empresas e empregados a compreenderem melhor os objetivos, alcances e premissas que devem nortear os programas de prevenção ao abuso de álcool e drogas no ambiente laboral.

Analizada a situação jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro, antes de tratarmos das diretrizes gerais que podem nortear o jurisdicionado, analisemos a relevância do tema no ambiente laboral, mormente em situações de risco, em que a saúde, vida e integridade física de terceiros ou de uma coletividade pode estar em voga.

5.6 INTERFERÊNCIA DA UTILIZAÇÃO DE ÁLCOOL E DROGAS NO AMBIENTE DE TRABALHO SOB A ÓTICA DA SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHADOR E DE TERCEIROS

Quando se trata do tema uso de álcool e drogas no ambiente de trabalho ou o seu uso externo de forma a afetar o ambiente de trabalho, estamos diante de situações em que os níveis alcóolicos no organismo ou os efeitos do uso das drogas causam ou possam causar, no ser humano, impactos em suas condições físicas de forma geral, afetando sua capacidade de atenção, discernimento, reação, entre outras consequências.

Nesse contexto, não se está preocupado em impedir que o ser, em sua vida privada, possa fazer uso do álcool de forma eventual ou social. Essa não é uma situação que gera as preocupações que fazem parte de uma política de prevenção, combate e tratamento.

Partindo dessa premissa, percebe-se que o tema da interferência da utilização de álcool e drogas no ambiente do trabalho desponta com enorme relevância, gerando impactos no ambiente de trabalho, haja vista que, repita-se, estamos objetivando analisar situações quanto ao abuso do álcool e uso de drogas ilícitas, que, uma vez utilizadas pelo trabalhador, realmente afetam suas condições de plena aptidão para o desempenho de suas atividades laborais, podendo gerar sérias consequências para a saúde e segurança do próprio trabalhador e de terceiros.

Tais esclarecimentos são importantes para que se possa compreender quão grave e quão sério é permitir que trabalhadores exerçam suas atividades laborais sob o efeito do abuso do

⁷⁰⁴ ACÓRDÃO do Tribunal Superior do Trabalho de 21.10.2015 no processo n. RR - 1081-86.2014.5.08.0117 (Aloysio Corrêa da Veiga). DEJT 23/10/2015.

álcool ou da utilização de drogas ilícitas, mormente quando ele realiza funções de risco que podem gerar, para si ou para terceiros, acidentes. Para ilustrar o cenário retratado e memorar o que ocorre na prática, vejamos algumas cenas/imagens⁷⁰⁵ que merecem nossa reflexão:

Figura 2 – Atividade elétrica



Figura 3 – Atividade em plataforma de petróleo



Figura 4 – Mineração



Figura 5 – Trabalho em altura



Figura 6 – Mineração



⁷⁰⁵ IMAGENS de atividades de risco [Em linha]. [Consult. 13 out. 2019]. Disponível em WWW: https://www.google.com/search?q=imagens+de+atividades+de+risco&rlz=1C1GCEA_enBR762BR762&source=lnms&tbm=isch&sa=X&ved=0ahUKEwiHh9ON-vJzIAhVjUN8KHdExAcYQ_AUIEigB&biw=1536&bih=754#imgrc=_

Figura 7 – Siderurgia



Figura 8 – Siderurgia



Figura 9 – Construção civil



Figura 10 – Atividade rodoviária



Figura 11 – Aviação civil



Figura 12 – Aviação civil



As imagens apresentadas, todas reais e ligadas a atividades de risco de modo geral, tais como atividades em empresas de mineração, siderurgia, transporte, aviação civil, trabalho em altura, construção civil, entre outras, necessitam que o trabalhador nelas diretamente envolvido esteja em pleno gozo de sua capacidade física e mental.

Qualquer descuido pode ser fatal e causar acidentes de proporções enormes. A apresentação do trabalhador para trabalhar e mesmo sua capacidade durante o trabalho deve ser plena, sob pena de um ato seu afetar a própria vida, integridade física e saúde, assim como a de terceiros.

Por tais motivos, consoante exposto em tópicos anteriores, a legislação de Portugal tem admitido que, nesse tipo de situação, exames toxicológicos sejam realizados pelo serviço médico.

A respeito, destaca MARTINEZ⁷⁰⁶:

“Por isso, em face dos perigos que o estado de embriaguez e toxicodependência pode causar para o próprio e para terceiros, justifica-se que a entidade empregadora tenha cuidados especiais, em matéria de prevenção de acidentes de trabalho, cabendo aos serviços de higiene e medicina de trabalho fazer um acompanhamento integrado do trabalhador. Está em causa a protecção do trabalhador e, também, a protecção de terceiros (beneficiários da prestação do trabalhador ou colegas de trabalho) que podem ver atingida a sua integridade física ou, até a sua própria vida, em resultado de uma falta de cuidado ou falta de discernimento ocasional do trabalhador.

Nestas circunstâncias parece-nos ser legítimo submeter o trabalhador aos exames necessários no âmbito da alcoolemia ou consumo de droga, especialmente quando se perspectivem riscos para o trabalhador ou para terceiros.

O exercício de funções nestas circunstâncias, em face das consequências que possa produzir na forma de prestação de trabalho não pode deixar de ter relevância, igualmente, em termos de exercício do poder disciplinar (veja-se o artigo 396 n. 1 e n. 3 al. h) do Código do Trabalho.”

Continua o autor preleccionando que, *in casu*, não está em causa a *proteção incondicional do trabalhador*⁷⁰⁷ em relação a seus direitos de personalidade. Nessas hipóteses, o poder do empregador de gerir e organizar sua atividade, até para evitar acidentes, deve ser considerado.⁷⁰⁸

Em sentido semelhante, QUINTAS⁷⁰⁹ alerta que, no Direito português, são três os pressupostos de admissibilidade para a realização de exames e testes médicos, quais sejam: (i) quando a proteção e segurança do trabalhador ou de terceiros o exigir, “atendendo a que pode estar em causa a ‘privação permanente ou accidental do uso da razão do sinistrado’, facto relevante para a exclusão de responsabilidade do empregador”; (ii) quando situações particulares de atividades justificarem, como as de enfermagem, condução de veículos e atividade médica; e, por fim, (iii) desde que seja fornecido ao trabalhador ou candidato a emprego a fundamentação para a realização dos exames.

BARBAS⁷¹⁰ também discorre sobre o tema na obra *Direito do Genoma Humano*. Citando o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, a autora afirma que a “monitorização interessa à saúde do trabalhador, ao dever do empregador de proporcionar

⁷⁰⁶ GUERRA, Amadeu - *A privacidade no local de trabalho: as novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados. Uma abordagem ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 262-268.

⁷⁰⁷ MARTINEZ, Pedro Romano - *Direito do Trabalho*. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2015. (Manuais Universitários). p. 371.

⁷⁰⁸ *Idem*, p. 373.

⁷⁰⁹ QUINTAS, Paula - *Os direitos de personalidade consagrados no código do trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado: direitos (des) figurados*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 290.

⁷¹⁰ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - *Direito do Genoma Humano*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 572.

segurança no trabalho e ao dever da sociedade de promover a saúde. Deve ser obrigatória sempre que se justifique”.

Interessantes, ainda, as reflexões de FERNANDES⁷¹¹ a respeito da necessidade de que seja estabelecido, nesses casos, um critério de *limites não expressamente autorizados* aos direitos fundamentais. No caso, justamente pelos valores fundamentais maiores envolvidos, como a vida e segurança, deverá haver uma compressão da intimidade, preceito fundamental também tutelado constitucionalmente.

De igual modo, DRAY⁷¹² explicita essa necessidade de que um direito ceda lugar para outro cujo interesse superior pode justificar. Assim, afirma:

“O direito à reserva deve cessar, apenas, perante factos e circunstâncias que fundam direitos de outras pessoas e quando um interesse superior o exija, em termos tais que se torne inexigível a sua manutenção. Já-de ser-se particularmente intransigente quando esteja em causa a esfera íntima da pessoa em causa e menos exigente quando estejam em causa factos que integram a sua esfera privada”.

Na realidade brasileira, como exposto acima, especificamente em situações de atividades de motorista e na aviação civil há permissão, justamente por envolverem risco de terceiros, de que exames toxicológicos sejam realizados nos trabalhadores, apesar do direito fundamental à intimidade, também tutelado constitucionalmente.

Não obstante, a extensão dessa permissão para outras situações, partindo do pressuposto de que o abuso de álcool e a utilização de drogas podem afetar sobremaneira o ambiente de trabalho, atingindo a saúde e segurança do próprio envolvido e de terceiros, tem gerado posicionamentos doutrinários no sentido de defender a extensão de tais exames toxicológicos e de políticas mais amplas de prevenção e tratamento também para outras atividades de risco.

Nessa esteira, NASCIMENTO e MASSONI⁷¹³ expõem o pensamento no sentido de que:

“(...) a lei que estipula esse direito-dever às empresas de transporte possa, por analogia, ser ampliada, como tem sido em decisões judiciais, para outros setores que

⁷¹¹ De acordo com FERNANDES: “Tais ressalvas parecem chocar diretamente com o art. 18º/2 CRP, que estabelece o princípio de que só são admitidas restrições expressamente previstas pela própria lei fundamental. A verdade é que a formulação constitucional destes direitos é, frequentemente, irrestrita e, naturalmente, nunca sensível à realidade do trabalho na empresa. Assim, as limitações admitidas pelo CT têm que legitimar-se através da aplicação (necessariamente problemática, ainda que imperiosamente exigida pela natureza das coisas) de um critério de admissibilidade de limites não expressamente autorizados aos direitos fundamentais. (FERNANDES, António Monteiro - *Direito do Trabalho*. 17.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 170.).

⁷¹² DRAY, Guilherme Machado - *Direitos de Personalidade: anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 58.

⁷¹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MASSONI, Túlio de Oliveira - Exames toxicológicos no ambiente de trabalho. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região* [Em linha]. Curitiba. Vol. 5, n.º 45 (out. 2015), p. 221-255. [Consult. 8 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/89347>. p. 247.

envolvem risco, como as indústrias químicas, atividades de corte de cana, metalurgia e construção civil, setores em contato com explosivos, dentre outras”.

De igual modo, FELIPE CALVET e LUANA PINTO⁷¹⁴, em artigo intitulado *Constitucionalidade do exame de álcool e drogas – intimidade do trabalhador*, concluem pela constitucionalidade dos referidos exames, em detrimento, *in casu*, do direito à intimidade do trabalhador, justamente pelos riscos maiores de acidentes à coletividade:

“Desta forma, em um primeiro momento seria possível admitir que o direito fundamental à intimidade e a dignidade do trabalhador estariam sendo violados em decorrência da aparente conduta fiscalizatória discriminatória, por parte do empregador, ao exigir a submissão dos mesmos a exames toxicológicos não só para a admissão e desligamento, mas também para a manutenção do emprego, o que conduziria à necessidade de declaração de inconstitucionalidade da legislação citada. Ocorre que a questão não deve ser analisada apenas à luz dos direitos e princípios citados, mas também sob o enfoque de outros direitos fundamentais que devem ser sopesados. [...]

Nosso entendimento também é de que o motorista empregado pode sim ser submetido a exames toxicológicos. Neste caso, não há extrapolação do poder diretivo empresarial, este não é abusivo, tampouco constitui prática discriminatória ou conduta ofensiva à intimidade e à dignidade do trabalhador, sendo compatível com a Constituição da República, porquanto a atividade desenvolvida indiscutivelmente gera perigo para o próprio trabalhador e para toda a sociedade, devendo-se atentar, prioritariamente, para os interesses da coletividade, conforme dicção do art. 8º da CLT. Não há dúvidas de que as consequências dos atos praticados pelo empregado podem ser negativas, porquanto a prestação de serviços em condições que prejudiquem as funções requeridas para o ato de dirigir, especialmente a atenção do motorista, podem colocar em risco a vida não só do próprio trabalhador, mas também de outras pessoas que não possuem qualquer relação direta com o contrato de trabalho e até mesmo o meio ambiente, conforme artigo 225, par. 3º da CR, o que pode ensejar a responsabilidade civil do empregador em qualquer hipótese”.

Logo, conforme afirma AMARAL⁷¹⁵, a vigilância da saúde do trabalhador e terceiros nessas hipóteses de risco passa a se tornar não uma mera necessidade, mas até mesmo um dever do empregador, que pode, inclusive, ser responsabilizado civil e criminalmente em caso de acidentes. Existiriam, como afirma o autor, diversas pessoas interessadas em saber a condição de *sobriedade* dos demais trabalhadores, como os colegas de trabalho, o sindicato profissional – que também deve zelar por um ambiente de trabalho seguro –, os clientes ou usuários dos serviços da empresa, as companhias seguradoras e as fornecedoras de mão de obra, além, é claro, do próprio empregador e do Estado. O cuidado que se deve ter é, contudo, que certas premissas ou diretrizes sejam observadas.

⁷¹⁴ CALVET, Felipe Augusto de Magalhães; PINTO, Luana Popoliski Vilácio - Constitucionalidade do exame de álcool e drogas – intimidade do trabalhador. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região* [Em linha]. Curitiba. Vol. 5, n.º45 (out. 2015), p. 80-87. [Consult. 14 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/89395>. p. 83-85.

⁷¹⁵ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula - Testes de drogas e álcool na renovada Lei do Motorista Profissional (Lei n. 13.103/2015) - tensão entre o direito à intimidade e o dever de vigilância pelo empregador. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região* [Em linha]. Curitiba. Vol. 13, n.º 5 (out. 2015), p. 88-118. [Consult. 8 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/89342>. p. 94.

Por esse motivo, no tópico seguinte, após os estudos realizados até agora, apresentaremos algumas **diretrizes cardeais mais importantes** para a realização dos exames toxicológicos no ambiente de trabalho que representam certo consenso na doutrina e jurisprudência.

Destacamos, contudo, que, no último capítulo da presente tese de doutoramento, pretendemos acrescentar a tais diretrizes outras orientações que, sob o nosso ponto de vista e justamente em virtude da excepcionalidade da questão nas atividades de risco, representarão uma teoria direcional com alguns outros aspectos que julgamos relevantes para a realização de exames toxicológicos no ambiente de trabalho.

5.7 DIRETRIZES CARDEAIS PARA A REALIZAÇÃO DE EXAMES TOXICOLÓGICOS NO AMBIENTE DO TRABALHO

Conforme esclarecemos, no presente tópico apresentaremos uma compilação das diretrizes cardeais que, após estudo da legislação, jurisprudência e doutrina acima expostos, entendemos devem nortear a realização de exames toxicológicos no ambiente de trabalho.

Destacamos, contudo, que se trata de diretrizes **principais**, sendo que, no capítulo seguinte, após nos determos mais nos conceitos de saúde e segurança, bem como nas atividades de risco, acrescentaremos outras diretrizes que, a nosso ver, também devem compor as orientações para programas de prevenção e tratamento de abuso de álcool e drogas nas empresas.

Feitos tais esclarecimentos, entendemos que os exames toxicológicos no quadro jurídico laboral devem se nortear pelas seguintes regras principais:

A) Objetivos do programa:

1. as políticas e programas devem ter como objetivo a prevenção, a redução e o tratamento dos dependentes. Campanhas de sensibilização e educação são essenciais. Programas de informação, instrução e formação sobre o álcool e drogas devem fazer parte, na medida do possível, de programas de saúde mais amplos na empresa, objetivando o fomento da segurança e local de trabalho;
2. os problemas relativos ao consumo de álcool e drogas devem ser considerados problemas de saúde, pelo que não pode haver discriminação. Os trabalhadores que estiverem em tratamento e reabilitação, regra geral, devem gozar de segurança normal do emprego e iguais oportunidades de promoção e transferência que os demais trabalhadores;

3. a finalidade do tratamento de dados deve ser medicina preventiva e curativa.

B) Elaboração e implementação do programa:

4. políticas de prevenção e tratamento devem, preferencialmente, ser elaboradas com participação e sugestões de representantes dos trabalhadores, inclusive entidades sindicais, se for o caso, o que facilita sua implementação;
5. o envolvimento de lideranças e da alta administração da empresa na elaboração e implementação do programa também é essencial, contribuindo para a credibilidade do programa, sua assertividade e aceitação pelos trabalhadores. Deve haver treinamento ou formação das pessoas envolvidas diretamente no programa para viabilizar sua implementação e aplicação;
6. pode ser realizado um mesmo programa para álcool e drogas;
7. o programa deve levar em consideração os recursos essenciais para sua aplicação prática, incluindo pessoas envolvidas, tempo e dinheiro;
8. recomenda-se, ainda, que o programa seja escrito (não sendo, contudo, condição essencial em empresas de menor porte) e contenha os seguintes itens: (i) sua fundamentação, ou seja, as razões que levam a sua criação, sendo razões que devem incluir questões relativas à segurança, saúde e bem-estar; (ii) seus objetivos e metas; (iii) seu âmbito de aplicação, de forma a envolver todos os trabalhadores e, ainda, se for o caso, suas famílias; (iv) informações que serão confidenciais; (v) os papéis e responsabilidades de cada um na implementação e aplicação do programa; (vi) as substâncias psicoativas abrangidas pelo programa; (vii) os tipos de atividades que a empresa disponibiliza para formação, sensibilização e educação dos trabalhadores quanto ao programa; (viii) os tipos de assistência disponíveis para os trabalhadores, incluindo serviços de aconselhamento e eventual serviço de tratamento e reabilitação;
9. em relação às análises toxicológicas, estas envolvem um problema fundamental de ordem moral, ética e jurídica, sendo que, por esse motivo, deve ser verificada a justiça e oportunidade na sua realização. Logo, o programa deverá especificar se serão realizados exames toxicológicos, ou seja, análise de fluidos corporais para detecção de álcool ou drogas (de bafômetro, de sangue, de urina, por fios de cabelo ou semelhantes). Por ser essa uma questão controversa que depende de legislação nacional, deve ser verificada a lei a respeito, bem como regulamentos nacionais existentes e, caso autorizados, em que condições os exames toxicológicos serão feitos, incluindo quem será submetido a eles, com que frequência, quais substâncias

serão testadas, quais ações serão tomadas em caso de resultados positivos e os cuidados para a confidencialidade e privacidade de tais informações a respeito do trabalhador.⁷¹⁶

C) Abrangência do programa:

10. a política de prevenção ou tratamento deve conter restrições ou proibições idênticas para o pessoal de direção e demais trabalhadores, ou seja, o tratamento deve ser de forma isonômica para trabalhadores em virtude de *status* na empresa;
11. o programa deve abranger iniciativas que envolvam não só o trabalhador, mas suas famílias, considerando que estas também são afetadas quando há dependência toxicológica do trabalhador.

D) Exames e testes – recolha de informações:

12. instrumentos de autoavaliação a ser realizada pelo próprio trabalhador são ferramentas úteis para ajudá-lo a tomar consciência de que tem um problema com abuso de álcool e drogas;
13. como regra geral, os trabalhadores devem ser selecionados de forma aleatória para a realização dos exames;
14. a política poderá contemplar as formas e exames para detectar a presença de álcool e outras drogas no trabalho, fixados por escrito, juntamente com os esclarecimentos dos objetivos maiores da política, dando-se ciência aos envolvidos das técnicas de análise, obtendo-se o consenso mais amplo possível;
15. os métodos de detecção e diagnóstico devem oferecer a maior segurança e qualidade possível, escolhendo-se laboratórios especializados e imparciais. Deve ser assegurado o direito a contraprova;
16. deve-se analisar cautelosamente, através de consulta a médicos e profissionais especializados, quais substâncias e em que níveis serão consideradas ilícitas e levar em conta que há pessoas que somente consomem várias substâncias de forma esporádica e eventual, como álcool, medicamentos que exigem receitas, medicamentos de venda livre e drogas reguladas;

⁷¹⁶ Melhor detalhamento sobre este item será dado no capítulo seguinte da presente tese, cujo objetivo será a elaboração de uma teoria direcional própria a respeito da possibilidade e demais orientações à questão dos exames toxicológicos nas diversas etapas ou fases do contrato de trabalho.

17. regra geral, a política deve considerar que a decisão sobre a necessidade do exame deve ter em conta o trabalho e a função exercida, pois, em alguns casos, a questão do direito à intimidade prevalece sobre a necessidade de se realizar os exames.⁷¹⁷
18. em alguns países, os trabalhadores têm o direito de escolher o seu próprio médico para fins do exame toxicológico e de ter acesso ao resultado do exame; em todo caso, devem ser informados desde a contratação quando a empresa mantém programa nesse sentido.

E) Confidencialidade dos dados:

19. deve haver um sistema para garantir o caráter confidencial da informação relativa aos problemas relacionados com o consumo de álcool e drogas;
20. como medidas de proteção da intimidade dos trabalhadores e confidencialidade dos resultados dos exames, podem ser observadas as seguintes regras procedimentais: (i) manter em segredo a identidade do trabalhador; (ii) guardar o prontuário em lugar seguro; (iii) obter autorização expressa do trabalhador antes de comunicar os resultados de cada exame; (iv) certificar-se de que a autorização dada pelo trabalhador permite a comunicação do resultado a terceiros e, em caso afirmativo, quem são as pessoas, firmando o documento na presença de testemunhas e comunicando às partes interessadas as políticas relativas à confidencialidade do programa dos exames;
21. os dados relativos aos controlos de alcoolemia e de drogas efetuados no âmbito das empresas são dados sensíveis por se relacionarem à vida privada e como tais merecem ser tratados⁷¹⁸. A confidencialidade de tais dados e a não discriminação dos trabalhadores devem ser princípios que regem o tratamento desses dados. O médico deverá comunicar a empresa se o trabalhador é **apto** ou **inapto** para o exercício da função determinada;
22. o responsável por dito tratamento será a entidade empregadora, devendo os dados, contudo, ser tratados no âmbito dos Serviços de Segurança e Saúde no Trabalho, por envolverem questão relativa à saúde;

⁷¹⁷ Melhor detalhamento sobre este item será dado no capítulo seguinte da presente tese, cujo objetivo será a elaboração de uma teoria direcional própria a respeito da possibilidade e demais orientações à questão dos exames toxicológicos nas diversas etapas ou fases do contrato de trabalho.

⁷¹⁸ Memore-se que, em Portugal, o tratamento de dados relativos aos controlos de alcoolemia e de droga não poderá ser iniciado antes da devida autorização da CNPD.

23. caso o tratamento de tais dados seja realizado por empresa terceira, contratada pelo empregador, essa prestação de serviços deve ser regida por um contrato escrito, incumbindo ao subcontratante tomar medidas para proteção de tais dados pessoais;
24. sempre deve haver medidas de segurança para impedir o acesso de tais informações a pessoas não autorizadas, como, por exemplo, individualização no sistema de forma a separar tais dados dos dados normais de saúde, cópias de segurança do sistema (*back-ups*), informação protegida por códigos ou senhas caso disponível em rede, acesso restrito aos servidores do sistema, *etc.*⁷¹⁹
25. a manutenção da informação deve ocorrer durante o período necessário para a prossecução das finalidades de seu recolhimento e tratamento;
26. deverá ser assegurado ao titular dos dados o direito à informação, acesso e retificação em caso de erro.

F) Consequências dos exames e tratamento e outras medidas:

27. o aconselhamento, tratamento e reabilitação devem ser priorizados, como regra. Não obstante, é de se reconhecer que os empregadores podem estabelecer e aplicar sanções para trabalhadores cuja conduta profissional seja imprópria como consequência de problemas relacionados com o consumo de álcool e de drogas. Inclusive podem eles tomar medidas disciplinares caso o trabalhador não colabore plenamente com o tratamento. Tais medidas, se aplicáveis, deverão constar preferencialmente do programa estabelecido pelas empresas, de forma clara e objetiva para os trabalhadores;
28. que a mera utilização de substâncias psicoativas não seja, por si só, fator de justa causa para despedimento, por envolver questão de saúde que, como tal, deve ser tratada. Tal questão, inclusive sob a ótica da segurança no emprego e não discriminação e ponderação de princípios será melhor aprofundada adiante na presente tese;

⁷¹⁹ A respeito, destaca a Deliberação n.º 890/2010 da CNPD: “Em primeiro lugar, e quanto aos dados automatizados, o sistema deve garantir uma separação lógica entre os dados referentes à saúde e os restantes dados pessoais, de natureza administrativa (artigo 15º n. 3 da Lei 67/98). Nesse sentido, o sistema informatizado deve estar estruturado, de modo a permitir o acesso à informação de acordo com os diferentes níveis de acesso dos utilizadores, sendo atribuídas palavras-passe de software que disciplinem as autorizações de acesso. Tais palavras-passe devem ainda ser periodicamente alteradas e eliminado perfil utilizador logo que este deixe de ter privilégios de acesso.” (DELIBERAÇÃO n.º 890/2010 da CNPD - Comissão Nacional de Proteção de Dados: Aplicável aos tratamentos de dados pessoais com a finalidade de medicina preventiva e curativa no âmbito dos controlos de substâncias psicoativas efectuados a trabalhadores. [Consult. 09 out. 2019]. Disponível em WWW: https://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/20_890_2010.pdf. p. 15).

29. o tratamento e reabilitação dependem de aceitação voluntária do trabalhador e, durante tal tratamento, deve ser assegurada a manutenção do posto de trabalho ou garantida a transferência do trabalhador para outras funções compatíveis com seu estado;
30. deve-se verificar a legislação nacional, já que algumas leis, práticas nacionais ou costumes, para os casos de trabalhadores com exame positivo, preveem medidas destinadas a garantir o emprego.⁷²⁰

Analisados, no presente capítulo, a relevância do tema no cenário mundial, a legislação brasileira e portuguesa e o entendimento jurisprudencial a ele referentes e, ainda, a peculiaridade de determinadas situações ou atividades que envolvem a segurança de terceiros e, por fim, fixadas as **diretrizes cardeais mais importantes** para a realização dos exames toxicológicos no ambiente laboral; analisaremos, no capítulo seguinte, mais detidamente, questões peculiares que, a nosso ver, devem ser acrescidas às questões principais expostas, a fim de nortear a elaboração e implementação de programas de exames toxicológicos no ambiente de trabalho, mormente em virtude de questões maiores de saúde e segurança em atividades de risco.

⁷²⁰ Melhor detalhamento sobre este item será dado no capítulo seguinte da presente tese, cujo objetivo será a elaboração de uma teoria direcional própria a respeito da possibilidade e demais orientações à questão dos exames toxicológicos nas diversas etapas ou fases do contrato de trabalho.

6 ELEMENTOS PARADIGMÁTICOS RELATIVOS À ANÁLISE JURÍDICA DAS SITUAÇÕES-LIMITE: POR UMA TEORIA DIRECIONAL, SOB A ÓTICA DA PRESERVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DO TRABALHADOR E DO DIREITO AO RECONHECIMENTO

“Podemos e devemos não viver para o trabalho, mas é indesmentível que, em boa medida, vivemos do trabalho e vivemos no trabalho.”⁷²¹

No capítulo anterior, apresentamos o que entendemos ser, após os estudos até então realizados, diretrizes cardeais básicas para a realização de exames toxicológicos no ambiente laboral. Não obstante, entendemos que o tema ainda suscita diversos debates, havendo questões em aberto que necessitam de uma maior reflexão.

Por esse motivo, no presente capítulo, além das diretrizes cardeais básicas já expostas, vamos procurar delinear outras, que, a nosso ver, devem ser a elas acrescidas a fim de que os empregadores possam realizar os exames toxicológicos na empresa dentro do contexto de programas de prevenção de álcool e drogas previamente elaborados.

Antes, contudo, é necessário nos debruçarmos mais detidamente sobre o tema “saúde e segurança” do trabalhador. Isso porque serão justamente tais valores máximos que vão direcionar, como um norte interpretativo, nossas proposições adicionais para a realização dos exames toxicológicos pelo empregador, reunidas numa teoria direcional própria, nas diversas etapas do contrato de emprego, desde a admissão até o desligamento.

Pretendemos, ao final do presente capítulo, acrescentar aspectos relativos à realização dos exames toxicológicos nas diversas fases do contrato de emprego, compatibilizando eventual confronto entre o direito à intimidade do trabalhador e o poder de direção do empregador pela utilização, como bússola orientativa principal, da proteção maior à saúde e segurança do próprio trabalhador e de terceiros de forma a garantir sua dignidade. Vejamos.

6.1 O DIREITO DO EMPREGADO À SAÚDE

Sobre a vinculação entre o tema saúde e trabalhador, destaca-se que, historicamente, “foram os romanos os primeiros a estabelecer a relação entre o trabalho e as doenças”⁷²².

⁷²¹ AMADO, João Leal - *Trabalhar e amar. Poderes patronais, relações amorosas e direitos de personalidade dos trabalhadores*. Coimbra: GESTLEGAL, 2019. p. 20.

⁷²² “Plínio mencionou algumas doenças mais comuns entre os escravos e a utilização, pelos refinadores de minério, de membranas de pele de bexiga como máscaras; Marcial registrou doenças específicas dos que trabalhavam com enxofre; Juvenal percebeu as veias varicosas dos águeros e as doenças dos ferreiros; Lucrécio referiu-se à dura sorte dos mineradores de ouro e Galeno de Pérgamo relatou experiência realizada a respeito dos riscos dos mineiros, quando visitou as minas de sulfato de cobre na ilha de Chipre.” (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de - *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 3.^a ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2001. p. 56).

Leciona SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA ⁷²³ que os primeiros estudos realizados a respeito das doenças ocupacionais foram sobre o trabalho dos mineiros e metalúrgicos, tendo sido publicado, no ano de 1556, um tratado denominado *De re metallica*, de autoria do médico alemão GEORGIUS AGRÍCOLA, que aborda as doenças de pulmão, juntas e olhos em mineiros, com enfoque na prevenção e tratamento também.

Destaca o autor, contudo, que foi no ano de 1700, na cidade de Módena, na Itália, que foram lançadas as bases para o que se conhece, atualmente, como Medicina do Trabalho através do livro *De Morbis Artificum Diatriba*, de autoria do médico BERNARDINO RAMAZZINI. Essa obra, traduzida para o vernáculo com o título *As Doenças dos Trabalhadores*, “estudou 54 grupos de trabalhadores, abrangendo mais de 60 profissões, relacionando as atividades, as doenças consequentes e as medidas de prevenção e tratamento”⁷²⁴.

Contudo, é sem dúvida a Revolução Industrial que acelera o tratamento da questão relacionada à saúde laboral, haja vista que a produção em série e a busca desenfreada pelo lucro a qualquer preço acabaram por acarretar diversos problemas de saúde nos trabalhadores, inclusive em consequência de acidentes ocorridos na empresa, como afirma OLIVEIRA⁷²⁵:

“Contando com a sorte ou com o instinto de sobrevivência, cabia ao próprio trabalhador zelar pela sua defesa diante do ambiente de trabalho agressivo e perigoso, porque as engrenagens aceleradas e expostas das engenhocas de então estavam acima da saúde ou da vida ‘desprezível’ do operário. Segundo as concepções da época (o *laissez-faire*), os acidentes, as lesões e as enfermidades eram subprodutos da atividade empresarial e a prevenção era incumbência do próprio trabalhador”.

Paulatinamente, diante de cenário tão preocupante, foram crescendo movimentos sociais no sentido de pressionar a intervenção estatal para regulamentar alguns direitos básicos dos trabalhadores.

Nesse viés, cite-se, em 1802, a promulgação da primeira lei de proteção aos trabalhadores, a *Lei de Saúde e Moral dos Aprendizes*, de autoria de Robert Pell, na Inglaterra, que estabeleceu, entre outras coisas, limite de jornada diária de 12 horas de trabalho, proibição de trabalho noturno, ventilação obrigatória das fábricas e necessidade de limpeza de suas paredes duas vezes por ano.⁷²⁶

⁷²³ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de - *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 3.^a ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2001. p. 56-57.

⁷²⁴ *Idem*, p. 56.

⁷²⁵ *Idem*, p. 60-61.

⁷²⁶ *Idem*, p. 61.

Contudo, na época, ainda não havia o reconhecimento do direito dos trabalhadores à saúde, nem do dever do empregador de zelar pela saúde dos trabalhadores. Com a velocidade da expansão das indústrias, a questão começa a tomar uma maior relevância social.⁷²⁷

Assim é que podemos citar alguns marcos legislativos posteriores, tais como:

- (i) o *Factory Act*, de 1833, que pode ser considerada a primeira legislação com certa eficácia em termos de proteção ao trabalhador e que, entre outras disposições, proibia o trabalho noturno aos menores de 18 anos, estabelecia a idade mínima de 9 anos para o trabalho, restringia o trabalho dos menores de 18 anos a 12 horas por dia e 69 horas por semana, *etc.*;⁷²⁸
- (ii) a Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, de 15 de maio de 1891, que, entre os temas abordados, trata da *justiça social* e afirma ser necessária a força dos instrumentos legais “contra os patrões que esmagam os trabalhadores sob o peso de ônus iníquos, ou desonram neles a pessoa humana por condições indignas e degradantes ou, ainda, que atentam contra a saúde destes por um trabalho desproporcionado com a sua idade e sexo”⁷²⁹;
- (iii) a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), no ano de 1919, que, já em sua primeira reunião, no mesmo ano de sua criação, adota seis convenções “com visível propósito de proteção à saúde e integridade física dos trabalhadores, tratando de limitação da jornada de trabalho, desemprego, proteção à maternidade, trabalho noturno das mulheres, idade mínima para admissão de crianças e o trabalho noturno dos menores”⁷³⁰.

A criação da OIT e a promulgação de diversas Convenções relativas ao tema da saúde do empregado, sem dúvida, foram um marco evolutivo quanto ao tema proteção da saúde no Direito Laboral e, ainda, para a *Medicina do Trabalho*.

⁷²⁷ “No ano de 1830, Robert Dernham, proprietário de uma indústria têxtil, preocupado com as péssimas condições de saúde dos seus trabalhadores, procurou Robert Baker, médico inglês, pedindo-lhe orientação. Obteve a seguinte resposta: “*Coloque no interior da sua fábrica o seu próprio médico, que servirá de intermediário entre você, os seus trabalhadores e o público. Deixe-o visitar a fábrica, sala por sala, sempre que existam pessoas trabalhando, de maneira que ele possa verificar o efeito do trabalho sobre as pessoas. E se ele verificar que qualquer dos trabalhadores está sofrendo a influência de causas que possam ser prevenidas, a ele competirá fazer tal prevenção. Dessa forma você poderá dizer ‘meu médico é a minha defesa, pois a ele dei toda a minha autoridade no que diz respeito à proteção da saúde e das condições físicas dos meus operários*; se algum deles vier a sofrer qualquer alteração da saúde, o médico unicamente é que deve ser responsabilizado’. Esse fato é considerado historicamente o marco da criação do serviço de medicina do trabalho em todo o mundo”. (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de - *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 3.^a ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2001. p. 61-62).

⁷²⁸ *Idem*, p. 62.

⁷²⁹ *Idem*, p. 62-63.

⁷³⁰ *Idem*, p. 64.

OLIVEIRA discorre que, a partir da criação da OIT, identificam-se quatro etapas principais da Medicina do Trabalho, a qual tem, como principal objetivo, assegurar o direito do empregado à saúde, promovendo-a e protegendo-a. As etapas poderiam ser assim divididas, segundo o jurista:

- (i) Etapa da Medicina do Trabalho (início por volta do ano de 1830);
- (ii) Etapa da Saúde Ocupacional (início por volta de 1950);
- (iii) Etapa da Saúde do Trabalhador (início por volta de 1970) e;
- (iv) Etapa da qualidade de vida do trabalhador (início por volta de 1985).⁷³¹

A **primeira etapa**, qual seja, da **Medicina do Trabalho**, teve como marco a criação da OIT, referência para a legislação laboral em nível global. Quanto aos serviços de Medicina do Trabalho, estes se desenvolveram paralelamente ao avanço do capitalismo, que, para progredir, necessitava de um “operário sadio, com baixo índice de absenteísmo e alta produção.”⁷³² Nessa etapa, os serviços médicos apenas administravam os efeitos dos agentes danosos nos trabalhadores; não interferiam no processo produtivo para eliminar os agentes nocivos.⁷³³

A **segunda etapa**, qual seja, da **saúde ocupacional**, se deu nos anos posteriores à Segunda Guerra Mundial. A criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, foi um marco importante, assim como a posterior criação da OMS, em 1948. A promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, também deu um novo sentido e olhar para a saúde do trabalhador, agora não voltado para a ausência de doenças, mas no sentido de envolver o completo bem-estar do trabalhador – em seus aspectos físico, mental e social.⁷³⁴

Por outro lado, “o esforço de reconstrução do pós-guerra exigiu empenho adicional dos trabalhadores, com extenuantes cargas de trabalho, o que acarretou maiores problemas de acidentes e doenças”⁷³⁵. Diante dos novos problemas resultantes desse acontecimento em especial, aparece a necessidade de intervenção não apenas nos efeitos dos agentes danosos, mas, também, nos processos produtivos. Surge a preocupação com a intervenção multidisciplinar para se assegurar a saúde e segurança dos trabalhadores, com diversos profissionais atuando conjuntamente. Essa etapa, pois, teria como finalidade a proteção geral do trabalhador quanto ao bem-estar físico, mental e social⁷³⁶.

⁷³¹ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de - *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 3.^a ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2001. p. 65.

⁷³² *Ibidem*.

⁷³³ *Idem*, p. 65-66.

⁷³⁴ *Idem*, p. 66-67.

⁷³⁵ *Idem*, p. 68.

⁷³⁶ *Idem*, p. 69.

A **terceira etapa**, qual seja, da **saúde do trabalhador**, é caracterizada especialmente pela mudança de posição do trabalhador, que passa a atuar como colaborador ativo para a melhoria das condições de saúde e segurança nas empresas. Movimentos e participação dos próprios trabalhadores pleiteando melhores condições de trabalho e saúde são acontecimentos recorrentes nessa fase.⁷³⁷

Durante essa fase, publica-se na Itália, no ano de 1970, a Lei n. 300 (*Statuto dei diritti dei lavoratori*). Já em 1981 é aprovada a conhecida Convenção n. 155 da OIT sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores.⁷³⁸

Por fim, a **quarta etapa** seria a de **qualidade de vida do trabalhador**, que estende a proteção à saúde do empregado ao âmbito constitucional. Assim é que, no ordenamento brasileiro, expressões como qualidade de vida do trabalhador e qualidade de vida no trabalho ingressam no ordenamento jurídico, bem como proteção ao meio ambiente do trabalho, pelo artigo 225 da CRFB, entre outras expressões correlatas, como bem-estar.

Em Portugal, no ano de 1991, “a exposição de motivos do Decreto-Lei n.º 441/1991, que estabelece normas a respeito da saúde dos trabalhadores, menciona a qualidade expressamente: “A realização pessoal e profissional encontra na qualidade de vida do trabalho, particularmente a que é favorecida pelas condições de segurança, higiene e saúde, uma matriz fundamental para o seu desenvolvimento.”⁷³⁹.

A respeito das etapas de evolução da Medicina do Trabalho, estritamente vinculada com a preocupação com o direito do trabalhador à sua saúde, resume OLIVEIRA⁷⁴⁰:

“As primeiras preocupações foram com a segurança do trabalhador, para afastar a agressão mais visível dos acidentes do trabalho; posteriormente, preocupou-se, também, com a medicina do trabalho para curar as doenças; em seguida, ampliou-se a pesquisa para a higiene industrial, visando a prevenir as doenças e garantir a saúde ocupacional; mais tarde, o questionamento passou para a saúde do trabalhador, na busca do bem-estar físico, mental e social. Agora, pretende-se avançar além da saúde do trabalhador: busca-se a integração deste com o homem, o ser humano dignificado e satisfeito com a sua atividade, que tem vida dentro e fora do ambiente de trabalho, que pretende, enfim, qualidade de vida”.

⁷³⁷ “Ponto marcante desse movimento é o chamado ‘modelo operário italiano’ originalmente formulado por um grupo de operários e profissionais em Turim, no final dos anos 60. Utilizando-se do lema ‘Saúde não se vende’, os trabalhadores não aceitam a monetização do risco, pelo recebimento de adicionais, e buscam o trabalho digno em ambiente seguro e saudável. ‘A exigência já não é mais que se paguem os efeitos destruidores do trabalho, mas que o trabalho se organize, para ser uma atividade criadora e não destruidora.’” (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de - *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 3.ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2001. p. 71)

⁷³⁸ *Idem*, p. 71-74.

⁷³⁹ *Idem*, p. 77-78.

⁷⁴⁰ *Idem*, p. 79.

Note-se, portanto, que o direito do empregado à saúde, embora seja hoje uma realidade incontestada nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, decorreu de uma evolução histórica relativamente longa, não sendo conquistada **da noite para o dia**.

Para uma melhor contextualização do tema nos cenários brasileiro e português, vejamos o tratamento jurídico concedido a ele, partindo da Constituição de cada país até a legislação específica a respeito.

No Brasil, a CRFB estabelece, no artigo 6º, que: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.⁷⁴¹

Por sua vez, o artigo 7º do mesmo diploma legal, ao tratar dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, preconiza, em seu item IV:

“(…) salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.⁷⁴²

Ainda no artigo 7º da CRFB, inciso XXII, é direito do trabalhador a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

Já o artigo 225, que se aplica ao meio ambiente, tem sido invocado para proteção do meio ambiente laboral, afirmando que: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Importante notar que a CRFB estabelece, também, um sistema de seguridade social, que, aliado a outros deveres legais dos empregadores, possui como premissa assegurar o direito do empregado à saúde, previdência e assistência social.⁷⁴³

⁷⁴¹ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

⁷⁴² *Ibidem*.

⁷⁴³ “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”
“No Brasil, o segurado da Previdência Social portador de incapacidade total ou parcial para o trabalho, oriunda de acidente do trabalho ou situações equiparáveis, tem direito aos serviços de reabilitação profissional, com o intuito de proporcionar o seu retorno ao emprego em função compatível com a sua limitação ou mesmo o reingresso no mercado de trabalho em função diversa, de acordo com a capacidade laborativa residual,” (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de - *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 3.ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2001. p. 333.).

Nesse viés, destaca-se o artigo 7º, inciso XXVII, da CRFB, que exige que o empregador faça um “seguro contra acidentes de trabalho”, não excluindo, entretanto, eventual indenização ao empregado quando os acidentes laborais ocorrerem por dolo ou culpa do empregador.⁷⁴⁴

Observada a relevância que a CRFB confere ao direito do trabalhador à saúde,⁷⁴⁵ incluindo nesse conceito o direito a trabalhar em um meio ambiente laboral equilibrado, é importante destacar, ainda, que o ordenamento jurídico brasileiro ratificou as Convenções n.º 155 e 161 da OIT que tratam especificamente sobre o tema.

A Convenção n.º 155/1983⁷⁴⁶ da OIT, ratificada no Brasil pelo Decreto n.º 1254/1994, aborda os temas **segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente do trabalho**, conceituando, no seu artigo 3º, item “e”, o tema saúde como “não somente a ausência de afecções ou de doença, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e higiene no trabalho”.

⁷⁴⁴ “O seguro social obrigatório, entretanto, não exime o empregador do dever de diligência, de garantir o direito ao ambiente de trabalho saudável e à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Assim, quando o empregador descuidado dos seus deveres concorrer para o evento do acidente com dolo ou culpa, por ação ou omissão, fica caracterizado o ato ilícito, gerando o direito à reparação de natureza civil, independente da cobertura acidentária. A rigor, a causa do acidente, nessa hipótese, não decorre do trabalho, mas do descumprimento dos deveres legais atribuídos ao empregador.” (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de - *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 3.ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2001. p. 230-231).

⁷⁴⁵ Vide, ainda, artigos 196, 198 e 200 da CRFB, que assim estabelecem:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

“Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III – participação da comunidade...”

“Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I – controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II – executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III – ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV – participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V – incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

VI – fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII – participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.” (CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)

⁷⁴⁶ CONVENÇÃO n.º 155 - Segurança e Saúde dos Trabalhadores. Aprovada na 67ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra - 1981), entrou em vigor no plano internacional em 11.8.83. Promulgada no Brasil através do Decreto n.º 1254, de 29 de setembro de 1994 [Em linha]. [Consult. 29 fev. 2020]. Disponível em WWW: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm

No artigo 4º, afirma que essa “política terá por objetivo prevenir os acidentes e os danos para a saúde que sejam consequência do trabalho, guardem relação com a atividade de trabalho ou sobrevenham durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida em que seja razoável e factível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho”.

De igual modo, também com o objetivo de tutelar o direito à saúde do empregado, a Convenção n.º 161/1988⁷⁴⁷ da OIT, promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 127/1991, estabelece regras gerais para o serviço de saúde do trabalho.

Referida Convenção evidencia, em seu *caput* ou preâmbulo, que “a proteção dos trabalhadores contra as doenças profissionais e as doenças em geral e contra os acidentes de trabalho constitui uma das tarefas da Organização Internacional do Trabalho em virtude de sua Constituição”.

Por ser um direito do trabalhador ter sua saúde preservada pelo empregador, a Convenção n.º 161 da OIT prescreve, em seu artigo 12, que “o acompanhamento da saúde dos trabalhadores em relação com o trabalho não deverá acarretar para estes qualquer ônus; deverá ser gratuito e ter lugar, na medida do possível, durante o expediente de trabalho”.⁷⁴⁸

E no Brasil? Como a CLT tratou o tema do direito do empregado à saúde?

A CLT aborda questões ligadas à saúde do empregado em diversos dispositivos legais. Citemos, exemplificativamente, os artigos 158 e 159, que assim determinam, *verbis*:

“Art. 157. Cabe às empresas:

- I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;
- II – instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;
- III – adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;
- IV – facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

Art. 158. Cabe aos empregados:

- I – observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior;
 - II – colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo;
- PARÁGRAFO ÚNICO.** Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada:
- a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior;
 - b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa”.⁷⁴⁹

⁷⁴⁷ CONVENÇÃO n.º 161: C161 - Serviços de Saúde do Trabalho. Aprovada na 71ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra - 1985), entrou em vigor no plano internacional em 17.2.88. Promulgada no Brasil através do Decreto n.º 127, de 22.5.91 [Em linha]. [Consult. 29 fev. 2020]. Disponível em WWW: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm

⁷⁴⁸ *Ibidem*.

⁷⁴⁹ DECRETO-LEI n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) [Em linha]. [Consult. 12 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

Além do dever do empregador de zelar pelo direito de saúde dos trabalhadores, note-se que os empregados também possuem obrigações de colaboração e observância das normas e aplicação dos dispositivos legais sobre o tema.

Relevante apontar que o artigo 162 da CLT exige que as empresas possuam serviços especializados em segurança em medicina do trabalho, reportando às Normas Regulamentadoras (NRs) expedidas do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). Tais normas constituem legislação de aplicação no âmbito da preservação e tutela da saúde dos trabalhadores. Exemplificativamente, citem-se a NR-4⁷⁵⁰, que regulamenta a existência e atribuições dos Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (SESMT); a NR-7⁷⁵¹, que regulamenta o PCMSO; a NR-5,⁷⁵² que regulamenta a CIPA nas empresas; a NR-9,⁷⁵³ que estabelece a obrigatoriedade de elaboração e implementação do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais nas empresas (PPRA), entre outras NRs.

Os artigos 168 e 169 da CLT igualmente merecem nossa especial atenção por preceituarem questões básicas atinentes à proteção da saúde do empregado. Enquanto o artigo 168 determina a realização obrigatória de exames médicos às custas do empregador, inclusive para motoristas profissionais, o artigo 169 obriga o empregador, justamente para que haja controle pelos órgãos de fiscalização das condições de saúde dos empregados, a notificar doenças profissionais e outras produzidas em virtude de condições especiais de trabalho, *litteris*:

“Art. 168 – Será obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho: (Redação dada pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)
I – na admissão; (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)
II – na demissão; (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)
III – periodicamente. (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)
§ 1º – O Ministério do Trabalho baixará instruções relativas aos casos em que serão exigíveis exames: (Redação dada pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)
a) por ocasião da demissão; (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)
b) complementares. (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)
§ 2º – Outros exames complementares poderão ser exigidos, a critério médico, para apuração da capacidade ou aptidão física e mental do empregado para a função que deva exercer. (Redação dada pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)
§ 3º – O Ministério do Trabalho estabelecerá, de acordo com o risco da atividade e o tempo de exposição, a periodicidade dos exames médicos. (Redação dada pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

⁷⁵⁰ NORMAS Regulamentadoras - Segurança e saúde do trabalho, do Ministério do Trabalho e Emprego no Brasil). NRs 01 a 37 [Em linha]. [Consult. 05 nov. 2019]. Disponível em WWW: <http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nrs.htm>

⁷⁵¹ *Ibidem*.

⁷⁵² *Ibidem*.

⁷⁵³ *Ibidem*.

§ 4º – O empregador manterá, no estabelecimento, o material necessário à prestação de primeiros socorros médicos, de acordo com o risco da atividade. (Redação dada pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

§ 5º – O resultado dos exames médicos, inclusive o exame complementar, será comunicado ao trabalhador, observados os preceitos da ética médica. (Redação dada pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

§ 6º Serão exigidos exames toxicológicos, previamente à admissão e por ocasião do desligamento, quando se tratar de motorista profissional, assegurados o direito à contraprova em caso de resultado positivo e a confidencialidade dos resultados dos respectivos exames. (Incluído pela Lei nº 13.103, de 2015) (Vigência)

§ 7º Para os fins do disposto no § 6º, será obrigatório exame toxicológico com janela de detecção mínima de 90 (noventa) dias, específico para substâncias psicoativas que causem dependência ou, comprovadamente, comprometam a capacidade de direção, podendo ser utilizado para essa finalidade o exame toxicológico previsto na Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro, desde que realizado nos últimos 60 (sessenta) dias. (Incluído pela Lei nº 13.103, de 2015) (Vigência)

Art. 169 – **Será obrigatória a notificação** das doenças profissionais e das produzidas em virtude de condições especiais de trabalho, comprovadas ou objeto de suspeita, de conformidade com as instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)”.⁷⁵⁴ (grifos nossos).

Além dos preceitos acima citados, essencial mencionar a Lei n.º 8.213/1991⁷⁵⁵, que, ao dispor sobre planos de benefícios da Previdência Social no Brasil, ampara o trabalhador em momentos de incapacidade laboral, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente, como afirma seu artigo 1º.

Portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, existem, atualmente, diversos diplomas legais que, juntos, tutelam o direito do empregado à saúde. Como alerta OLIVEIRA⁷⁵⁶, “na questão relativa à saúde e segurança do trabalhador todas as normas são cogentes ou de ordem pública, não dispondo as partes de liberdade alguma para ignorar ou disciplinar de forma diversa os preceitos estabelecidos, a não ser para ampliar a proteção mínima estabelecida”.

De modo semelhante, essa tutela ocorre no ordenamento jurídico de Portugal. Como afirma ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES⁷⁵⁷:

“Se é possível discernir, na exposição do tema, alguns pontos de irradiação, eles poderão ser o direito (constitucionalmente reconhecido aos trabalhadores) à segurança e saúde no trabalho, o contributo fundamental do direito comunitário e o novo ênfase

⁷⁵⁴ DECRETO-LEI n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) [Em linha]. [Consult. 12 ago. 2019. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

⁷⁵⁵ LEI n.º 8.213, de 24 de julho de 1991 – Planos de Benefícios da Previdência Social. [Consult. 4 nov. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm

⁷⁵⁶ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de - *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 3.ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2001. p. 41.

⁷⁵⁷ FERNANDES, António Monteiro - Palavras prévias. In ROXO, Manuel M. - *Direito da segurança e saúde no trabalho: da prescrição do seguro à definição do desempenho uma transição na regulação*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 14.

atribuído, nas recentes codificações portuguesas, à contratualização da prevenção, mediante o reconhecimento de deveres específicos às partes no contrato de trabalho”.

Com propriedade, no âmbito constitucional português, a proteção à saúde do empregado também é matéria de ordem pública, sendo um direito do empregado não passível de renúncia ou negociação.

A CRP, em seu artigo 59º, afirma o direito de todos os trabalhadores à “prestação de trabalho em condições de higiene, segurança e saúde” (item 1, “c”) e à “assistência e justa reparação, quando vítimas de acidente de trabalho ou de doença profissional.” (item 1, “f”).

Por sua vez, o artigo 64º da CRP, destinado inteiramente à tutela da saúde, assim preconiza:

“ARTIGO 64º
(Saúde)

1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover.
2. O direito à protecção da saúde é realizado:
 - a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito;
 - b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a protecção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável.
3. Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado:
 - a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação;
 - b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde;
 - c) Orientar a sua ação para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos;
 - d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade;
 - e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico;
 - f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicodependência.
4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada”.⁷⁵⁸

Insta destacar que a CRP faz menção expressa às políticas de prevenção e tratamento de toxicodependência, salientando a relevância que uma atitude preventiva possui nesse âmbito, bem como a preocupação que o tema denota no País. Ainda afirma a importância de que as formas empresariais e privadas de medicina estejam articuladas com serviços nacionais de saúde.

⁷⁵⁸ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de 1976 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoorepublicaportuguesa.aspx>

Além dos artigos constitucionais acima referidos, insta ressaltar também o disposto nos artigos 54º e 56º do mesmo diploma legal, que preconizam a participação dos trabalhadores diretamente em questões relacionadas ao direito à sua saúde.

Sob esse enfoque, o artigo 54º afirma que “é direito dos trabalhadores criarem comissões de trabalhadores para defesa de seus interesses e intervenção democrática na empresa”; e o artigo 56º, por sua vez, destaca a participação das associações sindicais também nesse processo e regula que cabe “às associações sindicais defender e promover a defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores que representem”, bem como são direitos das associações sindicais “participar na gestão das instituições de segurança social e outras organizações que visem satisfazer os interesses dos trabalhadores” (2, “b”).

Ressalta-se que, em relação às normas da OIT, Portugal também ratificou a Convenção n.º 155 no Decreto do Governo n.º 1/1985.⁷⁵⁹ Interessante mencionar ter sido o País um dos membros fundadores da OIT, numa relação quase centenária.⁷⁶⁰

⁷⁵⁹ DECRETO do Governo n.º 1/85, de 16 de janeiro de 1985 - Adota a Convenção n.º 155, sobre a Segurança e a Saúde dos Trabalhadores, 1981 [Em linha]. [Consult. 5 nov. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.dgert.gov.pt/convencao-n-o-155-sobre-a-seguranca-e-a-saude-dos-trabalhadores-1981>

⁷⁶⁰ A respeito da relação de Portugal com a OIT, *vide* considerações na página eletrônica da OIT-Lisboa: “OIT e Portugal

Membro fundador, Portugal tem hoje uma relação privilegiada com a OIT.

A Organização Internacional do Trabalho foi fundada em 1919 sob a égide do Tratado de Versalhes que pôs fim à I Guerra Mundial. Portugal, signatário do tratado, figura entre os membros fundadores da OIT.

A história das relações entre Portugal e a Organização é, assim, quase centenária. Ela foi, em grande medida, tributária da própria evolução política portuguesa – desde a I República até à Integração Europeia – e da visão dominante, em cada fase desse percurso da vida política nacional, sobre o mundo do trabalho, o tripartismo e o contexto internacional.

Relação que conheceu fases de grande proximidade (Portugal seria pioneiro na ratificação das primeiras convenções da OIT) mas também um longo período de tensão (Estado Novo) marcado pelas denúncias da violação de direitos fundamentais no trabalho quer em Portugal quer nas suas ex-colónias.

Olhando retrospectivamente para o período mais recente, podemos distinguir três fases. De 1974 até a Adesão à CEE (1986), constata-se um enorme investimento no relacionamento com a OIT como espaço de afirmação do Portugal democrático na cena internacional e como referencial para as reformas em matéria de legislação do trabalho e de política social.

A partir da Adesão e até meados dos anos 90, assiste-se a uma natural recentragem na Europa Comunitária para, nas últimas duas décadas, Portugal consolidar uma relação adulta com uma agência de desenvolvimento que se encontra na encruzilhada da globalização e da sua dimensão social. Com efeito, os anos 90 foram marcados por um crescendo de densidade da relação de Portugal com a OIT alicerçado em dois pilares:

1. por um lado, numa forte "cumplicidade" político-institucional alicerçada numa partilha de valores, bem expressa no apoio de Portugal à Agenda de Trabalho Digno, na abertura de um Escritório da OIT em Lisboa (2003) e na ratificação de 83 Convenções, incluindo todas as chamadas fundamentais e prioritárias;
2. por outro, no financiamento, por parte de Portugal, da promoção da língua portuguesa na Organização e de sucessivas gerações de programas de cooperação técnica tendo os PALOP e, mais tarde, Timor-Leste como beneficiários.

Este panorama atual extremamente positivo – que se expressou, entre outros, pelas variadas visitas dos dois últimos Diretores Gerais a Portugal, pela realização em Lisboa de duas grandes conferências internacionais da OIT ou pelo aumento do número de funcionários portugueses no secretariado da Organização – tem conhecido uma apreciável continuidade ao longo dos vários Governos e das diversas maiorias políticas do Portugal democrático.” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - *OIT e Portugal* [Em linha]. [Consult. 5 nov. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.ilo.org/lisbon/oit-e-portugal/lang--pt/index.htm>).

No âmbito específico da legislação laboral, o CTP, qual seja, a Lei n.º 7/2009, possui diversos preceitos relativos ao direito do empregado à saúde e à obrigação do empregador de zelar pela saúde e segurança daquele, entre os quais os seguintes:

- (i) **Art. 127º:** Entre os deveres do empregador, o artigo 127º exige que o empregador proporcione ao empregado boas condições de trabalho, do ponto de vista físico e moral (127º, 1, “c”); atue com o objetivo de “prevenir riscos e doenças profissionais, tendo em conta a proteção da segurança e saúde do trabalhador, devendo indemnizá-lo dos prejuízos resultantes de acidentes de trabalho” (art. 127º, 1, “g”); adote “no que se refere a segurança e saúde no trabalho, as medidas que decorram de lei ou instrumento de regulamentação colectiva de trabalho” (art. 127º, 1, “h”); forneça “ao trabalhador a informação e formação adequadas à prevenção de riscos de acidente ou doença” (art. 127º, 1, “i”), entre outros.
- (ii) **Art. 281º:** Destina-se a estabelecer os princípios gerais em matéria de segurança e saúde no trabalho, afirmando, entre outros preceitos, que “o trabalhador tem direito a prestar trabalho em condições de segurança e saúde” (1) e “o empregador deve assegurar aos trabalhadores condições de segurança e saúde em todos os aspectos relacionados com o trabalho, aplicando as medidas necessárias tendo em conta princípios gerais de prevenção” (2).
- (iii) **Art. 283º:** Ainda sob o enfoque do direito do empregado à saúde e outros direitos acessórios e/ou decorrentes, o CTP estabelece no artigo 283º que “o trabalhador e os seus familiares têm direito à reparação de danos emergentes de acidente de trabalho ou doença profissional”.

Ora, apesar de os trabalhadores possuírem direitos em relação à tutela de sua saúde, é imperioso observar que eles possuem também uma série de deveres e obrigações de colaborar com o empregador e, ainda, adotarem atitudes práticas para zelar pela sua saúde e de terceiros no ambiente laboral.

Nesse sentido, as disposições do artigo 128º do CTP estabelecem como deveres do trabalhador, sem prejuízo de outros:

- (i) cumprir as ordens e instruções do empregador a respeito da execução ou disciplina do trabalho, bem como a segurança e saúde no trabalho, que não sejam contrárias aos seus direitos ou garantias (art. 128º, 1, “e”);

- (ii) cooperar para a melhoria da segurança e saúde no trabalho, nomeadamente por intermédio dos representantes dos trabalhadores eleitos para esse fim: (art. 128º, 1, “i”);
- (iii) cumprir as prescrições sobre segurança e saúde no trabalho que decorram de lei ou instrumento de regulamentação colectiva de trabalho (art. 128º, i, “j”);
- (iv) obedecer às ordens e instruções tanto do empregador como do superior hierárquico dentro dos poderes a ele competentes (art. 128º, 2).

Há, ainda, em legislação esparsa, diversos outros preceitos legais que asseguram e tutelam o direito do empregado à saúde em Portugal.

Cite-se, pois, a Lei n.º 98/2009,⁷⁶¹ que regulamenta o regime de reparação de acidentes de trabalho e de doenças profissionais, conforme diretrizes do artigo 284º⁷⁶² do CTP.

Outro diploma legal de grande relevância no contexto português é a Directiva n.º 89/391/CEE (Comunidade Económica Europeia) do Conselho da União Europeia, datada de 12 de junho de 1989, relativa à aplicação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores no trabalho. Tal directiva, entre outras questões, demonstra em seus *Considerandos* a preocupação com a adoção de medidas que visem assegurar o direito dos empregados à saúde e segurança, *litteris*:

“Considerando que incumbe aos Estados-membros promover, no seu território, a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores; que a adopção de medidas relativas à segurança e à saúde dos trabalhadores no trabalho contribui, em alguns casos, para preservar a saúde e, eventualmente, a segurança das pessoas que com eles coabitam;
[...] Considerando que continua a haver demasiados acidentes de trabalho e doenças profissionais a deplorar; que devem ser sem demora adoptadas ou aperfeiçoadas medidas preventivas com o objectivo de preservar a segurança e a saúde dos trabalhadores, por forma a assegurar um melhor nível de protecção...”⁷⁶³

Em complemento e no mesmo sentido, a Lei n.º 102/2009, que aborda o regime jurídico da promoção da segurança e saúde no trabalho também em regulamentação do disposto no artigo 284º do CTP sobre prevenção e reparação, entre outras questões, preconizando, em seu artigo 5º, inciso I, como princípio geral, que “o trabalhador tem direito à prestação de trabalho em condições que respeitem a sua segurança e a sua saúde, asseguradas pelo empregador ou,

⁷⁶¹ LEI n.º 98/2009 - Regime de reparação de acidentes de trabalho e de doenças profissionais [Em linha]. [Consult. 5 nov. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/58661980/view?q=98%2F2009>

⁷⁶² “Art. 284º – Regulamentação da prevenção e reparação. O disposto neste capítulo é regulado em legislação específica.” (LEI n.º 7/2009 - Código do Trabalho [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>).

⁷⁶³ DIRECTIVA n.º 89/391/CEE do Conselho da União Europeia, de 12 de junho de 1989 [Em linha]. [Consult. 5 nov. 2019]. Disponível em WWW: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:31989L0391>

nas situações identificadas na lei, pela pessoa, individual ou colectiva, que detenha a gestão das instalações em que a actividade é desenvolvida”.⁷⁶⁴

Para a autora portuguesa MILENA ROUXINOL⁷⁶⁵, empregador e trabalhador devem atuar como garantidores da segurança e saúde no ambiente laboral. Explica:

“Cabe, assim, em qualquer caso, ao empregador, como garante da segurança e saúde dos trabalhadores, por um lado, disponibilizar aos serviços as condições para que possam operar e, por outro, acompanhar a sua actividade, apetrechando-se do manancial de informação necessário à adopção das medidas preventivas que só ele pode levar a cabo, obviamente as que pressupõem a titularidade de supremacia sobre os trabalhadores, bem como controlá-la.

Por outro lado, também os trabalhadores são co-responsáveis pela segurança e saúde no trabalho. Para lá dos casos em que desempenham, nesse domínio, funções diferenciadas, aos trabalhadores cabe, em qualquer caso, cumprir as obrigações – aliás de conteúdo amplo – elencadas no artigo 17.º da Lei n.º 102/2009.

Trata-se, em suma, de uma obrigação de cooperação com o empregador, no sentido de que a actividade preventiva por ele empreendida não se frustre. No entanto, conforme resulta, de resto, do n.º 3 do referido artigo 17.º, o incumprimento das obrigações que impendem sobre os trabalhadores também não desonera o empregador da responsabilidade pela garantia de condições de segurança e saúde no trabalho.

Ao empregador caberá, em particular, dotar as obrigações dos trabalhadores da coercibilidade inerente às ordens e instruções que emana, no uso da sua supremacia jurídica, mantê-los informados sobre o alcance das consequências da respectiva inobservância e vigiar o seu comportamento, de modo a controlar o cumprimento das medidas que lhes incumbe adoptar”.

Por todo o exposto, é indubitável que tanto o ordenamento jurídico brasileiro quanto o português possuem diversas leis, inclusive em nível constitucional, que visam assegurar o direito dos trabalhadores à saúde e, ainda, à segurança no trabalho.

E, logicamente, sendo o empregador o responsável por dirigir a atividade econômica, cabe a ele adotar posturas no sentido de preservar a saúde e segurança dos seus empregados. Há, pois, o dever do empregador de zelar pela saúde dos seus empregados, mediante diversas medidas preventivas, consoante será evidenciado adiante, e também o dever do empregado em colaborar.

Ambas as questões, ou seja, o direito do trabalhador quanto à saúde e o dever do empregador de zelar por ela são, pois, faces da mesma moeda. Como adverte QUINTAS⁷⁶⁶, os

⁷⁶⁴ LEI n.º 102/2009, de 10 de setembro - Lei de Promoção da Segurança e Saúde no Trabalho (LPSST) [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/490009/details/maximized>

⁷⁶⁵ ROUXINOL, Milena - A promoção da segurança e saúde no trabalho no âmbito da Administração Pública à luz da legislação nacional, comunitária e internacional. In *Direito do Trabalho na Administração Pública I. Jurisdição Administrativa e Fiscal*. [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, jun. 2017. (Coleção Formação Contínua). p. 87-105. [Consult. 24 jul. 2021]. Disponível em WWW: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/23357/1/A%20promo%C3%A7%C3%A3o%20da%20seguran%C3%A7a%20e%20sa%C3%BAde%20no%20trabalho.PDF>. p. 101.

⁷⁶⁶ QUINTAS, Paula - *Manual de Direito da Segurança e Saúde no Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 73.

“direitos dos trabalhadores emanam da própria norma que atribui ao empregador deveres essenciais gerais para o recebimento da prestação de trabalho”.

6.2 O DEVER DO EMPREGADOR DE ZELAR PELA SAÚDE DO TRABALHADOR

O direito dos empregados à saúde, no âmbito da relação laboral, ocasiona, naturalmente, o dever do empregador de zelar pela saúde deles, por ser este o detentor dos meios de produção e responsável pelo direcionamento e organização da empresa. Com propriedade, “o valor principal que o empresário dirige é o homem como trabalhador, para o qual devem convergir a prioridade da proteção”⁷⁶⁷.

A adoção de medidas preventivas é, pois, imperiosa no contexto do vínculo laboral, sendo obrigações acessórias do empregador, como explicita MANUEL ROXO:

“A obrigação de prevenção tem por fundamento a responsabilidade contratual e a sua configuração é o ‘reflexo do exercício da posição jurídico-contratual de supremacia do empregador’ manifestada no seu poder de conformação da prestação. Nesta óptica, a doutrina aborda esta obrigação no contexto de uma designação geral dos deveres acessórios do empregador - adoptada por comodidade linguística na comparação com o dever principal que se traduz na prestação do trabalho propriamente dita – salientando o ‘dever de cuidado e prevenção’ decorrente da obrigação do empregador enquanto manifestação concretizadora de um princípio de boa fé na execução do contrato de trabalho”.⁷⁶⁸

Atualmente, quando se fala no dever do empregador de zelar pela saúde do trabalhador, não se está estabelecendo de forma restrita que ele seja responsabilizado por eventuais danos causados em decorrência das atividades desempenhadas na empresa – observada a questão de sua eventual responsabilidade por dolo ou culpa ou, em alguns casos, pela teoria da responsabilidade objetiva na exploração das atividades de risco –, mas, sobretudo, que ele deve adotar posturas preventivas para evitar os danos.

As medidas preventivas visam, portanto, evitar que ocorram acidentes ou doenças laborais, sendo essa uma tendência, inclusive, em termos de política legislativa, conforme afirma FERNANDES⁷⁶⁹:

“A política legislativa em matéria de segurança e saúde no trabalho, originariamente centrada no objetivo de garantir, em certa medida, ao trabalhador individual, meios de reparação das consequências dos acidentes e doenças que poderiam decorrer da sua prática profissional, polariza-se hoje – decorrido um século – no propósito bem

⁷⁶⁷ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de - *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 3.^a ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2001. p. 272.

⁷⁶⁸ ROXO, Manuel M. - *Direito da segurança e saúde no trabalho: da prescrição do seguro à definição do desempenho uma transição na regulação*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 103.

⁷⁶⁹ FERNANDES, António Monteiro - Palavras prévias. In ROXO, Manuel M. - *Direito da segurança e saúde no trabalho: da prescrição do seguro à definição do desempenho uma transição na regulação*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 13.

diverso, de assegurar que as organizações produtivas se configurem e funcionem como ‘sistemas preventivos’ e, ademais, como ‘sistemas abertos’ à ventilação decorrente da participação, por diversas formas, dos agentes (indivíduos e colectividades) interessados”.

Com o objetivo de prevenir acidentes, os diplomas legais orientam que os empregadores adotem diversas medidas.

A Convenção n.º 155 da OIT, ratificada pelo Brasil e por Portugal, conforme já asseverado, estabelece diversas ações em nível de empresa que deverão ser adotadas, entre as quais:

- (i) que os empregadores, na medida que for razoável e possível, garantam que os locais de trabalho, equipamentos, maquinário, processos e operações sejam seguros e não envolvam risco para os trabalhadores (artigo 16º, I);
- (ii) que os empregadores, na medida que for razoável e possível, garantam que substâncias e agentes químicos, físicos e biológicos que estejam sob seu controle na atividade empresarial não envolvam riscos aos trabalhadores em termos de saúde, adotando as medidas de proteção necessárias (artigo 16º, II);
- (iii) que os empregadores, quando necessário, forneçam equipamentos de proteção e roupas para garantia da saúde dos trabalhadores, evitando acidentes ou efeitos prejudiciais para ela (artigo 16º, 3).

A legislação brasileira, nesse contexto de prevenção, exige que o empregador adote diversas medidas, desde a realização de exames periódicos (artigo 168 da CLT) até a completa orientação dos trabalhadores quanto às precauções que devem tomar para evitar acidentes e doenças ocupacionais (artigo 157 da CLT).

E, como visto, diversas Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego preconizam condutas práticas dentro do objetivo de zelar pela saúde dos trabalhadores, como: fornecimento de equipamentos de proteção individual para proteger e neutralizar os agentes nocivos de saúde (NR-6);⁷⁷⁰ criação do SESMT, composto de equipe

⁷⁷⁰ “6.1 Para os fins de aplicação desta Norma Regulamentadora – NR, considera-se Equipamento de Proteção Individual – EPI, todo dispositivo ou produto, de uso individual utilizado pelo trabalhador, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho.

6.1.1 Entende-se como Equipamento Conjugado de Proteção Individual, todo aquele composto por vários dispositivos, que o fabricante tenha associado contra um ou mais riscos que possam ocorrer simultaneamente e que sejam suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho.

6.2 O equipamento de proteção individual, de fabricação nacional ou importado, só poderá ser posto à venda ou utilizado com a indicação do Certificado de Aprovação – CA, expedido pelo órgão nacional competente em matéria de segurança e saúde no trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego.

6.3 A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, EPI adequado ao risco, em perfeito estado de conservação e funcionamento, nas seguintes circunstâncias:

a) sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes do trabalho ou de doenças profissionais e do trabalho;

multidisciplinar de médicos, técnicos e engenheiros para promoção da saúde e proteção da integridade do trabalhador no local de trabalho (NR-4);⁷⁷¹ criação de CIPA, com participação de representantes do trabalhador e da empresa (NR-5);⁷⁷² entre outras medidas tuteladas pela legislação laboral.⁷⁷³ Com efeito, o:

“(...) aspecto protetor permeia todo o edifício da legislação laboral, culminando nas regras de proteção à segurança, higiene e saúde do trabalhador. A CLT destina o Título

b) enquanto as medidas de proteção coletiva estiverem sendo implantadas; e,
c) para atender a situações de emergência.” (NORMAS Regulamentadoras - Segurança e saúde do trabalho, do Ministério do Trabalho e Emprego no Brasil. NRs 01 a 37 [Em linha]. [Consult. 05 nov. 2019]. Disponível em WWW: <http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nrs.htm>).

⁷⁷¹ “4.1. As empresas privadas e públicas, os órgãos públicos da administração direta e indireta e dos poderes Legislativo e Judiciário, que possuam empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, manterão, obrigatoriamente, Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho, com a finalidade de promover a saúde e proteger a integridade do trabalhador no local de trabalho.

4.2. O dimensionamento dos Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho vincula-se à gradação do risco da atividade principal e ao número total de empregados do estabelecimento, constantes dos Quadros I e II, anexos, observadas as exceções previstas nesta NR.

4.2.1. Para fins de dimensionamento, os canteiros de obras e as frentes de trabalho com menos de 1 (um) mil empregados e situados no mesmo estado, território ou Distrito Federal não serão considerados como estabelecimentos, mas como integrantes da empresa de engenharia principal responsável, a quem caberá organizar os Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho.

4.2.1.1. Neste caso, os engenheiros de segurança do trabalho, os médicos do trabalho e os enfermeiros do trabalho poderão ficar centralizados.

4.2.1.2. Para os técnicos de segurança do trabalho e auxiliares de enfermagem do trabalho, o dimensionamento será feito por canteiro de obra ou frente de trabalho, conforme o Quadro II, anexo.” (*Ibidem*)

⁷⁷² “DO OBJETIVO

5.1 A Comissão Interna de Prevenção de Acidentes – CIPA – tem como objetivo a prevenção de acidentes e doenças decorrentes do trabalho, de modo a tornar compatível permanentemente o trabalho com a preservação da vida e a promoção da saúde do trabalhador.

DA CONSTITUIÇÃO

5.2 Devem constituir CIPA, por estabelecimento, e mantê-la em regular funcionamento as empresas privadas, públicas, sociedades de economia mista, órgãos da administração direta e indireta, instituições beneficentes, associações recreativas, cooperativas, bem como outras instituições que admitam trabalhadores como empregados.” (*Ibidem*).

⁷⁷³ Existem, atualmente, 35 Normas Regulamentares relativas à segurança e medicina do trabalho, quais sejam:

“NR 01 – Disposições Gerais

NR 02 – Inspeção Prévia

NR 03 – Embargo ou Interdição

NR 04 – Serviços Especializados em Eng. de Segurança e em Medicina do Trabalho

NR 05 – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes

NR 06 – Equipamentos de Proteção Individual – EPI

NR 07 – Programas de Controle Médico de Saúde Ocupacional

NR 08 – Edificações

NR 09 – Programas de Prevenção de Riscos Ambientais

NR 10 – Segurança em Instalações e Serviços em Eletricidade

NR 11 – Transporte, Movimentação, Armazenagem e Manuseio de Materiais

NR 12 – Máquinas e Equipamentos

NR 13 – Caldeiras, Vasos de Pressão e Tabulações e Tanques Metálicos de Armazenamento

NR 14 – Fornos

NR 15 – Atividades e Operações Insalubres

NR 16 – Atividades e Operações Perigosas

NR 17 – Ergonomia

NR 18 – Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção

NR 19 – Explosivos

NR 20 – Segurança e Saúde no Trabalho com Inflamáveis e Combustíveis

II às normas gerais de tutela do trabalho e o Título III às normas especiais de tutela, deixando evidente esse princípio estrutural que norteia todos os desdobramentos das regras jurídico-trabalhistas”.⁷⁷⁴

Em Portugal, o dever do empregador de zelar pela saúde do trabalhador, através de diversas condutas práticas, também está evidenciado em vários diplomas legais, inclusive no CTP.

Nesse sentido, o artigo 281º, 3, quanto à obrigação de medidas de prevenção, destaca que “o empregador deve mobilizar os meios necessários, nomeadamente nos domínios da prevenção técnica, da formação, informação e consulta dos trabalhadores e de serviços adequados, internos ou externos à empresa”.

Ainda sobre o tema, os artigos 282º e 283º⁷⁷⁵ destacam, respectivamente, os deveres de informação e consulta do empregador aos trabalhadores, bem como o dever do empregador em caso de acidentes de trabalho e doenças profissionais.

NR 21 – Trabalhos a Céu Aberto

NR 22 – Segurança e Saúde Ocupacional na Mineração

NR 23 – Proteção Contra Incêndios

NR 24 – Condições Sanitárias e de Conforto nos Locais de Trabalho

NR 25 – Resíduos Industriais

NR 26 – Sinalização de Segurança

NR 27 – Registro Profissional do Técnico de Segurança do Trabalho no MTB (Revogada pela Portaria GM n.º 262/2008)

NR 28 – Fiscalização e Penalidades

NR 29 – Segurança e Saúde no Trabalho Portuário

NR 30 – Segurança e Saúde no Trabalho Aquaviário

NR 31 – Segurança e Saúde no Trabalho na Agricultura, Pecuária Silvicultura, Exploração Florestal e Aquicultura

NR 32 – Segurança e Saúde no Trabalho em Estabelecimentos de Saúde

NR 33 – Segurança e Saúde no Trabalho em Espaços Confinados

NR 34 – Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção, Reparação e Desmonte Naval

NR 35 – Trabalho em Altura

NR 36 – Segurança e Saúde no Trabalho em Empresas de Abate e Processamento de Carnes e Derivados

NR 37 – Segurança e Saúde em Plataformas de Petróleo.” (NORMAS Regulamentadoras - Segurança e saúde do trabalho, do Ministério do Trabalho e Emprego no Brasil NRs 01 a 37 [Em linha]. [Consult. 05 nov. 2019]. Disponível em WWW: <http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nrs.htm>).

⁷⁷⁴ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de - *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 3.ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2001. p. 50.

⁷⁷⁵ “Artigo 282.º Informação, consulta e formação dos trabalhadores

1 – O empregador deve informar os trabalhadores sobre os aspectos relevantes para a protecção da sua segurança e saúde e a de terceiros.

2 – O empregador deve consultar em tempo útil os representantes dos trabalhadores, ou os próprios trabalhadores, sobre a preparação e aplicação das medidas de prevenção.

3 – O empregador deve assegurar formação adequada, que habilite os trabalhadores a prevenir os riscos associados à respectiva actividade e os representantes dos trabalhadores a exercer de modo competente as respectivas funções.

4 – Em cada empresa, os trabalhadores são representados na promoção da segurança e saúde no trabalho por representantes eleitos com essa finalidade ou, na sua falta, pela comissão de trabalhadores.

Artigo 283.º Acidentes de trabalho e doenças profissionais

1 – O trabalhador e os seus familiares têm direito à reparação de danos emergentes de acidente de trabalho ou doença profissional.

2 – As doenças profissionais constam da lista organizada e publicada no Diário da República.

A Lei n.º 102/2009 (LPSST) também evidencia o dever do empregador de zelar pela saúde dos trabalhadores, afirmando que são suas obrigações gerais na relação empregatícia:

- (i) assegurar ao trabalhador condições de segurança e saúde em todos os aspectos do seu trabalho (art. 15º, 1), organizando os serviços adequados, internos ou externos à empresa, bem como disponibilizando os equipamentos de proteção necessários (art. 15º, 10);
- (ii) zelar, de forma continuada e permanente, pelo exercício da actividade em condições de segurança e de saúde para o trabalhador, adotando diversos princípios de prevenção (art. 15º, 2), como: (i) identificar e combater riscos na origem, aumentando sua proteção e eliminando-os ou reduzindo-os (art. 15º, 2, itens “a” e “c”); (ii) adotar avaliação de riscos na empresa como medida que integra o conjunto das atividades da empresa (art. 15º, 2, “b”); (iii) assegurar que a exposição a agentes químicos, físicos e biológicos não constitua risco para a segurança e saúde do trabalhador (art. 15º, 2, “d”), *etc.*;
- (iii) o empregador deve priorizar medidas de proteção colectiva em relação a medidas de proteção individual, (art. 15º, 2, “h”) e, ainda, ter em conta, na organização dos meios de prevenção, não apenas o trabalhador quanto terceiros (art. 15º, 7).

A respeito deste dispositivo legal, afirma ROXO⁷⁷⁶:

“O âmbito desta obrigação de prevenção é extremamente lato pois reporta-se ‘a todos os aspectos relacionados com o trabalho’ e a todos os trabalhadores, pelo que se coloca a questão de saber quais são os seus limites. Importa reter que o objecto da obrigação do empregador abrange todos os eventos perigosos que a sua actividade de trabalho possa comportar para os trabalhadores e também para terceiros susceptíveis de serem abrangidos, quer nas instalações quer no exterior (art. 15º/1/7 da LPSST) e não apenas aqueles que lei possa caracterizar”.

3 – A lesão corporal, perturbação funcional ou a doença não incluída na lista a que se refere o número anterior são indemnizáveis desde que se prove serem consequência, necessária e directa, da actividade exercida e não representem normal desgaste do organismo.

4 – A lei estabelece as situações que excluem o dever de reparação ou que agravam a responsabilidade.

5 – O empregador é obrigado a transferir a responsabilidade pela reparação prevista neste capítulo para entidades legalmente autorizadas a realizar este seguro.

6 – A garantia do pagamento das prestações que forem devidas por acidentes de trabalho que não possam ser pagas pela entidade responsável, nomeadamente por motivo de incapacidade económica, é assumida pelo Fundo de Acidentes de Trabalho, nos termos da lei.

7 – A responsabilidade pela reparação dos danos emergentes de doenças profissionais é assumida pela segurança social, nos termos da lei.

8 – O empregador deve assegurar a trabalhador afectado de lesão provocada por acidente de trabalho ou doença profissional que reduza a sua capacidade de trabalho ou de ganho a ocupação em funções compatíveis.” (LEI n.º 7/2009 - Código do Trabalho [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>).

⁷⁷⁶ ROXO, Manuel M. - *Direito da segurança e saúde no trabalho: da prescrição do seguro à definição do desempenho uma transição na regulação*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 107.

- (iv) o empregador apenas deve permitir o acesso de trabalhador a zona de risco elevado caso este tenha aptidão e formação necessárias, bem como pelo tempo mínimo necessário (art. 15º, 5);
- (v) o empregador deve, ainda, adotar medidas e dar instruções que permitam ao trabalhador, em caso de grave e iminente perigo, afastar-se da atividade/local de trabalho ou cessar a atividade enquanto permanecer o perigo (art. 15º, 6).

Com propriedade, a Lei n.º 102/2009 (LPSST) preceitua diversas obrigações legais do empregador no que concerne ao seu dever de zelar pela saúde dos seus empregados.

Discorrendo a respeito dessa lei e de sua relevância para o ordenamento jurídico português, ROXO⁷⁷⁷ afirma que, assim como a Directiva n.º 89/391/CEE, a LPSST “assume um papel central na estruturação do direito da SST, sendo em torno dela que vão sendo regularmente produzidos um conjunto de outros diplomas que a desdobram e visam regular ou desenvolver determinados aspectos parciais da SST”. E, continua o autor, é “a LPSST que confere um carácter unitário a este conjunto normativo, não obstante a sua tendencialmente crescente ampliação”⁷⁷⁸.

Logo, a entidade empregadora “e, em particular, os serviços encarregados da segurança, higiene e saúde no trabalho têm uma obrigação especial em termos de << vigilância do estado de saúde>> dos trabalhadores”⁷⁷⁹. De fato, “o direito da SST pode ser definido, de forma ampla, como o conjunto de regras jurídicas que tem em vista prevenir os acidentes e os problemas de saúde causados por, relacionados com ou sobrevivendo durante o exercício do emprego”⁷⁸⁰.

Quanto às disposições da Directiva n.º 89/391/CEE, elas também reforçam as seguintes obrigações das entidades patronais para garantir a saúde e segurança dos empregados:

- (i) tomar as medidas necessárias para a defesa da segurança e saúde dos trabalhadores, incluindo medidas preventivas, informativas e de formação (artigo 6º, 1);
- (ii) utilizar os princípios gerais de prevenção, entre os quais: evitar riscos; avaliar riscos que não possam ser evitados; combater riscos na origem; adaptar o trabalho ao homem quanto aos postos de trabalho, equipamentos, métodos de

⁷⁷⁷ ROXO, Manuel M. - *Direito da segurança e saúde no trabalho: da prescrição do seguro à definição do desempenho uma transição na regulação*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 43.

⁷⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁷⁹ GUERRA, Amadeu - *A privacidade no local de trabalho: as novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados. Uma abordagem ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 258.

⁷⁸⁰ ROXO, Manuel M., *op. cit.*, p. 23.

trabalho e de produção; priorizar medidas de proteção coletiva a individual; instruir os trabalhadores adequadamente *etc.* (artigo 6º, 2).

Destaque-se a disposição do artigo 6º, item 3, “b”, da referida Directiva, por ter vinculação ao tema objeto da presente tese: o empregador deve, “sempre que confiar tarefas a um trabalhador, tomar em consideração as suas capacidades em matéria de segurança e de saúde”.

De igual modo, o artigo 6º, item 3, “d”, assevera que o empregador deve tomar as medidas adequadas para que só os trabalhadores que tenham recebido uma instrução adequada possam ter acesso às zonas de risco grave e específico.

Essas questões encontram-se presentes tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no de Portugal.

Veja-se que, no Brasil, a falta de utilização de equipamentos de proteção individual (EPIs) pelo empregado pode, inclusive, acarretar a aplicação de penalidades a ele nos termos do artigo 158, parágrafo único, item “b”, da CLT.

Em Portugal, diversos diplomas legais reforçam as obrigações dos trabalhadores de colaborar com o empregador, como o CTP no artigo 182º, que concerne à obrigação de cumprir as ordens e instruções do empregador relacionadas à saúde e segurança no trabalho, desde que, logicamente, não conflitem com seus direitos e garantias, cooperar para a melhoria da saúde e segurança e cumprir as prescrições decorrentes.

Tais apontamentos são relevantes, considerando que o empregador pode vir a ser responsabilizado, civil⁷⁸¹ e criminalmente⁷⁸², em caso de dolo ou culpa e, ainda, responder

⁷⁸¹ Necessário memorar que, em Portugal, “o regime geral na matéria de acidentes de trabalho e doenças profissionais “se baseia no princípio da responsabilidade objetiva (independente de culpa) da entidade empregadora; apenas as doenças profissionais estão integradas no sistema de segurança social. Assim, o regime geral de segurança social (RGSS) garante a proteção na doença profissional, mas em relação aos acidentes de trabalho os empregadores privados são obrigados a celebrar contratos de seguro com entidades seguradoras, transferindo para estas a responsabilidade da sua reparação”. (QUINTAS, Paula - *Manual de Direito da Segurança e Saúde no Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 143).

No Brasil, *vide* artigo 927 do CCB:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. (LEI n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm).

⁷⁸² **Em Portugal**, *vide* artigo 152º-B do Código Penal Português (CCP):

“Artigo 152.º-B Violação de regras de segurança

1 - Quem, não observando disposições legais ou regulamentares, sujeitar trabalhador a perigo para a vida ou a perigo de grave ofensa para o corpo ou a saúde, é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2 - Se o perigo previsto no número anterior for criado por negligência o agente é punido com pena de prisão até três anos.

objetivamente nos casos de atividades de risco. E, nessa esteira, a participação e comprometimento dos próprios trabalhadores é crucial.

Destarte, feitas as considerações acima, no que se refere especificamente à presente tese de doutoramento, parece-nos que, havendo uma obrigação do empregador de zelar pela saúde dos empregados e, inclusive, eventual responsabilização do primeiro em caso de acidentes e problemas de saúde dos segundos ocasionados pela atividade laboral, é pertinente e recomendável que o empregador elabore políticas internas de prevenção de álcool e drogas, impedindo que trabalhadores sob efeitos de substâncias tóxicas (álcool ou drogas) possam acessar determinadas áreas ou realizar certas tarefas na empresa, sob pena de colocar em risco sua saúde e/ou integridade física e, inclusive, a de terceiros.

Essa questão, considerada situação-limite na contraposição entre o poder do empregador e seu dever de zelar pela saúde do trabalhador, de um lado, e o direito do empregado à intimidade, de outro, será objeto de tratamento no tópico seguinte.

6.3 ANÁLISE DE SITUAÇÕES-LIMITE: A CONTRAPOSIÇÃO ENTRE O PODER DO EMPREGADOR E SEU DEVER DE ZELAR PELA SAÚDE/SEGURANÇA DO TRABALHADOR E O DIREITO À INTIMIDADE DO EMPREGADO

De todo o exposto nos capítulos anteriores e no presente, podemos observar, até o momento, que:

- (i) de um lado, há o poder do empregador ou poder empregatício e, dentro dele, o direito de dirigir, fiscalizar/vigiar e organizar a prestação de trabalho podendo o empregador, inclusive, aplicar penalidades em caso de descumprimento de suas ordens lícitas emanadas no contexto da relação de emprego. O empregador

3 - Se dos factos previstos nos números anteriores resultar ofensa à integridade física grave o agente é punido:

a) Com pena de prisão de dois a oito anos no caso do n.º 1;

b) Com pena de prisão de um a cinco anos no caso do n.º 2.

4 - Se dos factos previstos nos ns. 1 e 2 resultar a morte o agente é punido:

a) Com pena de prisão de três a dez anos no caso do n.º 1;

b) Com pena de prisão de dois a oito anos no caso do n.º 2”. (DECRETO-LEI n.º 48/95 - Código Penal [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34437675/view?q=c%C3%B3digo+penal>).

No Brasil, vide artigo 132 do Código Penal Brasileiro (CPB):

“Art. 132 – Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:

Pena – detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais. (Incluído pela Lei nº 9.777, de 1998)”. (DECRETO-LEI n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm).

possui, ainda o **dever** de zelar pela saúde do trabalhador, tomando todas as medidas necessárias para tanto;

- (ii) de outro, há o direito à privacidade/intimidade dos empregados, que, ao lado de outros direitos da personalidade, constitui limite ao poder do empregador de dirigir a empresa;
- (iii) como questões centrais, há diversas situações fáticas no âmbito da relação de emprego em que pode ocorrer colisão entre o **poder da empresa** e o **direito do empregado**;
- (iv) uma das situações fáticas é, justamente, a questão relativa à possibilidade **de o empregador poder, ou não, realizar, testes e exames toxicológicos nos empregados**, nas diversas etapas do processo produtivo, levando-se em consideração essa harmonização necessária entre, de um lado, o poder do empregador e dever do mesmo de zelar pela saúde e integridade física do trabalhador e de terceiros e, de outro, o direito do próprio trabalhador ser protegido quanto à sua intimidade.

Como compatibilizar, então, tais questões no contexto da relação de emprego?

Como compatibilizar tais questões em situações-limite, como: atividades de risco, pós-acidente, suspeita justificada em virtude de exame clínico, entre outras?

Memore-se que, de todo o exposto anteriormente, **como regra geral**, tanto no Brasil quanto em Portugal, o empregador não pode exigir testes e exames médicos dos empregados por ocasião de admissão e no contexto laboral, de forma a invadir sua intimidade, sem que haja fundamento para tanto. Situações excepcionais são admitidas, por exemplo, em atividades de motoristas, pilotos ou quando envolver saúde/segurança do próprio trabalhador e de terceiros e circunstâncias especiais da atividade o exigirem.

Ocorre que, diante das situações-limite e do arcabouço legal existente, há, a nosso ver, espaço para a construção de uma proposta de compatibilização nas diversas etapas do processo produtivo, levando-se em conta os direitos e deveres presentes em cada uma delas.

Antes, contudo, de se realizar uma **proposta de compatibilização objetiva**, o que se fará no próximo item por meio da **sugestão de teoria direcional própria** para a realização dos programas de prevenção e tratamento de álcool e drogas nas empresas (em acréscimo às diretrizes cardeais já expostas no item 5.7 do capítulo anterior), necessário resgatar e revisar alguns conceitos que serão valiosos para a construção dessa proposta de compatibilização.

Nesse viés, recordemos o conceito de intimidade, citando a valiosa lição de JOÃO DE LIMA TEIXEIRA FILHO⁷⁸³:

“A intimidade e a vida privada são valores aproximados, permeados pela noção de privacidade, gênero do qual são espécies. Gramaticalmente, intimidade é a qualidade do que é íntimo, a parte mais recôndita. Tem que ver com o que é intrínseco, mui interno, muito de dentro, internado, medito para o interior; que existe no âmago da alma, da mente, do coração; vida muito particular de família, do interior da casa. [...] Pode-se dizer que intimidade é tudo aquilo que se passa entre quatro paredes, reservadamente para a própria pessoa ou para o círculo mais restrito de sua família, e compreende tanto o ambiente domiciliar quanto o local de trabalho. O ato patronal que invade esses recantos e propaga fatos ou ações antes de domínio restrito, sem o consentimento do trabalhador, ou mesmo versão distorcida do ocorrido, constitui, em princípio, lesão configuradora do dano moral”.

Considerando que os aspectos relacionados a dados de saúde do trabalhador, com certeza, dizem respeito à sua intimidade, essa intimidade do trabalhador nunca pode ser afastada ou violada?

A resposta é negativa. Em circunstâncias especiais, pode haver aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade de forma a afastar o direito do empregado de ter preservada a sua intimidade quanto à sua saúde para que valores maiores sejam protegidos ou tutelados.

Assim, se houver, em determinadas situações-limite, por exemplo, risco quanto à vida e integridade física do próprio trabalhador e de terceiros, a intimidade do empregado deverá ceder lugar para que valores maiores sejam preservados.

Ao empregador, caberá, nessas circunstâncias, não somente o direito de tomar medidas para que os valores maiores – *como a vida e a integridade física* – sejam preservados, mas também o **dever de zelar** por essa preservação.

Ora, o direito à vida é inegociável. É, sem dúvida, o direito maior que se deve preservar. Sem vida, não há pessoa, não há ser humano, nem sequer intimidade.

Como reforça BARBAS⁷⁸⁴:

“O direito à vida aparece pois como um valor ‘fundamentante da defesa de todos os demais’. (904). É a vida humana que aparece como valor central anterior e superior à Constituição e ao Direito em geral. O Estado de Direito material é necessariamente um “Estado humano” (905). O primeiro aspecto de dignidade da vida humana, da pessoa humana, se quisermos, passa pelo respeito da sua procriação e configuração natural, sem manipulações destinadas a configurá-la a outros interesses estranhos a ela mesma. Ou seja: a pessoa humana, antes de estar com os outros, é ela mesma, e neste sentido tem de ser respeitada (906). Assim, contra a vida humana, seja qual for

⁷⁸³ TEIXEIRA FILHO, João de Lima - Dano moral. In SÜSSEKIND, Arnaldo [et al.] - *Instituições de Direito do trabalho*. 18.^a ed., atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 1999. v. I. Cap. XVIII, p. 648-649.

⁷⁸⁴ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - *Direito do Genoma Humano*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 494.

o seu estado, e seja qual for o seu valor, não podem ser invocados interesses estranhos, alegadamente superiores, que a reifiquem, ponham em causa ou eliminem”.

Logo, embora a intimidade e a preservação de dados médicos quanto à saúde do trabalhador sejam valores a merecer tutela no contexto da relação empregatícia, fato é também que tais direitos, em confronto com outros de maior peso ou importância em determinada situação específica, devem ceder lugar a estes.

Destarte, nas situações-limite em que a vida, saúde e segurança do próprio trabalhador ou de terceiros estiverem em risco, o empregador terá não só o poder, mas também o **dever** de tomar medidas preventivas e ativas – no bojo do seu poder diretivo/organizacional e de fiscalização –, no sentido de tutelar os bens superiores envolvidos naquela situação.

Como explicita ROXO⁷⁸⁵, citando, inclusive, a situação que envolve a realização de exames toxicológicos no ambiente de trabalho, tal circunstância:

“(…) relaciona-se com as situações em que possa haver confronto com outros direitos igualmente tutelados constitucionalmente. Estes direitos podem ser fundamento constitucional para a restrição ou a limitação de outros direitos fundamentais, designadamente de direitos, liberdades e garantias, importando garantir-se nesta tarefa uma adequada aplicação de um princípio da ponderação dos bens tutelados (art. 18º/2 da CRP).

Precisamente nesta óptica, entende-se que ‘a submissão juridicamente obrigatória’ dos trabalhadores ‘a exames ou testes clínicos – constituindo uma intromissão na vida privada, na medida em que aqueles se destinam a recolher dados relativos à vida privada...– pode, em certos casos e condições, ser tida como admissível, tendo em conta a necessidade de harmonização do direito à intimidade da vida privada com outros direitos ou interesses legítimos constitucionalmente reconhecidos...que visem garantir a segurança e a saúde do trabalho,’ do próprio ou de terceiros. No plano da acção concreta o direito à SST, tal como está definido e correlacionado com outros direitos constitucionais, determina uma regra da interpretação da lei segundo a qual tem preferência a solução interpretativa que, havendo outras, seja a mais favorável para o direito fundamental”.

Para ROXO⁷⁸⁶, *litteris*:

“(…) os exames são adequados quando são contextualizados dentro do serviço da SST, sejam “necessários, adequados e proporcionais à verificação de alterações de saúde causadas pelo exercício da sua actividade profissional e para a determinação da aptidão ou inaptidão física e psíquica para o exercício das suas funções e para a defesa da sua própria saúde” e “na organização do programa de vigilância da saúde se tenha em conta a natureza dos riscos profissionais existentes no local de trabalho, as exigências particulares de determinadas funções (as situações de trabalhadores que conduzam viaturas, máquinas ou equipamentos, que lidam com explosivos ou pelas actividades ou situações especialmente perigosas em que trabalham, a grande altura ou em profundidade, os riscos de contágio, determinados trabalhos com exposição a agentes químicos, físicos ou biológicos especialmente perigosos, etc) e o grau de consciencialização dos actores envolvidos”.

⁷⁸⁵ ROXO, Manuel M. - *Direito da segurança e saúde no trabalho: da prescrição do seguro à definição do desempenho uma transição na regulação*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 48-49.

⁷⁸⁶ *Idem*, p. 154-155.

Nesse viés, a compatibilização entre o poder do empregador e, inclusive, seu **dever** de zelar pela saúde e segurança dos empregados e o direito de um trabalhador de ter a sua intimidade preservada quanto aos aspectos de sua saúde pode observar diversas diretrizes ou premissas.

QUINTAS⁷⁸⁷, ao analisar também tal questão no Direito português e citando a postura da CNPD, destaca os seguintes pressupostos, de forma resumida: (i) que a aplicação de testes e exames médicos seja restrita às categorias de trabalhadores cuja atividade possa pôr em perigo a sua integridade física ou de terceiros, e que seja devidamente justificada; (ii) que o tratamento de tais dados fique restrito ao médico e dentro do programa de saúde ocupacional na empresa, com intuito preventivo e curativo; (iii) que seja feito um regulamento prévio a respeito, assegurada a participação dos representantes dos trabalhadores.

Recordados esses conceitos acima expostos e na busca de uma análise proporcional, adequada e razoável para cada situação apontada quanto aos exames toxicológicos no ambiente de trabalho, permitimo-nos, no próximo tópico, apontar alguns cenários existentes na relação laboral e sugerir nossa proposta para a compatibilização entre os direitos e poderes do empregador, de um lado, e o direito à intimidade do empregado, de outro. Note-se que a vida, segurança e integridade física do próprio trabalhador despontam como balizadores para nossa análise.

Assim, consoante se verá no tópico seguinte, por questões didáticas, abordaremos o tema em duas situações diferentes, quais sejam:

1. Quando o trabalhador trabalha na empresa em atividades que denominamos de **rotina**.
2. Quando o trabalhador trabalha na empresa em atividades que denominamos de **risco**.

Por oportuno, cumpre esclarecer que tanto Portugal quanto o Brasil possuem diversos diplomas legais que mencionam e, em outros locais, classificam algumas atividades de risco.

Exemplificativamente, citamos a Lei n.º 102/2009, que menciona, diversas vezes, a expressão **atividade de risco ou risco** e o dever de prevenção do empregador. Vejamos, por exemplo, o artigo 15º:

“Obrigações gerais do empregador [...]

2 – O empregador deve zelar, de forma continuada e permanente, pelo exercício da actividade em condições de segurança e de saúde para o trabalhador, tendo em conta os seguintes princípios gerais de prevenção:

⁷⁸⁷ A respeito, vide QUINTAS, Paula - *Manual de Direito da Segurança e Saúde no Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 89-90.

- a) **Identificação dos riscos** previsíveis em todas as actividades da empresa, estabelecimento ou serviço, na concepção ou construção de instalações, de locais e processos de trabalho, assim como na selecção de equipamentos, substâncias e produtos, com vista à eliminação dos mesmos ou, quando esta seja inviável, à redução dos seus efeitos;
 - b) Integração **da avaliação dos riscos** para a segurança e a saúde do trabalhador no conjunto das actividades da empresa, estabelecimento ou serviço, devendo adoptar as medidas adequadas de protecção;
 - c) **Combate aos riscos** na origem, por forma a eliminar ou reduzir a exposição e aumentar os níveis de protecção;
 - d) Assegurar, nos locais de trabalho, que as exposições aos agentes químicos, físicos e biológicos e aos factores de risco psicossociais não constituem risco para a segurança e saúde do trabalhador;
 - e) Adaptação do trabalho ao homem, especialmente no que se refere à concepção dos postos de trabalho, à escolha de equipamentos de trabalho e aos métodos de trabalho e produção, com vista a, nomeadamente, atenuar o trabalho monótono e o trabalho repetitivo e **reduzir os riscos psicossociais**;
- [...]
- 3 – Sem prejuízo das demais obrigações do empregador, as medidas de prevenção implementadas devem ser antecedidas e corresponder ao resultado das avaliações **dos riscos associados às várias fases do processo produtivo, incluindo** as actividades preparatórias, de manutenção e reparação, de modo a obter como resultado níveis eficazes de protecção da segurança e saúde do trabalhador.
- [...]
- 5 – Sempre que seja necessário aceder a zonas de risco elevado, o empregador deve permitir o acesso apenas ao trabalhador com aptidão e formação adequadas, pelo tempo mínimo necessário.
- [...]
- 7 – O empregador deve ter em conta, na organização dos meios de prevenção, não só o trabalhador como também terceiros susceptíveis de serem abrangidos **pelos riscos da realização dos trabalhos**, quer nas instalações quer no exterior.
- 8 – O empregador deve assegurar a vigilância da saúde do trabalhador **em função dos riscos a que estiver potencialmente exposto no local de trabalho**".⁷⁸⁸ (grifos nossos).

No mesmo sentido, o artigo 66º da referida lei proíbe ao menor laborar em actividades cuja realização esteja sujeita às seguintes condições de trabalho:

- “a) Risco de desabamento;
- b) Manipulação de aparelhos de produção, de armazenamento ou de utilização de gases comprimidos, liquefeitos ou dissolvidos;
- c) Utilização de cubas, tanques, reservatórios, garrafas ou botijas que contenham agentes, substâncias ou preparações químicos referidos no artigo 64.º;
- d) Condução ou operação de veículos de transporte, tractores, empilhadores e máquinas de terraplanagem;
- e) Libertação de poeiras de sílica livre, nomeadamente na projecção de jactos de areia;
- f) Vazamento de metais em fusão;
- g) Operações de sopro de vidro;
- h) Locais de criação ou conservação de animais ferozes ou venenosos;
- i) Realizadas no subsolo;
- j) Realizadas em sistemas de drenagem de águas residuais;
- l) Realizadas em pistas de aeroportos;
- m) Realizadas em actividades que decorram em clubes nocturnos e similares;

⁷⁸⁸ LEI n.º 102/2009, de 10 de setembro - Lei de Promoção da Segurança e Saúde no Trabalho (LPSST) [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/490009/details/maximized>

n) Cujas cadências sejam condicionadas por máquinas e a retribuição determinada em função do resultado”.⁷⁸⁹

E, mais adiante, o artigo 72º afirma que o menor com idade igual ou superior a 16 anos pode, excepcionalmente, realizar determinadas atividades consideradas de risco, como demolições, manobras perigosas, atividades em matadouros *etc.*, desde que o empregador, após avaliação detida da atividade, sua natureza, grau e duração de exposição do menor, tome medidas preventivas para evitar esse risco.

Ainda a mesma lei, em seu artigo 79º, considera as seguintes atividades como de risco elevado:

- “a) Trabalhos em obras de construção, escavação, movimentação de terras, de túneis, com riscos de quedas de altura ou de soterramento, demolições e intervenção em ferrovias e rodovias sem interrupção de tráfego;
- b) Atividades de indústrias extractivas;
- c) Trabalho hiperbárico;
- d) Atividades que envolvam a utilização ou armazenagem de produtos químicos perigosos susceptíveis de provocar acidentes graves;
- e) Fabrico, transporte e utilização de explosivos e pirotecnia;
- f) Atividades de indústria siderúrgica e construção naval;
- g) Atividades que envolvam contacto com correntes eléctricas de média e alta tensões;
- h) Produção e transporte de gases comprimidos, liquefeitos ou dissolvidos ou a utilização significativa dos mesmos;
- i) Atividades que impliquem a exposição a radiações ionizantes;
- j) Atividades que impliquem a exposição a agentes cancerígenos, mutagénicos ou tóxicos para a reprodução;
- l) Atividades que impliquem a exposição a agentes biológicos do grupo 3 ou 4;
- m) Trabalhos que envolvam exposição a sílica”.⁷⁹⁰

Salienta-se que, na Lei n.º 102/2009, o conceito de **risco** é relativo e amplo, sendo que, nos termos de seu artigo 4º, pode-se entender por risco e perigo o seguinte, respectivamente:

- “h) «Risco» a probabilidade de concretização do dano em função das condições de utilização, exposição ou interacção do componente material do trabalho que apresente perigo;
- g) «Perigo» a propriedade intrínseca de uma instalação, actividade, equipamento, um agente ou outro componente material do trabalho com potencial para provocar dano”.⁷⁹¹

No Brasil, por sua vez, a NR-4⁷⁹² classifica as atividades em **graus de risco**, sendo o menor o **grau 1** e o maior o **grau 4**.

⁷⁸⁹ LEI n.º 102/2009, de 10 de setembro - Lei de Promoção da Segurança e Saúde no Trabalho (LPSST) [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/490009/details/maximized>

⁷⁹⁰ *Ibidem*.

⁷⁹¹ *Ibidem*.

⁷⁹² NORMAS Regulamentadoras - Segurança e saúde do trabalho, do Ministério do Trabalho e Emprego no Brasil). NRs 01 a 37 [Em linha]. [Consult. 05 nov. 2019]. Disponível em WWW: <http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nrs.htm>

Exemplos de atividades enquadradas em cada grau de risco seriam: incorporação de empreendimentos imobiliários (grau 1); atividades de representantes comerciais e agentes do comércio de matérias-primas agrícolas e animais vivos (grau 2); transporte rodoviário coletivo de passageiros, com itinerário fixo, municipal e em região metropolitana (grau 3); e extração de minério de ferro e siderurgia (produção de semi-acabados de aço) (grau 4).

Para fins de **classificação didática** no presente trabalho, por entendermos que a classificação das atividades previstas na NR-4 é bem estruturada e de fácil aplicação, usaremos o critério nela exposto quanto aos riscos de grau 1 a 4. E, para as finalidades de **separação de nosso estudo em rotina e risco**, entenderemos que as **atividades consideradas de grau de risco 3 e 4**, assim classificadas pela NR-4 do Ministério do Trabalho e Emprego, **enquadram-se no conceito de risco**, sendo as demais (1 e 2) consideradas **rotina**.

Entretanto, repita-se, esse critério por nós adotado é para classificação didática no presente estudo, sendo possível e até recomendável que cada empregador e seus empregados (através de seus representantes), em conjunto com o Serviço de Medicina e Segurança do Trabalho nas empresas, ao elaborarem internamente seus programas de prevenção e tratamento de abuso de álcool e drogas, possam reavaliar suas atividades e os graus de risco respectivos e adaptá-los à realidade concreta com o intuito de preservar a saúde dos trabalhadores na empresa.

Feitos esses apontamentos gerais, passemos à sugestão de uma **teoria direcional própria** a respeito dos exames toxicológicos no ambiente de trabalho, nas diversas etapas do contrato de trabalho, seja em atividades que denominamos de **rotina**, seja em atividades que denominamos de **risco** (situações-limites), observada a classificação didática proposta acima para os objetivos do presente trabalho e passíveis de serem rediscutidas em programas internos de prevenção, contando com o apoio de profissionais capacitados para tanto (médicos, técnicos e engenheiros de segurança) para as finalidades de realização de exames toxicológicos.

6.4 POR UMA TEORIA DIRECIONAL SOB A ÓTICA DA PRESERVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DO TRABALHADOR E DO DIREITO AO RECONHECIMENTO

O objetivo do presente capítulo será apresentar, após todo o estudo realizado, uma **teoria direcional própria** a respeito da realização dos exames toxicológicos no ambiente laboral.

Assim, pretendemos analisar, em cada etapa principal do contrato de trabalho, sob a ótica da realização de exames e testes, as possibilidades de compatibilização dos poderes/deveres do empregador com os direitos dos empregados, obedecendo ao preceito máximo da preservação da vida, saúde e segurança do próprio trabalhador e de terceiros e, ao

mesmo tempo, mantendo seu direito à intimidade dentro do que, a nosso ver, é razoável, adequado e proporcional.

Antes de apresentarmos o resultado de nossas proposições, porém, é importante destacar que, além da preservação do direito à saúde do trabalhador (entendida essa de forma ampla, como preservação de sua vida, integridade física e segurança), utilizaremos como **norte ou bússola orientativa** de nossas proposições também o direito ao reconhecimento ou o direito do trabalhador a ser respeitado como ser humano, em sua dignidade e, mais além, a ser respeitado como indivíduo **doente**, caso seja constatada sua dependência química ou alcóolica no contexto da realização de tais exames toxicológicos.

Para tanto, socorremo-nos das valiosas lições do filósofo alemão AXEL HONNETH. Esclareça-se que HONNETH, nascido em 1949, apresentou sua tese de doutoramento à Universidade Livre de Berlim em 1983, sucedendo, em 1996, a Habermas em seu posto na Universidade de Frankfurt.⁷⁹³

Destaca-se, desde já, que não pretendemos, nem de longe, fazer um estudo aprofundado sobre suas teorias até porque isso nos demandaria anos de estudo na seara da filosofia, o que, embora atrativo aos nossos olhos, não seria prático nem factível para os objetivos da presente tese de doutoramento. Deixemos a tarefa de aprofundar nas valiosas lições de referido filósofo alemão para brilhantes estudiosos que, certamente, sucederão.

Não obstante, a partir da leitura de sua obra denominada *Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*⁷⁹⁴ e, ainda, de alguns estudos sobre sua teoria do reconhecimento, julgamos relevante ressaltar algumas questões por HONNETH tratadas que, sob nosso ponto de vista, acrescentam aspectos à teoria direcional própria que pretendemos propor quanto aos exames toxicológicos em empregados.

Pois bem, HONNETH, de acordo com a apresentação feita por MARCOS NOBRE em sua obra, vincula a construção do processo de identidade do indivíduo com o seu reconhecimento social ou respeito como tal, preconizando que o processo de construção da identidade de uma pessoa “passa ter como sua gramática o processo de ‘luta’ pela construção da identidade, entendida como uma ‘luta pelo reconhecimento’”⁷⁹⁵.

Desde já – como alertam MARIA CECÍLIO MÁXIMO TEODORO e SABRINA COLARES NOGUEIRA, em obra em que analisam a questão da toxicodependência sob o

⁷⁹³ HONNETH, Axel - *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 2.ª ed. Trad. Luiz Repa. São Paulo. Editora 34, 2009.

⁷⁹⁴ *Ibidem*.

⁷⁹⁵ *Idem*, p. 11.

prisma da teoria de reconhecimento de AXEL HONNETH –, “a palavra reconhecimento corresponde a tradução da palavra *Anerkennung*, em alemão, e não possui o mesmo sentido da língua portuguesa”⁷⁹⁶.

As autoras citam BETHÂNIA ASSY e JOÃO FERES, que “definem que ‘o conceito filosófico de reconhecimento não significa simplesmente a identificação cognitiva de uma pessoa, mas sim, tendo esse ato como premissa, a atribuição de um valor positivo a essa pessoa, algo próximo do que entendemos por respeito’”⁷⁹⁷.

Respeito ou reconhecimento, portanto, são o cerne da teoria de HONNETH. Para o filósofo, sentir-se respeitado ou reconhecido no grupo social em que o ser humano se encontra denota um sentimento de honra. Vejamos:

“A autorrelação prática a que uma experiência de reconhecimento desse gênero faz os indivíduos chegar é, por isso, um sentimento de orgulho do grupo ou de honra coletiva; o indivíduo se sabe aí como membro de um grupo social que está em condição de realizações comuns, cujo valor para a sociedade é reconhecido por todos os seus demais membros”⁷⁹⁸.

O reconhecimento na teoria honnethiana possui três formas, quais sejam: o amor, o direito e a estima. O amor traz para o indivíduo uma relação consigo mesmo de *autoconfiança*, o direito traz para o indivíduo uma relação de *autorrespeito* e, por fim, a estima própria advém de um reconhecimento social que o indivíduo alcança na vida em comunidade, trazendo um sentimento de solidariedade em grupo, apresentando-se útil para a sociedade que o cerca. Esclarecem TEODORO e NOGUEIRA⁷⁹⁹, de forma didática, essas três dimensões do reconhecimento, *litteris*:

“É preciso ainda destacar que a teoria do reconhecimento honnethiana classifica as formas de reconhecimento em dimensões, sendo elas: o amor, o direito e a solidariedade.

O reconhecimento a partir do amor ocorre quando o sujeito tem sua subjetividade psíquica desrespeitada e, por confiar em si mesmo, ou seja, ao identificar-se como sujeito e acreditar em suas possibilidades, consegue enfrentar este desrespeito, o que lhe permite a auto-realização.

⁷⁹⁶ TEODORO, Maria Cecília Máximo; NOGUEIRA, Sabrina Colares - A questão dos trabalhadores toxicodependentes sob o prisma da teoria do reconhecimento de Axel Honneth. *Direito Humano ao Trabalho e sua pretensão de validade universal*. In *Conpedi Law Review*. Madrid. Vol. 1, n.º 5, (jun. 2016), p. 69-94. [Consult. 21 nov. 2019]. Disponível em WWW: http://portaltutor.com/index.php/conpedireview_old/article/view/110/104

⁷⁹⁷ *Idem*, p. 74.

⁷⁹⁸ HONNETH, *op. cit.* p. 209.

⁷⁹⁹ TEODORO, Maria Cecília Máximo; NOGUEIRA, Sabrina Colares - A questão dos trabalhadores toxicodependentes sob o prisma da teoria do reconhecimento de Axel Honneth. *Direito Humano ao Trabalho e sua pretensão de validade universal*. In *Conpedi Law Review*. Madrid. Vol. 1, n.º 5, (jun. 2016), p. 69-94. [Consult. 21 nov. 2019]. Disponível em WWW: http://portaltutor.com/index.php/conpedireview_old/article/view/110/104. p. 81.

Já na esfera do direito, a luta por reconhecimento ocorre após a individualização do sujeito, que passa a ser reconhecido como sujeito de direito, e havendo privação destes direitos, inicia-se a luta por reconhecimento.

Pontua-se também que ao haver a individualização do sujeito de direito, autônomo e moralmente imputável, a obrigação de respeito ao direito surge, o que reafirma o reconhecimento.

Na esfera da solidariedade, a teoria do reconhecimento define que a luta por reconhecimento está vinculada de tal forma a uma vida em comunidade. Neste contexto é que Honneth cita a esfera do trabalho como ‘ambiente no qual os indivíduos poderiam mostrar-se valiosos para a coletividade’”.

Destarte, a teoria do reconhecimento de HONNETH⁸⁰⁰, em suma, pretende chamar atenção para o **reconhecimento** ou **respeito** que o ser humano precisa ter, como tal, para se sentir inserido na sociedade de uma forma positiva. Amado, sente-se confiante consigo mesmo; respeitado em seus direitos⁸⁰¹, sente-se pertencente e incluído; e, quando se sente útil e incluído na sociedade, inclusive quando se sente produtivo, advém sua autoestima. Afirmo o filósofo:

“De acordo com isso, são as três formas de reconhecimento do amor, do direito e da estima que criam, primeiramente, tomadas em conjunto, as condições sociais sob as quais os sujeitos humanos podem chegar a uma atitude positiva para com eles mesmos; pois só graças à aquisição cumulativa de autoconfiança, autorespeito e autoestima, como garante sucessivamente a experiência das três formas de reconhecimento, uma pessoa é capaz de se conceber de modo irrestrito como um ser autônomo e individuado e de se identificar com seus objetivos e seus desejos”.⁸⁰²

⁸⁰⁰ “O nexo existente entre a experiência de reconhecimento e a relação consigo próprio resulta da estrutura intersubjetiva da identidade pessoal: os indivíduos se constituem como pessoas unicamente porque, da perspectiva dos outros que assentem ou encorajam, aprendem a se referir a si mesmos como seres a que cabem determinadas propriedades e capacidades. A extensão dessas propriedades e, por conseguinte, o grau de autorrealização positiva crescem com cada nova forma de reconhecimento, a qual o indivíduo pode referir a si mesmo como sujeito: desse modo, está inscrita na experiência do amor a possibilidade da autoconfiança, na experiência do reconhecimento jurídico, a do autorrespeito e, por fim, na experiência da solidariedade, a da autoestima.” (HONNETH, Axel - *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 2.^a ed. Trad. Luiz Repa. São Paulo. Editora 34, 2009. contracapa).

⁸⁰¹ No original: “Having rights enables us to ‘stand up like men’, to look others in the eye, and to feel in some fundamental way the equal of anyone. They think of oneself as the holder of rights is not to be unduly but properly proud, to have that minimal self-respect that is necessary to be worthy of the love and esteem of others. Indeed, respect for persons [...] may simply be respect for their rights, so that there cannot be the one without the other; and what is called ‘human dignity’ may simply be the recognizable capacity to assert claims.” (HONNETH, Axel - *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 2.^a ed. Trad. Luiz Repa. São Paulo. Editora 34, 2009. p. 196, citando FEINBERG, Joel - *The Nature and Value of Rights*. In *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty. Essays in Social Philosophy*. Princeton, NJ, 1980. p. 151). Tradução nossa: “Ter direitos nos capacita a ‘manter-nos como homens’, a olhar os outros nos olhos e nos sentir, de uma maneira fundamental, iguais a qualquer um. Considerar-se portador de direitos não é ter orgulho indevido, mas justificado, é ter aquele autorrespeito mínimo, necessário para ser digno do amor e da estima dos outros. De fato, o respeito por pessoas [...] pode ser simplesmente o respeito por seus direitos, de modo que não pode haver um sem o outro; e o que se chama ‘dignidade humana’ pode ser simplesmente a capacidade reconhecível de afirmar pretensões”.

⁸⁰² *Idem*, p. 266.

Sobre o tema, preconiza NATHALIE BRESSIANI⁸⁰³, em artigo publicado na obra *A teoria crítica de Axel Honneth: reconhecimento, liberdade e justiça*: “é somente quando se sentem amados, respeitados e estimados socialmente que os indivíduos conseguem desenvolver os três tipos de autorrelação prática positiva dos quais depende sua autorrealização”.

Mas o que isso tem a ver com o tema central da nossa tese de doutoramento?

Ora, uma vez constatado que a dependência de álcool e drogas é um problema sério de saúde, tal como exposto nos tópicos anteriores – inclusive um problema de ordem mundial –, é certo que o toxicodependente, nesse sentido, precisa de atenção especial dos ordenamentos jurídicos, dada a peculiaridade da situação que enfrenta, e considerando que não se encontra no seu estado de saúde normal nem em reais condições de, muitas vezes, tomar decisões acertadas sobre sua própria vida, saúde e situações que vivencia.

No quadro jurídico laboral, por exemplo, indivíduos com problemas de dependência de álcool e drogas, como já destacamos anteriormente, costumam chegar mais tarde no trabalho, sair mais cedo, apresentar dificuldades de concentração, ter sua capacidade física e mental comprometida, ter afetada sua capacidade de tomar decisões, *etc.*

Nesse viés, imaginemos a seguinte situação, certamente comum em empresas no mundo todo. Um indivíduo, embora saiba que é dever seu de lealdade e boa-fé contratuais apresentar-se **apto** para o seu trabalho, chega ao local de trabalho com resquícios do abuso de álcool e drogas em seu organismo, utilizados em sua vida extralaboral, em seu período fora da empresa.

Ora, primeiramente, é fato que esse indivíduo, por razões naturais de autoconservação, certamente não vai se expor perante terceiros no sentido de buscar ajuda com profissionais da empresa onde trabalha. Como explicita HONNETH, a “vida social é definida em seu conceito fundamental como uma relação de luta por autoconservação”⁸⁰⁴.

Logo, por tal premissa, o próprio indivíduo, certamente, não vai expor sua debilidade de saúde ou seu vício à empresa ou a seus colegas de trabalho, tentando aparentar, em seu trabalho, como se estivesse plenamente capaz e ativo para o desempenho de suas funções diárias.

O que isso pode acarretar?

Inúmeras situações preocupantes, com certeza.

⁸⁰³ BRESSIANI, Nathalie - Luta por reconhecimento e diagnóstico de patologias sociais. Dois momentos da teoria crítica de Axel Honneth. In MELO, Rúion - *A teoria crítica de Axel Honneth: reconhecimento, liberdade e justiça*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 271.

⁸⁰⁴ HONNETH, Axel - *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 2.^a ed. Trad. Luiz Repa. São Paulo. Editora 34, 2009. p. 31.

Primeiramente, pode afetar a relação do indivíduo com seu ambiente de trabalho, seus colegas, seus superiores e, até mesmo, clientes, fornecedores ou terceiros que interajam com ele na sua atuação profissional.

Isso pode, ainda, gerar situações de perda de produtividade, perda de qualidade, absenteísmo, atrasos, entre outros.

E, sem dúvida alguma, a depender da função desempenhada pelo profissional em questão, sua situação peculiar de dependência alcóolica e química pode comprometer sua capacidade de atenção, diligência e cuidado e, assim, **ocasionar acidentes de trabalho**, que podem acabar afetando a sua própria saúde, segurança, integridade física e a de terceiros.

Por esse motivo, **entendemos que é necessário** estabelecermos alguns nortes que devem orientar a empresa na relação com seus empregados e com o problema da toxicodependência no ambiente de trabalho:

- 1) O PRIMEIRO PASSO ESSENCIAL é reconhecer que o INDIVÍDUO TOXICODEPENDENTE não está em suas condições físicas e mentais 100% regulares e, portanto, **PRECISA DE AJUDA**. Reconhecer e respeitar, pois, que a toxicodependência é um problema de saúde e que o indivíduo, nessa condição, encontra-se vulnerável. Como afirmam RÚRION MELO e DENILSON WERLE⁸⁰⁵, a “sociedade justa deve lidar com as vulnerabilidades dos indivíduos em relação ao desenvolvimento e à manutenção de sua autonomia nas relações de reconhecimento recíproco”.
- 2) Um SEGUNDO PASSO que julgamos essencial, também, é, **uma vez reconhecido que o toxicodependente tem um problema de saúde**, respeitar e FORNECER MEIOS que possam AJUDÁ-LO, entre outras coisas, a garantir que sua integridade física e a dos demais que com ele convivem no trabalho não será afetada e AJUDÁ-LO a resgatar seu equilíbrio físico e mental.
- 3) Mas como ajudar? Como fazer com que o indivíduo supere o problema que enfrenta com dignidade, sem maiores consequências e, ainda, ajudá-lo a retomar sua autoconfiança, seu autorrespeito e autoestima, de forma a conseguir afastar-se da dependência alcóolica e química e se reinserir na sociedade, como indivíduo útil, respeitado e incluído?

⁸⁰⁵ MELO, Rúrion; WERLE, Denilson - Um déficit político do liberalismo hegeliano? Autonomia e reconhecimento em Honneth. In MELO, Rúrion - *A teoria crítica de Axel Honneth: reconhecimento, liberdade e justiça*. São Paulo: Saraiva, 2013. Parte III, p. 326.

- 4) Entendemos que, para tanto, É ESSENCIAL o desenvolvimento pelas empresas de PROGRAMAS DE PREVENÇÃO E TRATAMENTO de ÁLCOOL E DROGAS.
- 5) Nesses programas, o foco principal seria a detecção precoce e o tratamento em caso de detecção. Em respeito ao indivíduo, resultados positivos devem ser mantidos em sigilo, sob a coordenação do médico do trabalho. Deve-se, ainda, em observância ao reconhecimento e respeito que o toxicodependente deve possuir, por ser um indivíduo doente, visar sempre, quando possível, o tratamento e não a discriminação. Deve-se, ainda, envolver a família para que os programas de tratamento tenham mais êxito.
- 6) Outrossim, justamente porque o indivíduo toxicodependente, muitas vezes, não se encontra capaz de tomar decisões sobre seu próprio comportamento, entendemos que, em determinadas situações peculiares e de risco que possam afetar a integridade física, saúde e segurança do próprio trabalhador e de terceiros, o empregador pode exigir a realização de exames toxicológicos para garantir a APTIDÃO necessária para o desempenho da referida função, seja por ocasião da contratação, seja ao longo do contrato de trabalho. Lembremos que se deve reconhecer que o toxicodependente tem um problema de saúde e, muitas vezes, não possui o discernimento necessário para a autopreservação ou a preservação de terceiros.
- 7) O último passo, a nosso ver, é RESPEITAR e SER SOLIDÁRIO.⁸⁰⁶ E RESPEITAR e ser SOLIDÁRIO significa, ao ser constatada uma situação de toxicodependência, em primeiro lugar, dar oportunidades para que esse ser humano possa se tratar, seja através de programas privativos, seja através de encaminhamento aos programas sociais. A respeito da importância da busca de tratamento para o toxicodependente no contexto do seu direito ao reconhecimento e a ser respeitado, vejamos:

⁸⁰⁶ “Por isso, sob as condições das sociedades modernas, a solidariedade está ligada ao pressuposto de relações sociais de estima simétrica entre sujeitos individualizados (e autônomos); estimar-se simetricamente nesse sentido significa considerar-se reciprocamente à luz de valores que fazem as capacidades e as propriedades do respectivo outro aparecer como significativas para a práxis comum. Relações dessa espécie podem se chamar ‘solidárias’ porque elas não despertam somente a tolerância para com a particularidade individual da outra pessoa, mas também o interesse afetivo por essa particularidade: só na medida em que eu cuido ativamente de que suas propriedades, estranhas a mim, possam se desdobrar, os objetivos que nos são comuns passam a ser realizáveis.” (HONNETH, Axel - *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 2.^a ed. Trad. Luiz Repa. São Paulo. Editora 34, 2009. p. 211).

“Certo é que, sem o tratamento adequado, a dependência química no meio do trabalho leva a destruição gradativa do trabalhador, atingindo sua vida pessoal, familiar, profissional e social.

Em função disto, muitas são as instituições junto à sociedade civil que têm se proposto a desenvolver um trabalho de assistência e tratamento dos químico-dependentes: grupos anônimos, clínicas ou casas de recuperação, hospitais, etc...

O próprio órgão de previdência social brasileiro já concede ao trabalhador auxílio doença para tratamento da dependência de drogas”.⁸⁰⁷

- 8) Logicamente, RESPEITO E RECONHECIMENTO não DEVEM GERAR ABUSO. Afinal, o direito de um termina quando afeta o direito de outros. Assim, o indivíduo não pode ser compelido ao tratamento⁸⁰⁸. Em caso de uma primeira

⁸⁰⁷ TEODORO, Maria Cecília Máximo; NOGUEIRA, Sabrina Colares - A questão dos trabalhadores toxicodependentes sob o prisma da teoria do reconhecimento de Axel Honneth. *Direito Humano ao Trabalho e sua pretensão de validade universal*. In *Conpedi Law Review*. Madrid. Vol. 1, n.º 5, (jun. 2016), p. 69-94. [Consult. 21 nov. 2019]. Disponível em WWW: http://portaltutor.com/index.php/conpedireview_old/article/view/110/104. p. 74.

⁸⁰⁸ **No Brasil**, necessário destacar, quanto à internação, que a Lei n.º 13.840 de 05.06. 2019 aborda o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, define as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e trata do financiamento das políticas sobre drogas e dá outras providências. Essa lei, dentre outras questões, dispõe que:

“Art. 23-A. O tratamento do usuário ou dependente de drogas deverá ser ordenado em uma rede de atenção à saúde, com prioridade para as modalidades de tratamento ambulatorial, incluindo excepcionalmente formas de internação em unidades de saúde e hospitais gerais nos termos de normas dispostas pela União e articuladas com os serviços de assistência social e em etapas que permitam:

[...] § 2º A internação de dependentes de drogas somente será realizada em unidades de saúde ou hospitais gerais, dotados de equipes multidisciplinares e deverá ser obrigatoriamente autorizada por médico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina – CRM do Estado onde se localize o estabelecimento no qual se dará a internação.

§ 3º São considerados 2 (dois) tipos de internação:

I – internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do dependente de drogas;

II – internação involuntária: aquela que se dá, sem o consentimento do dependente, a pedido de familiar ou do responsável legal ou, na absoluta falta deste, de servidor público da área de saúde, da assistência social ou dos órgãos públicos integrantes do Sisnad, com exceção de servidores da área de segurança pública, que constate a existência de motivos que justifiquem a medida.

§ 4º A internação voluntária:

I – deverá ser precedida de declaração escrita da pessoa solicitante de que optou por este regime de tratamento;

II – seu término dar-se-á por determinação do médico responsável ou por solicitação escrita da pessoa que deseje interromper o tratamento.

§ 5º A internação involuntária:

I – deve ser realizada após a formalização da decisão por médico responsável;

II – será indicada depois da avaliação sobre o tipo de droga utilizada, o padrão de uso e na hipótese comprovada da impossibilidade de utilização de outras alternativas terapêuticas previstas na rede de atenção à saúde;

III – perdurará apenas pelo tempo necessário à desintoxicação, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, tendo seu término determinado pelo médico responsável;

IV – a família ou o representante legal poderá, a qualquer tempo, requerer ao médico a interrupção do tratamento.

§ 6º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

§ 7º Todas as internações e altas de que trata esta Lei deverão ser informadas, em, no máximo, de 72 (setenta e duas) horas, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e a outros órgãos de fiscalização, por meio de sistema informatizado único, na forma do regulamento desta Lei.

§ 8º É garantido o sigilo das informações disponíveis no sistema referido no § 7º e o acesso será permitido apenas às pessoas autorizadas a conhecê-las, sob pena de responsabilidade.

§ 9º É vedada a realização de qualquer modalidade de internação nas comunidades terapêuticas acolhedoras.

§ 10. O planejamento e a execução do projeto terapêutico individual deverão observar, no que couber, o previsto na Lei n.º 10.216, de 6 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental”. (LEI n.º 13.840, de 5 de junho de

2019 [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13840.htm).

Já em Portugal, interessante notar a existência do Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências (SICAD). Esclarece o *site* a respeito da criação e objetivos do referido órgão:

“Com a publicação da nova orgânica do Ministério da Saúde, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 124/2011, de 29 de dezembro, o Governo procedeu à criação do Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências (SICAD), extinguindo, em consequência, o Instituto da Droga e da Toxicodependência, I. P., cometendo às Administrações Regionais de Saúde, I. P. a componente de operacionalização das políticas de saúde.

O diploma orgânico do SICAD, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 17/2012, de 26 de janeiro, concretiza uma inovação assente na opção de reforço da componente de planeamento e acompanhamento de programas de redução do consumo de substâncias psicoativas, na prevenção dos comportamentos aditivos e na diminuição das dependências. Por sua vez, a componente de operacionalização das intervenções é concentrada no âmbito de atuação das Administrações Regionais de Saúde (ARS). Embora o SICAD, não tenha agora, responsabilidade direta sobre os serviços de intervenção local, é também para eles que o SICAD desenvolverá instrumentos técnicos normativos e linhas de orientação que garantam e sustentem boas práticas de forma mais alargada. Dar-se-á início a um novo ciclo, agora com o alargamento das competências aos comportamentos aditivos às dependências em geral, o que implicará o envolvimento de novos parceiros, bem de novas estratégias de atuação. O desafio que se coloca ao SICAD é o de, no quadro das mudanças introduzidas e sem perder a qualidade até aqui alcançada, conseguir contribuir para o alargamento do âmbito da intervenção rentabilizando e potenciando a utilização dos recursos existentes.” (SICAD - Histórico [Em linha]. [Consult. 10 jan. 2020]. Disponível em WWW: <http://www.sicad.pt/PT/Institucional/Historico/Paginas/default.aspx>).

Ainda em Portugal, esclarece o *site* acima referido a respeito do tratamento aos toxicodependentes, *verbis*:

“À luz da recente reorganização dos cuidados a prestar à população no que respeita aos comportamentos aditivos e a dependência, o acesso ao tratamento alargou-se envolvendo não só as estruturas especializadas, como também os Cuidados de Saúde Primários. Várias unidades e serviços públicos e privados estão articulados de modo a poder responder de forma integrada à problemática global dos Comportamentos Aditivos e Dependências.

A organização destas respostas globais e integradas aos comportamentos aditivos e dependências assume a forma de uma “Rede de Referência / Articulação no âmbito dos comportamentos aditivos e das dependências”, que pode ser consultada clicando em Rede Referência.

De acordo com essa organização, o acesso ao tratamento poderá ocorrer de diferentes formas:

Por iniciativa própria, dirigindo-se ao seu Centro de Saúde / Unidade de Saúde Familiar, ou a uma das estruturas especializadas em tratamento dos comportamentos aditivos e dependências da sua zona de residência. Para esse efeito, pode consultar os links abaixo disponibilizados ou recorrer à Linha Vida. Região Norte; Região Centro; Região Lisboa e Vale do Tejo; Região Alentejo; Região Algarve.

Por referência: a identificação da necessidade de avaliação e tratamento de uma situação relacionada com comportamentos aditivos e dependências pode surgir a partir do contato do cidadão com entidades e agentes sociais diversos, operando na área da saúde e/ou outras:

A partir de uma consulta de medicina de saúde familiar, saúde ocupacional ou de outra especialidade, em espaço de consulta ou de episódio de urgência, quando o médico avalia, no âmbito das medidas de diagnóstico, a existência de consumo de risco, nocivo ou mesmo dependência de substâncias lícitas ou ilícitas;

A referência pode igualmente ocorrer através dos dispositivos que operam na área de Redução de Riscos e Minimização de Danos dos comportamentos aditivos e das dependências que intervêm em diferentes contextos. Assim, e em contexto comunitário, a intervenção por parte destas estruturas tem habitualmente a ver com a referência de utentes com níveis elevados de gravidade de consumo – Dependência, e que se encontram afastados dos cuidados de saúde especializados de que necessitam. A nível de outras situações, como é o caso da intervenção em contextos recreativos, podem estas equipas identificar e encaminhar para estruturas de cuidados diferenciados no âmbito dos comportamentos aditivos e dependências consumidores de substâncias psicoativas que evidenciem comportamentos aditivos que apontem para risco imediato para a saúde, ou que apontem para a possibilidade de evolução para níveis mais elevados de risco, ou mesmo a dependência;

Pelas Comissões para a Dissuasão da Toxicodependência, no decurso da avaliação dos consumidores de substâncias psicoativas ilícitas indiciados pelas forças de segurança;

Por entidades que operam no âmbito comunitário e social, no âmbito das forças de segurança, do sistema educativo, da Segurança Social, as quais no domínio da sua intervenção específica junto dos cidadãos aos quais prestam serviços, identificam situações para as quais estará indicado a avaliação e eventual intervenção no âmbito dos comportamentos aditivos e das dependências.

Por determinação judicial: face à lei penal portuguesa que prevê, no que se refere às medidas alternativas à prisão para cidadãos condenados com comportamentos aditivos e dependências, a injunção para tratamento. Esta

recusa, a nosso ver, a solução a curto prazo será afastá-lo temporariamente de suas atividades (com reavaliação posterior) e até mudá-lo de função caso aquela em que se encontra acarrete risco para si e para terceiros. Ainda, em caso de recusa persistente em se tratar e aceitar a ajuda necessária, na hipótese de o trabalhador laborar em atividades que gerem risco para si e terceiros, há até mesmo a possibilidade de o empregador desligá-lo por justa causa em virtude de descumprimento de normas de segurança da empresa. Respeito e reconhecimento por parte da empresa devem existir, de modo a sempre priorizar o tratamento e a segurança no emprego. Contudo, deve ficar claro que essa AJUDA em RESPEITO à situação médica e clínica do indivíduo não deve se sobrepor à segurança deste ou de terceiros. O próprio indivíduo deve contribuir para seu tratamento e solução da questão. Nesse sentido, se o trabalhador atua na empresa em atividade de risco para si e para terceiros, no caso de recusa, não restará para a empresa senão o direito de respeitar a decisão do trabalhador de prosseguir naquela dependência. Em contrapartida, a empresa possui o direito de desligar o trabalhador cuja conduta não condiz com a boa-fé e lealdade que devem existir na relação de emprego, não sendo isso uma atitude discriminatória, por visar proteger interesses maiores como a vida e segurança do próprio

pode surgir na fase de decisão judicial sobre a pena, na avaliação da liberdade condicional, ou durante a execução da pena, e pode determinar a inserção do cidadão em diferentes tipos de programa, em ambulatório ou em internamento.” (grifo nosso). (Disponível em <http://www.sicad.pt/PT/Intervencao/TratamentoMais/SitePages/ComoIniciaTratamento.aspx>. Último acesso em 10/01/2020).

Por fim, note-se que, também em Portugal, o tratamento pode abordar diversas fases ou programas, desde consultas de psicologia, atendimento de enfermagem, tratamentos com medicamentos, centros de dia (“*estruturas de apoio ao tratamento e à reinserção, essenciais em determinadas fases do projeto terapêutico, que visam a ressocialização, o desenvolvimento pessoal, a aquisição e o treino de competências sociais, com vista à reinserção social dos indivíduos*”), unidades de desabilitação (“*unidades de internamentos programados de curta duração – 7 a 10 dias, podendo ir até 20 dias em situações de comorbilidade–, onde através de uma abordagem psicofarmacológica, de apoio psicoterapêutico e educação para a saúde, se promove o tratamento do síndrome de privação em utentes que não dispõem de condições individuais ou sociais para o fazer em regime ambulatório*”), comunidades terapêuticas (“*unidades Especializadas de Tratamento Residencial de longa duração – habitualmente com a duração de 3 a 12 meses–, em regime de internamento, onde através de apoio psicoterapêutico e socioterapêutico se procura ajudar à reorganização do mundo interno dos utentes, e a perspetivar o seu futuro*”), unidades de alcoologia (“*unidades especializados no tratamento de perturbações relacionadas com o álcool, a quem compete prestar cuidados mais diferenciados e integrados, a utentes com problemas de consumo nocivo e de dependência do álcool, moderada a grave*”), dentre outros serviços de saúde mental e clínica disponíveis. A respeito, vide conceituação em: SICAD - *Modelos, respostas e intervenções* [Em linha]. [Consult. 10 jan. 2020]. Disponível em WWW: <http://www.sicad.pt/PT/Intervencao/TratamentoMais/SitePages/ModelosRespostas.aspx>.

trabalhador ou de terceiros. Sobre o tema, explicita DRAY⁸⁰⁹ citando o tratamento da questão em Portugal:

“Em princípio, os factos e comportamentos que integram a esfera privada do trabalhador não relevam para efeitos de justa causa de despedimento: assim sucede, nomeadamente, com aspectos que se relacionam com a vida familiar, sexual ou o estado de saúde dos trabalhadores, com a gravidez e a maternidade, o alcoolismo e a toxicodependência.

Em certos casos, porém, quando tais factos e circunstâncias sejam susceptíveis de pôr em causa o bom nome, a imagem ou a honorabilidade do empregador, quando a relação de confiança entre as partes seja irremediavelmente afectada ou quando tais comportamentos tornem praticamente inviável a subsistência da relação laboral pelos reflexos causados no serviço e ambiente de trabalho, o despedimento com justa causa pode excepcionalmente justificar-se, reunidos que estejam os pressupostos dos artigos 396º e 411º.

Assim sucederá, nomeadamente, quando a actuação do trabalhador envolva a violação de deveres laborais acessórios, máxime de lealdade, urbanidade e probidade, ou quando tais comportamentos sejam susceptíveis de pôr em causa, de forma efectiva ou potencial, o zelo e diligência devidos na execução do contrato de trabalho – v.g. por força do consumo de álcool ou de drogas”.

Adicionalmente ao exposto acima, a respeito da importância dos PROGRAMAS DE PREVENÇÃO DE ÁLCOOL E DROGAS para ajudar a empresa a lidar com a situação do toxicodependente e assumir uma atitude PRÓ-ATIVA de respeito, reconhecimento, mas, ao mesmo tempo, de PREVENÇÃO E TUTELA DE UM MEIO AMBIENTE LABORAL SEGURO PARA A PRÓPRIA SAÚDE, SEGURANÇA E INTEGRIDADE FÍSICA DO TRABALHADOR E DE TERCEIROS, citamos as lições de TEODORO e NOGUEIRA⁸¹⁰ em artigo intitulado *A questão dos trabalhadores toxicodependentes sob o prisma da teoria do reconhecimento de Axel Honneth. Direito Humano ao Trabalho e sua pretensão de validade universal*:

“Neste contexto, a empresa também ocupa importante papel na (re)inserção social do trabalhador toxicodependente, não só em termos de acesso ao emprego, mas, também mediante a oferta de meios de manutenção do emprego aliados a tratamento da enfermidade da dependência química.

A Empresa Brasileira de Aeronáutica –Embraer – é pioneira na criação de programas de combate à dependência química dos trabalhadores. Criado em 1999, o denominado Programa de Controle e Recuperação do Dependente Químico’, o projeto da EMBRAER promove campanhas internas, promovidas por médicos do trabalho e psicólogas, que incentivam a busca por tratamento de conscientização dos riscos da dependência química no ambiente de trabalho.

A relevância deste investimento pela empresa reflete na produtividade. Dados da American Management Association - AMA mostram que 65% dos acidentes de

⁸⁰⁹ DRAY, Guilherme Machado - *Direitos de Personalidade: anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 76.

⁸¹⁰ TEODORO, Maria Cecília Máximo; NOGUEIRA, Sabrina Colares - A questão dos trabalhadores toxicodependentes sob o prisma da teoria do reconhecimento de Axel Honneth. *Direito Humano ao Trabalho e sua pretensão de validade universal*. In *Conpedi Law Review*. Madrid. Vol. 1, n.º 5, (jun. 2016), p. 69-94. [Consult. 21 nov. 2019]. Disponível em WWW: http://portaltutor.com/index.php/conpedireview_old/article/view/110/104. p. 88-89.

trabalho nos Estados Unidos estão ligados ao uso de álcool e de outras drogas e que o custo anual, somando perdas patrimoniais, acidentes de trabalho, baixa produtividade e despesas médicas, entre outros fatores que envolvem usuários de drogas, foi de US\$ 180 bilhões nos Estados Unidos em 2013. No Brasil, projeções da associação americana chegaram a cerca de US\$ 19 bilhões.

Por outro lado, os programas de combate e prevenção do uso de drogas não demandam altos investimentos. Dados do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID – mostram que, para cada dólar investido pelas empresas em tratamento a dependentes químicos, existe um ganho de US\$ 3, a redução de 91% das faltas, diminuição de 88% dos problemas disciplinares e 97% menos casos de acidentes de trabalho.

Portanto, não basta mais que a empresa simplesmente cumpra as obrigações contratuais e legais. É preciso que os detentores dos meios de produção se conscientizem de seu papel na sociedade, atuando em prol da sociedade, reconhecendo e efetivando direitos.

Tais procedimentos fundamentam-se na função social da empresa, esculpido na Constituição Federal e, neste caso, interpretado no sentido de que a empresa deve proporcionar ao seu empregado um tratamento digno para que o mesmo possa ser reconhecido e (re) inserido socialmente”.

Logo, tendo tais premissas como **norte** e reconhecendo e respeitando que o toxicodependente possui um problema de saúde, mas, ao mesmo tempo, reconhecendo que o empregador possui um dever de zelar pela saúde não só desse trabalhador, mas de terceiros e de manter um ambiente laboral seguro e livre de acidentes, estando tais atribuições, inclusive, inseridas no seu poder diretivo; apresentamos, a seguir, uma proposta para a compatibilização entre os direitos e poderes do empregador e o direito à intimidade do empregado, no que diz respeito à realização de exames toxicológicos no ambiente de trabalho, com diretrizes para o melhor encaminhamento da questão.

Destaca-se que, através dessa proposta, buscar-se-á, ainda, a compatibilização necessária entre o direito à intimidade do indivíduo toxicodependente de ter seu estado de saúde e sua integridade física respeitadas nas diversas situações ou fases contratuais, memorando-se que “a intimidade continua sendo apresentada como uma esfera de liberdade quase que absoluta – e se não é o completamente, isso se deve a ‘influências’ e ‘penetrações’ da lógica de esferas sociais alheias...”⁸¹¹.

No mesmo sentido, já lecionou BARBAS, ao tratar da inexistência de um direito absoluto quando envolve a privacidade, que “o indivíduo não está isolado num mundo à parte, numa ilha; ele pertence a uma família, a um grupo, a uma sociedade, pelo que é necessário ponderar os interesses de terceiros envolvidos”.⁸¹²

Assim, estabelecidas todas as bases legais, doutrinárias, principiológicas e jurisprudenciais que julgamos relevantes destacar na presente tese de doutoramento a respeito

⁸¹¹ SILVA, Felipe Gonçalves - Um ponto cego no pensamento político? Teoria crítica e a democratização da intimidade. In MELO, Rúion - *A teoria crítica de Axel Honneth: reconhecimento, liberdade e justiça*. São Paulo: Saraiva, 2013. Parte II, p. 216.

⁸¹² BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - *Direito do Genoma Humano*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 438.

do tema exames toxicológicos no ambiente laboral, apresentamos nossa proposição de uma **teoria direcional** que visa, pela compatibilização entre o direito à intimidade do trabalhador e o poder diretivo do empregador, **indicar diretrizes**⁸¹³ para os empregadores realizarem seus programas de prevenção e tratamento de álcool e drogas, tudo tendo como **norte** ou **bússola orientativa** a saúde do trabalhador e de terceiros, entendida essa como sua vida, segurança e integridade física e, ainda, o seu reconhecimento como ser humano digno.

Esclareça-se, desde já, que tal proposição, dividida em **atividades de rotina** e **atividades de risco**, não se exime de críticas e/ou sugestões de aprimoramento, o que deixamos para os que nos sucederem no estudo do tema:

1. Atividades de rotina

Nas atividades ditas de rotina, em que o empregado não labora em função de risco para si ou para terceiros, entendemos que, além da questão da possibilidade, ou não, de realização de exames toxicológicos sempre preceder ao consentimento livre do trabalhador, eventuais recusas destes a se submeterem a exames médicos ou tratamento, caso constatada a toxicodependência, não poderiam, por si só, acarretar despedimento pelo empregador, seja no Brasil seja em Portugal.

Isso porque, consoante destacado, o artigo 53º da CRP assegura aos empregados a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos, além dos preceitos legais que garantem seu direito à preservação da intimidade da vida privada e não discriminação regulamentada no artigo 26º CRP. Idem no quadro jurídico laboral brasileiro, em que, do mesmo modo, ficam assegurados o direito à intimidade e não discriminação e em que, conforme visto, a toxicodependência tem sido reconhecida como um problema de saúde e, assim, deve ensejar o tratamento e não a dispensa.

Nesse cenário, em que não há risco de vida e segurança para o próprio trabalhador ou para terceiros, entendemos que não se justifica que o poder diretivo do empregador na realização dos exames toxicológicos se sobreponha ao direito à intimidade do empregado ou mesmo ao seu direito quanto à segurança no emprego e não discriminação.

Logo, em ATIVIDADES DE ROTINA, entendemos que a realização dos exames toxicológicos na empresa e suas consequências no bojo do contrato de emprego devem assim ser estabelecidas nas diversas FASES DO CONTRATO DE TRABALHO ou situações abaixo:

⁸¹³ Note-se que as **diretrizes cardiais globais** já foram abordadas no item 5.7 do capítulo anterior.

A) Por ocasião dos exames admissionais:

a.1 Não pode o empregador exigir a realização de testes ou exames toxicológicos por ocasião dos exames admissionais em atividades de rotina. Nesse caso, o direito à preservação da intimidade da vida privada prevalece sobre o poder diretivo do empregador.

B) Por ocasião dos exames periódicos:

b.1 Não pode o empregador exigir a realização de testes ou exames toxicológicos por ocasião dos exames periódicos em atividades de rotina. Nesse caso, o direito à preservação da intimidade da vida privada prevalece sobre o poder diretivo do empregador.

C) Por ocasião dos exames de retorno ao trabalho:

c.1 Não pode o empregador exigir a realização de testes ou exames toxicológicos por ocasião dos exames de retorno ao trabalho em atividades de rotina. Nesse caso, o direito à preservação da intimidade da vida privada prevalece sobre o poder diretivo do empregador.

D) Por ocasião dos exames demissionais:

d.1 Não pode o empregador exigir a realização de testes ou exames toxicológicos por ocasião dos exames demissionais em atividades de rotina. Nesse caso, o direito à preservação da intimidade da vida privada prevalece sobre o poder diretivo do empregador.

E) Em situação de pós-acidentes:

e.1 Em situações em que o empregado se envolva em acidente dentro da empresa e exista, previamente, um Programa de Prevenção de Álcool e Drogas na empresa, entendemos que se justifica a possibilidade de realização de exames toxicológicos pós-acidente até para que o empregador possa, eventualmente, defender-se do acidente ocorrido. Nessa hipótese, entendemos que o direito à intimidade da reserva da vida privada deve ser afastado para que seja possível um caráter investigativo do acidente, objetivando evitar novos acidentes e justificando-se, ainda mais, pelo fato de que o empregador pode vir a responder civil e criminalmente pelos acidentes de trabalho, possibilitando seu direito de defesa amplo.

Logicamente, nessa situação, deve-se observar: as diretrizes **cardeais** de um Programa de Prevenção de Álcool e Drogas citadas no capítulo 5, item 5.7, da presente tese; o consentimento prévio e livre do empregado e o resultado do exame deve ficar restrito ao médico responsável e serviços médicos da empresa e o trabalhador deverá ser orientado para o tratamento em caso de resultado positivo.

Em caso de recusa do empregado à submissão ao teste (direito do empregado), o empregador poderá invocar em sua defesa quanto ao acidente ocorrido dúvida a respeito da situação clínica do trabalhador e sua eventual culpa/responsabilidade. No caso de

questionamento judicial sobre a culpa/responsabilidade do empregador pelo acidente, este pode solicitar a exibição judicial do resultado dos exames para sua defesa sendo que o prontuário médico somente será exibido mediante ordem judicial.

F) Baseado em suspeitas justificadas:

f.1 Como regra, entendemos que não pode o empregador exigir a realização de testes ou exames toxicológicos, de forma dirigida, a determinado empregado, sem observância da aleatoriedade de um sorteio que deve presidir um Programa de Prevenção de Álcool e Drogas em atividades de rotina. Nesse caso, o direito à preservação da intimidade da vida privada prevalece sobre o poder diretivo do empregador, e haveria risco de questionamentos de perseguição ou discriminação que devem ser evitadas.

G) Exames aleatórios:

g.1 Dentro de um Programa de Prevenção de Álcool e Drogas prévio na empresa, entendemos que se justifica a possibilidade de realização de exames toxicológicos de forma aleatória (mediante sorteio não dirigido) no ambiente laboral.

Nessa hipótese, entendemos que o direito à intimidade da reserva da vida privada deve ceder para permitir a realização de exames toxicológicos no ambiente laboral frente aos benefícios maiores de uma política de prevenção e tratamento de álcool e drogas que visa, essencialmente, preservar a saúde do próprio trabalhador, dentro dos deveres do empregador de zelar pela preservação da mesma. Logicamente, nessa situação, deve-se observar: as diretrizes **cardiais** de um Programa de Prevenção de Álcool e Drogas citadas no capítulo 5, item 5.7, da presente tese; o consentimento prévio e livre do empregado e o resultado do exame deve ficar restrito ao médico responsável e serviços médicos da empresa e o trabalhador deverá ser orientado para o tratamento em caso de resultado positivo. Contudo, releva notar que, havendo interferência da situação médica/clínica no desempenho do empregado e se recusando este a se submeter a tratamento médico ofertado e/ou direcionado pelo empregador para melhoria de sua condição, entendemos que pode haver a aplicação de penalidades no intuito de educar o empregado. A depender da evolução da situação do empregado e das interferências de sua toxicodependência nas atividades laborais, poderá, inclusive, haver a aplicação de penalidades como advertência, suspensão, entre outras, conforme a análise do caso concreto e o enquadramento da conduta em faltas tipificadas na legislação local.

2. Atividades de risco (graus 3 e 4 assim definidos pela NR-4 do Ministério do Trabalho brasileiro):

Nas atividades de risco em que eventual labor do empregado ou ingresso no ambiente da empresa para a realização de suas atividades possa gerar um risco em relação à segurança e vida do próprio trabalhador e de terceiros, entendemos que as regras quanto à realização dos exames toxicológicos e consequências advindas da recusa do empregado são diversas do que as previstas nas atividades de rotina.

Isso porque, em que pese o direito à intimidade, bem como o direito do empregado quanto à segurança no emprego/valorização do emprego, existe um enorme risco de que possa ocorrer um acidente.

Nesse sentido, dentro do dever do empregador de zelar por um ambiente de trabalho seguro e dentro do dever do empregado de colaborar com essas diretrizes, entendemos que, caso o empregado não respeite as normas ou diretrizes da empresa previstas em um Programa Prévio de Prevenção de Álcool e Drogas, inclusive se submetendo aos testes e exames médicos, poderá, inclusive, ocorrer seu despedimento por justa causa diante da necessidade de que se prevaleçam princípios maiores, como a preservação da vida do empregado ou de terceiros, consoante será melhor detalhado adiante, sem que tais fatos sejam considerados discriminação de qualquer espécie nem violação ao princípio da segurança no emprego.

Nas palavras sábias de BERNARDO XAVIER⁸¹⁴, existem situações que necessitam de uma “harmonização ou «concordância prática», entre os valores da segurança no emprego e outros, igualmente presentes no ordenamento constitucional português”.

Logo, em ATIVIDADES DE RISCO, entendemos que a realização dos exames toxicológicos na empresa e suas consequências no bojo do contrato de emprego devem assim ser estabelecidas nas diversas FASES DO CONTRATO DE TRABALHO ou situações abaixo:

A) Por ocasião dos exames admissionais:

a.1 Entendemos que o empregador pode exigir a apresentação de exames toxicológicos por ocasião dos exames admissionais em atividades de risco. Nesse caso, deve o empregador sempre fornecer a justificativa por escrito ao candidato ao emprego, como estabelece a legislação portuguesa no artigo 19º do Código do Trabalho. Nessa hipótese, a exigência do exame toxicológico justifica-se não só por ser direito do empregado ter sua saúde assegurada

⁸¹⁴ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. A extinção do contrato de trabalho. O princípio Constitucional da Segurança no Emprego. As formas de extinção. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n. os ¾ (1989). p. 399-482, p. 410.

quanto por ser dever do empregador zelar pela saúde do próprio trabalhador e de terceiros. A ponderação de valores ou princípios colidentes e o princípio da razoabilidade, no caso, autorizam que o poder diretivo do empregador se sobreponha, desde que respeitadas as premissas abaixo.

Nesse contexto, devem ser observadas pela empresa as diretrizes **cardeais** para o Programa de Prevenção de Álcool e Drogas citadas no capítulo 5, item 5.7, bem como todos os candidatos à vaga devem estar cientes, previamente, de que se trata de um requisito para a **aptidão**, podendo estes optar, ou não, por prosseguir no processo seletivo (direito de recusa) caso não queiram realizar os exames toxicológicos exigidos para a vaga, diante do direito à intimidade.

B) Por ocasião dos exames periódicos:

b.1 Entendemos que o empregador pode exigir a realização de exames toxicológicos por ocasião dos exames periódicos em atividades de risco dentro de um Programa Prévio de Prevenção de Álcool e Drogas, haja vista que o risco da atividade/função assim o justifica. Nesse caso, prevalecem o direito do empregado à saúde; o dever do empregador de zelar pela saúde e segurança do próprio trabalhador e de terceiros, havendo a ponderação de valores e princípios, no contexto do princípio da razoabilidade, de forma a permitir o exercício do poder diretivo do empregador, desde que respeitadas as premissas abaixo.

Nesse contexto, devem ser observadas pela empresa as diretrizes **cardeais** para o Programa de Prevenção de Álcool e Drogas citadas no capítulo 5, item 5.7, bem como deve haver o consentimento prévio e livre do empregado para a subsunção ao teste.

Em caso de não subsunção ao teste (direito do empregado), o empregador deve respeitar. Contudo, no dia, por cautela, o empregado deve retornar para casa (não trabalhar).

Pela razoabilidade, entendemos que, havendo mais de 2 recusas injustificadas ao exame, na terceira a empresa pode descontar o dia do trabalho, desde que tudo esteja regulamentado previamente em sua Política de Prevenção. O resultado do exame, caso realizado, deve ficar restrito ao médico e serviços médicos da empresa, e o trabalhador deve ser orientado para o tratamento se o resultado do exame for positivo. Nesse caso, a empresa deve, primeiramente, ofertar ao empregado o tratamento (público ou privado), reconhecendo e respeitando-o em sua condição de toxicodependente como doença de ordem mundial.

Havendo uma primeira recusa a tratamento, a empresa pode alterar a função do empregado, de forma unilateral, retirando-o da atividade de risco. Em atendimento ao princípio da razoabilidade, havendo uma segunda recusa injustificada a tratamento e após a tentativa da

empresa de educar e orientar o empregado para adequação às suas políticas de segurança, entendemos pela possibilidade de que haja o despedimento do empregado, por justa causa, em virtude de descumprimento de normas de medicina e segurança do trabalho do empregador, podendo enquadrar-se, em Portugal, no disposto no artigo 351º, inciso “h” do Código do Trabalho de Portugal, ou seja “falta culposa de observância de regras de segurança e saúde no trabalho” e, no Brasil, no artigo 482, inciso “h”, ou seja, ato de indisciplina que configura descumprimento de normas gerais do empregador.

C) Por ocasião dos exames de retorno ao trabalho:

c.1 Entendemos que o empregador pode exigir a realização de exames toxicológicos por ocasião dos exames de retorno ao trabalho em atividades de risco dentro de um Programa Prévio de Prevenção de Álcool e Drogas, haja vista que o risco da atividade/função assim o justifica. Nesse caso, prevalecem o direito do empregado à saúde; o dever do empregador de zelar pela saúde e segurança do próprio trabalhador e de terceiros, havendo a ponderação de valores e princípios, no contexto do princípio da razoabilidade, de forma a permitir o exercício do poder diretivo do empregador, desde que respeitadas as premissas abaixo. Nesse contexto, devem ser observadas pela empresa as diretrizes cardeais para o Programa de Prevenção de Álcool e Drogas citadas no capítulo 5, item 5.7, bem como deve haver o consentimento prévio e livre do empregado para a subsunção ao teste. Em caso de não subsunção ao teste (direito do empregado), o empregador deve respeitar. Contudo, no dia, por cautela, o empregado deve retornar para casa (não trabalhar).

Pela razoabilidade, entendemos que, havendo mais de 2 recusas injustificadas ao exame, na terceira a empresa pode descontar o dia do trabalho, desde que tudo esteja regulamentado previamente em sua Política de Prevenção. O resultado do exame, caso realizado, deve ficar restrito ao médico e serviços médicos da empresa, e o trabalhador deve ser orientado para o tratamento se o resultado do exame for positivo. Nesse caso, a empresa deve, primeiramente, ofertar ao empregado o tratamento (público ou privado), reconhecendo e respeitando-o em sua condição de toxicodependente como doença de ordem mundial. Havendo uma primeira recusa a tratamento, a empresa pode alterar a função do empregado, de forma unilateral, retirando-o da atividade de risco. Em atendimento ao princípio da razoabilidade, havendo uma segunda recusa injustificada a tratamento e após a tentativa da empresa de educar e orientar o empregado para adequação às suas políticas de segurança, entendemos pela possibilidade de que haja o despedimento do empregado, por justa causa, em virtude de descumprimento de normas de medicina e segurança do trabalho do empregador, podendo enquadrar-se, em Portugal, no disposto no artigo 351º, inciso “h” do Código do Trabalho de Portugal, ou seja “falta culposa

de observância de regras de segurança e saúde no trabalho” e, no Brasil, no artigo 482, inciso “h”, ou seja, ato de indisciplina que configura descumprimento de normas gerais do empregador.

D) Por ocasião dos exames demissionais:

d.1 Não pode o empregador exigir a realização de testes ou exames toxicológicos por ocasião dos exames demissionais em atividades de risco. Nesse caso, o direito à preservação da intimidade da vida privada prevalece sobre o poder diretivo do empregador, já que o contrato de emprego está sendo rescindido e não haverá trabalho mais do empregado nas atividades de risco que justificariam uma mitigação do direito do mesmo à intimidade.

E) Em situação de pós-acidentes:

e.1 Em situações em que o empregado se envolva em acidente dentro da empresa e exista um Programa prévio de Prevenção de Álcool e Drogas na empresa, entendemos que se justifica a possibilidade de realização de exames toxicológicos pós-acidente, até para que o empregador possa, eventualmente, defender-se do acidente ocorrido. Nessa hipótese, entendemos que o direito à intimidade da reserva da vida privada deve ser afastado para que seja possível um caráter investigativo do acidente, objetivando evitar novos acidentes e justificando-se, ainda mais, pelo fato de que o empregador pode vir a responder civil e criminalmente pelos acidentes de trabalho, possibilitando seu direito de defesa amplo.

Nesse caso, o risco da atividade/função justifica ainda mais, mormente que, em tais situações, eventuais acidentes costumam ter grandes proporções. Justifica-se, ainda, o exercício do poder diretivo do empregador nessa situação em virtude do dever do empregador de zelar pela saúde e segurança de terceiros, dentro dos princípios da razoabilidade.

Logicamente, nessa situação, deve-se observar: as diretrizes cardeais de um Programa de Prevenção de Álcool e Drogas citadas no capítulo 5, item 5.7, da presente tese; o consentimento prévio e livre do empregado.

Em caso de recusa do empregado à submissão ao teste (direito do empregado), o empregador poderá invocar em sua defesa quanto ao acidente ocorrido dúvida a respeito da situação clínica do trabalhador e sua eventual culpa/responsabilidade. No caso de questionamento judicial sobre a culpa/responsabilidade do empregador pelo acidente, este pode solicitar a exibição judicial do resultado dos exames para sua defesa, sendo que o prontuário médico somente será exibido mediante ordem judicial. O resultado do exame, caso realizado, deve ficar restrito ao médico e serviços médicos da empresa, e o trabalhador deve ser orientado para o tratamento se o resultado do exame for positivo. Nesse caso, a empresa deve,

primeiramente, ofertar ao empregado o tratamento (público ou privado), reconhecendo e respeitando-o em sua condição de toxicodependente como doença de ordem mundial.

Havendo uma primeira recusa a tratamento, a empresa pode alterar a função do empregado, de forma unilateral, retirando-o da atividade de risco.

Em atendimento ao princípio da razoabilidade, havendo uma segunda recusa injustificada a tratamento e após a tentativa da empresa de educar e orientar o empregado para adequação às suas políticas de segurança, entendemos pela possibilidade de que haja o despedimento do empregado, por justa causa, em virtude de descumprimento de normas de medicina e segurança do trabalho do empregador, podendo enquadrar-se, em Portugal, no disposto no artigo 351º, inciso “h” do Código do Trabalho de Portugal, ou seja “falta culposa de observância de regras de segurança e saúde no trabalho” e, no Brasil, no artigo 482, inciso “h”, ou seja, ato de indisciplina que configura descumprimento de normas gerais do empregador.

F) Baseado em suspeitas justificadas:

f.1 Entendemos que o empregador pode exigir a realização de exames toxicológicos com base em suspeitas justificadas em atividades de risco dentro de um Programa Prévio de Prevenção de Álcool e Drogas, haja vista que o risco da atividade/função assim o justifica. Nesse caso, prevalecem o direito do empregado à saúde; o dever do empregador de zelar pela saúde e segurança do próprio trabalhador e de terceiros, havendo a ponderação de valores e princípios, no contexto do princípio da razoabilidade, de forma a permitir o exercício do poder diretivo do empregador, desde que respeitadas as premissas abaixo.

Nesse contexto, devem ser observadas pela empresa as diretrizes **carduais** para o Programa de Prevenção de Álcool e Drogas citadas no capítulo 5, item 5.7, bem como deve haver o consentimento prévio e livre do empregado para a subsunção ao teste. Em caso de não subsunção ao teste (direito do empregado), o empregador deve respeitar. Contudo, no dia, por cautela, o empregado deve retornar para casa (não trabalhar).

Pela razoabilidade, entendemos que, havendo mais de 2 recusas injustificadas ao exame, na terceira a empresa pode descontar o dia do trabalho, desde que tudo esteja regulamentado previamente em sua Política de Prevenção. O resultado do exame, caso realizado, deve ficar restrito ao médico e serviços médicos da empresa, e o trabalhador deve ser orientado para o tratamento se o resultado for positivo. Nesse caso, a empresa deve, primeiramente, ofertar ao empregado o tratamento (público ou privado), reconhecendo e respeitando-o em sua condição de toxicodependente como doença de ordem mundial. Havendo uma primeira recusa a

tratamento, a empresa pode alterar a função do empregado, de forma unilateral, retirando-o da atividade de risco. Em atendimento ao princípio da razoabilidade, havendo uma segunda recusa injustificada a tratamento e após a tentativa da empresa de educar e orientar o empregado para adequação às suas políticas de segurança, entendemos pela possibilidade de que haja o despedimento do empregado, por justa causa, em virtude de descumprimento de normas de medicina e segurança do trabalho do empregador, podendo enquadrar-se, em Portugal, no disposto no artigo 351º, inciso “h” do Código do Trabalho de Portugal, ou seja “falta culposa de observância de regras de segurança e saúde no trabalho” e, no Brasil, no artigo 482, inciso “h”, ou seja, ato de indisciplina que configura descumprimento de normas gerais do empregador.

G)Exames aleatórios:

g.1 Entendemos que o empregador pode exigir a realização de exames toxicológicos de forma aleatória (não dirigida e mediante sorteio) em atividades de risco dentro de um Programa Prévio de Prevenção de Álcool e Drogas, haja vista que o risco da atividade/função assim o justifica. Nesse caso, prevalecem o direito do empregado à saúde; o dever do empregador de zelar pela saúde e segurança do próprio trabalhador e de terceiros, havendo a ponderação de valores e princípios, no contexto do princípio da razoabilidade, de forma a permitir o exercício do poder diretivo do empregador, desde que respeitadas as premissas abaixo. Nesse contexto, devem ser observadas pela empresa as diretrizes **cardeais** para o Programa de Prevenção de Álcool e Drogas citadas no capítulo 5, item 5.7, bem como deve haver o consentimento prévio e livre do empregado para a subsunção ao teste. Em caso de não subsunção ao teste (direito do empregado), o empregador deve respeitar. Contudo, no dia, por cautela, o empregado deve retornar para casa (não trabalhar).

Pela razoabilidade, entendemos que, havendo mais de 2 recusas injustificadas ao exame, na terceira a empresa pode descontar o dia do trabalho, desde que tudo esteja regulamentado previamente em sua Política de Prevenção. O resultado do exame, caso realizado, deve ficar restrito ao médico e serviços médicos da empresa, e o trabalhador deve ser orientado para o tratamento se o resultado for positivo. Nesse caso, a empresa deve, primeiramente, ofertar ao empregado o tratamento (público ou privado), reconhecendo e respeitando-o em sua condição de toxicodependente como doença de ordem mundial. Havendo uma primeira recusa a tratamento, a empresa pode alterar a função do empregado, de forma unilateral, retirando-o da atividade de risco. Em atendimento ao princípio da razoabilidade, havendo uma segunda recusa injustificada a tratamento e após a tentativa da empresa de educar e orientar o empregado para

adequação às suas políticas de segurança, entendemos pela possibilidade de que haja o despedimento do empregado, por justa causa, em virtude de descumprimento de normas de medicina e segurança do trabalho do empregador, podendo enquadrar-se, em Portugal, no disposto no artigo 351º, inciso “h” do Código do Trabalho de Portugal, ou seja “falta culposa de observância de regras de segurança e saúde no trabalho” e, no Brasil, no artigo 482, inciso “h”, ou seja, ato de indisciplina que configura descumprimento de normas gerais do empregador.

E, assim, caminhamos para o fim dos nossos estudos.

E, para tanto, não podemos nos esquecer das sábias palavras de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS⁸¹⁵, quando afirma que o sistema de justiça, nele compreendido o sistema de ensino e formação, não foram criados “para um processo de inovação, de ruptura, mas para um processo de continuidade e quando, muito, para fazer melhor o que sempre tinha feito”.

Não obstante, pondera o autor, devemos romper com esses sistemas, evoluir. Precisamos, como profissionais, estar constantemente nos estimulando para “novos desafios, para novos riscos”⁸¹⁶.

Portanto, se, com a presente tese, tivermos, ao menos, conseguido lançar um novo olhar sobre o tema, trazendo novas reflexões para as ciências jurídicas e ter atraído alguns olhares para a questão da prevenção quanto ao uso de álcool e drogas no ambiente laboral, de modo a instigar as empresas e trabalhadores a refletirem sobre a relevância de um programa que pode, inclusive, salvar vidas, eis que nossos objetivos terão sido atingidos.

Que venham novos olhares, inovadores ou não, acrescidos aos nossos; afinal:

“Sem a crença em que é possível captar a realidade com nossas construções teóricas, sem a crença na harmonia interna de nosso mundo, não poderá haver ciência. Esta crença é e será sempre o motivo fundamental de toda criação científica. Em todos os nossos esforços, em cada luta dramática entre as concepções antigas e as concepções novas, reconhecemos a aspiração de compreender, a crença sempre firme na harmonia de nosso mundo, continuamente reafirmada pelos obstáculos que se opõem à nossa compreensão”.⁸¹⁷

⁸¹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa - *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 100.

⁸¹⁶ *Idem*, p. 102.

⁸¹⁷ EINSTEIN, Albert - *A evolução das Idéias da Física*. 1978 apud MARTINS FILHO, Ives Gandra - *Manual Esquemático de Filosofia*. 3.ª ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 310.

7 CONCLUSÃO

Eis o momento de concluir. E concluir não significa encerrar. Significa finalizar, por ora.

Toda reflexão ou estudo é um universo infinito. Sempre poderá ir mais além, sempre poderá expandir, sempre poderá crescer e inovar.

Contudo, assim como nossa incipiente mente humana não consegue compreender, ainda, a imensidão do universo, necessitando, por vezes, estabelecer limites mais próximos de nossa capacidade intelectual atual, os estudos e conhecimentos a que nos propomos também se comportam de igual forma.

Em determinado momento, por mais instigante e estimulante que tenham sido os nossos estudos (como foi a elaboração da presente tese de doutoramento), é necessário demarcar, estabelecer limites e, humildemente, apresentar nossas conclusões, deixando para reflexões futuras, nossas ou de outros, novas ideias e novas descobertas.

Nessa difícil tarefa de estabelecer limites conclusivos, destacamos o que compreendemos nessa instigante caminhada realizada:

- I. Após a Segunda Guerra Mundial, diante das atrocidades nela cometidas, surge uma nova forma de pensar a Constituição: como garantidora de direitos humanísticos. Tal fase, denominada *neoconstitucionalismo*, é marcada pela centralidade da pessoa humana e garantia de seus direitos como ser humano. Valores como a dignidade da pessoa humana e a tutela aos direitos sociais, bem como os direitos de personalidade (igualdade, vida, honra, imagem, privacidade e intimidade, entre outros) despontam como relevantes no bojo das Constituições Democráticas.
- II. O constitucionalismo humanístico do pós-guerra, como não poderia deixar de ser, acabou por influenciar diversos diplomas normativos posteriores, estabelecendo novos paradigmas.
- III. No quadro jurídico laboral, tais paradigmas acabaram por influenciar o conceito e limites de poder do empregador, no âmbito da relação de emprego.
- IV. Na relação empregatícia, os poderes do empregador passam a possuir, como diretrizes norteadoras e limitadoras em sua aplicação, os direitos fundamentais, entre os quais a dignidade e a centralidade da pessoa humana, a reserva à intimidade da vida privada, a não discriminação.

- V. Outrossim, conceitos nitidamente vinculados ao poder económico sofreram nítida influência do novo constitucionalismo humanístico, irradiando efeitos que influenciaram o poder do empregador ou empregatício, sua atuação e limites no contexto da relação privada entre empregador e empregado.
- VI. Diversos conceitos constitucionais passaram, portanto, a atuar no sentido de restringir os poderes do empregador, tais como os conceitos de justiça social, função social da propriedade, função social do contrato, valorização do trabalho e do emprego, princípio da segurança e do bem-estar individual e coletivo.
- VII. Destarte, ao determinar que a ordem econômica deve obedecer aos ditames da justiça social e, ainda, ao estabelecer princípios que deverão ordenar essa mesma ordem econômica, como a busca do pleno emprego, a função social da propriedade, entre outros, a Constituição instituiu as diretrizes ou chaves mestras que devem orientar a atuação econômica, limitando ou restringindo o poder económico e, nesse sentido, buscando diminuir as disparidades geradas pelo sistema capitalista.
- VIII. Logo, foram estabelecidos, nos ordenamentos jurídicos influenciados pelo constitucionalismo humanístico do pós-guerra, patamares mínimos essenciais para os indivíduos no contexto atual dos avanços tecnológicos e económicos do sistema capitalista, inclusive no âmbito laboral e no cenário atual do constitucionalismo humanístico e social, despontando como um mecanismo relevante na imposição de diretrizes para o poder económico e, inclusive, no âmbito laboral, para o poder do empregador.
- IX. No contexto da relação laboral, sob esse novo paradigma, os poderes do empregador encontram seus limites e atenuações nos próprios direitos dos trabalhadores, incluídos neles – na moderna concepção do constitucionalismo do pós-guerra – os direitos fundamentais, tais como a sua dignidade, a valorização do trabalho, o direito à reserva da intimidade da vida privada, o direito à honra e imagem, entre outros.
- X. Os poderes do empregador de dirigir, organizar, fiscalizar e disciplinar as atividades da empresa, dentro do seu direito constitucional de livre iniciativa, continuam a ter enorme relevância para a direção dos objetivos sociais da empresa. Contudo precisam ter sua atuação compatibilizada com os direitos dos trabalhadores, entre os quais os direitos de personalidade, de modo a garantir a harmonia do ordenamento jurídico e o respeito aos princípios constitucionais

vigentes que asseguram a dignidade do ser humano, sua vida, segurança, integridade física, entre outros. O desrespeito, pelo empregador, de tais limites pode, inclusive, ensejar o direito de resistência do empregado.

- XI. Com efeito, a relação laboral, sendo naturalmente uma relação que envolve poderes, a todo momento apresenta situações práticas de conflitos em que os direitos dos seres humanos colidem entre si, a depender dos interesses existentes. O empregador é dotado de poderes que lhe permitem dirigir a empresa, em busca da consecução de seus objetivos finais de lucro, dentro da liberdade de iniciativa e do poder de propriedade sobre os meios de produção. Contudo tais poderes não são ilimitados.
- XII. Os empregados, apesar de terem deveres de obediência, também possuem prerrogativas que necessitam ser respeitadas, sob pena de cometimento de abusos. Logo, os direitos de personalidade do trabalhador também lhe conferem poderes que surgem como um mecanismo importante e necessário para a limitação dos poderes do empregador, evitando excessos.
- XIII. A harmonização desses poderes diametralmente opostos é, em suma, o grande desafio. De um lado, o poder de direção do empregador. De outro, os direitos dos empregados, incluindo seus direitos de personalidade.
- XIV. Essa aparente dicotomia ocasiona a necessidade de harmonização dos princípios envolvidos e valores tutelados, de forma a garantir a estabilidade. Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade despontam, assim, como importantes na busca dessa compatibilização em diversas situações fáticas que ocorrem, diariamente, nas relações entre empregadores e empregados.
- XV. Desse modo, citem-se situações fáticas que envolvem, por exemplo, as revistas íntimas em empregados; o controle sobre a utilização do uso de banheiros e sobre o tempo do empregado; o controle sobre a vida extralaboral do empregado, incluindo sua vida amorosa; a interferência na aparência física e vestimenta do empregado, na sua liberdade religiosa; o controle do empregador por meio de câmeras televisivas; utilização da imagem e do nome do trabalhador pelo empregador; o controle quanto ao uso de *e-mails* e demais correspondências, inclusive telefone; o controle quanto ao uso da internet pelo empregado, e, por fim, o controle quanto aos dados médicos e estado de saúde do empregado.
- XVI. Em todas as situações fáticas acima apontadas, o grande desafio é compatibilizar o direito que o empregador possui de dirigir sua empresa, em todos os seus

níveis, com os direitos que os empregados têm, por outro lado, de serem respeitados em sua intimidade, imagem, honra, *etc.*

- XVII. Uma das situações fáticas que despontam nesse contexto é a possibilidade e os limites quanto à realização dos exames toxicológicos no ambiente laboral.
- XVIII. Tal questão possui enorme relevância social, haja vista que a dependência em álcool e drogas é, atualmente, um problema de saúde de ordem mundial e, não raro, diversos acidentes de trabalho são ocasionados pelo uso de tais substâncias pelos trabalhadores.
- XIX. De fato, conforme a OIT, o abuso de álcool e substâncias ilícitas nos locais de trabalho acarreta diversas consequências, entre as quais, de acordo com o citado na presente tese, acidentes de trabalho, absenteísmo, falta de pontualidade, aumento de pressão para os colegas pela falta de desempenho satisfatório de suas tarefas, maior risco para a segurança do próprio trabalhador e terceiros, entre outros.
- XX. E, justamente porque a questão impacta diretamente na relação laboral, surge o questionamento de saber se os exames toxicológicos podem ser realizados no âmbito da relação de emprego em virtude dos poderes de direção do empregador – mormente pelo fato de que cabe ao empregador zelar e tutelar pela saúde dos trabalhadores –, e, em caso positivo, quais seriam os limites ou diretrizes para a garantia dos direitos dos trabalhadores.
- XXI. Da análise dos diplomas legais e diretrizes existentes sobre o tema, tanto no Direito português quanto no Direito brasileiro, podemos extrair, de forma geral, algumas diretrizes cardeais gerais para a realização de exames toxicológicos no ambiente laboral. Assim é que, partindo-se da premissa de que tais exames devam ser realizados no contexto da existência **prévia** de um programa de prevenção e tratamento de abuso de álcool e drogas nas empresas, alguns pontos parecem-nos essenciais como orientações gerais, quais sejam:
- (a) as políticas e programas devem ter como objetivo a prevenção, a redução e o tratamento dos dependentes. Campanhas de sensibilização e educação são essenciais. Programas de informação, instrução e formação sobre o álcool e drogas devem fazer parte, na medida do possível, de programas de saúde mais amplos na empresa, objetivando o fomento da segurança e local de trabalho;

- (b) os problemas relativos ao consumo de álcool e drogas devem ser considerados problemas de saúde, pelo que não pode haver discriminação. Os trabalhadores que estiverem em tratamento e reabilitação, regra geral, devem gozar de segurança normal do emprego e iguais oportunidades de promoção e transferência que demais trabalhadores;
- (c) a finalidade do tratamento de dados deve ser medicina preventiva e curativa;
- (d) políticas de prevenção e tratamento devem, preferencialmente, ser elaboradas com participação e sugestões de representantes dos trabalhadores, inclusive entidades sindicais, se for o caso, o que facilita sua implementação;
- (e) o envolvimento de lideranças e alta administração da empresa na elaboração e implementação do programa também é essencial, contribuindo para a credibilidade do programa, sua assertividade e aceitação pelos trabalhadores. Deve haver treinamento ou formação das pessoas envolvidas diretamente no programa para viabilizar sua implementação e aplicação;
- (f) pode ser realizado um mesmo programa para álcool e drogas;
- (g) o programa deve levar em consideração os recursos essenciais para sua aplicação prática, incluindo pessoas envolvidas, tempo e dinheiro;
- (h) recomenda-se, ainda, que o programa seja escrito (não sendo, contudo, condição essencial em empresas de menor porte) e contenha os seguintes itens: (i) sua fundamentação, ou seja, as razões que levam a sua criação, sendo razões que devem incluir questões relativas à segurança, saúde e bem-estar; (ii) seus objetivos e metas; (iii) seu âmbito de aplicação, de forma a envolver todos os trabalhadores e, ainda, se for o caso, suas famílias; (iv) informações que serão confidenciais; (v) os papéis e responsabilidades de cada um na implementação e aplicação do programa; (vi) as substâncias psicoativas abrangidas pelo programa; (vii) os tipos de atividades que a empresa disponibiliza para formação, sensibilização e educação dos trabalhadores quanto ao programa; (viii) os tipos de assistência disponíveis para os trabalhadores, incluindo

serviços de aconselhamento e eventual serviço de tratamento e reabilitação;

- (i) em relação às análises toxicológicas, estas envolvem um problema fundamental de ordem moral, ética e jurídica, sendo que, por esses motivos, deve ser verificada a justiça e oportunidade na sua realização. Logo, o programa deverá especificar se serão realizados exames toxicológicos, ou seja, análise de fluidos corporais para detecção de álcool ou drogas (de bafômetro, de sangue, de urina, por fios de cabelo ou semelhantes). Por ser essa uma questão controversa que depende de legislação nacional, deve ser verificada a lei a respeito, bem como regulamentos nacionais existentes e, caso autorizados, em que condições os exames toxicológicos serão feitos, incluindo quem será submetido a eles, com que frequência, quais substâncias são testadas, quais ações serão tomadas em caso de resultados positivos e os cuidados para a confidencialidade e privacidade de tais informações a respeito do trabalhador;
- (j) a política deve possuir restrições ou proibições idênticas para pessoal de direção e demais trabalhadores, ou seja, o tratamento deve ser de forma isonômica para trabalhadores em virtude de *status* na empresa;
- (k) o programa deve conter, também, iniciativas que envolvem não só o trabalhador em si, mas suas famílias, já que estas também são afetadas quando há a dependência;
- (l) instrumentos de autoavaliação a ser realizada pelo próprio trabalhador são ferramentas úteis para ajudá-lo a tomar consciência de que tem um problema com abuso de álcool e drogas;
- (m) como regra geral, os trabalhadores devem ser selecionados de forma aleatória para a realização dos exames;
- (n) a política poderá contemplar as formas e exames para detectar a presença de álcool e outras drogas no trabalho, fixados por escrito, juntamente com os esclarecimentos dos objetivos maiores da política, dando-se ciência aos envolvidos das técnicas de análise, obtendo-se o consenso mais amplo possível;

- (o) os métodos de detecção e diagnóstico devem oferecer a maior segurança e qualidade possível, escolhendo-se laboratórios especializados e imparciais. Deve ser assegurado o direito a contraprova;
- (p) deve-se analisar cautelosamente, através de consulta a médicos e profissionais especializados, quais substâncias e em que níveis serão consideradas ilícitas e levar em conta que há pessoas que somente consomem várias substâncias de forma esporádica e eventual, como álcool, medicamentos que exigem receitas, medicamentos de venda livre e drogas reguladas;
- (q) regra geral, a política deve considerar que a decisão sobre a necessidade do exame deve ter em conta o trabalho e a função exercida, pois, em alguns casos, a questão da intimidade prevalece sobre a necessidade de realizar os exames;
- (r) em alguns países, os trabalhadores têm o direito de escolher o seu próprio médico para fins do exame toxicológico e de ter acesso ao resultado do exame; em todo caso, devem ser informados desde a contratação quando a empresa mantém programa nesse sentido;
- (s) deve haver um sistema para garantir o caráter confidencial da informação relativa aos problemas relacionados com o consumo de álcool e drogas;
- (t) como medidas de proteção da intimidade dos trabalhadores e confidencialidade dos resultados dos exames, podem ser observadas as seguintes regras procedimentais: (i) manter em segredo a identidade do trabalhador; (ii) guardar o prontuário em lugar seguro; (iii) obter autorização expressa do trabalhador antes de comunicar os resultados de cada exame; (iv) certificar-se de que a autorização dada pelo trabalhador permite a comunicação do resultado a terceiros e, em caso afirmativo, quem são as pessoas, firmando o documento na presença de testemunhas e comunicando às partes interessadas as políticas relativas à confidencialidade do programa dos exames;
- (u) os dados relativos aos controlos de alcoolemia e de droga efetuados no âmbito das empresas são dados sensíveis por se relacionarem à vida privada e como tais merecem ser tratados. A confidencialidade desses dados e a não discriminação dos trabalhadores devem ser princípios que regem o tratamento desses dados. O médico deverá comunicar a empresa

se o trabalhador é **apto** ou **inapto** para o exercício da função determinada;

- (v) o responsável por dito tratamento será a entidade empregadora, devendo os dados, contudo, ser tratados no âmbito dos Serviços de Segurança e Saúde no Trabalho, por envolverem questão relativa à saúde;
- (w) caso o tratamento de tais dados seja realizado por empresa terceira, contratada pelo empregador, essa prestação de serviços deve ser regida por um contrato escrito, incumbindo ao subcontratante tomar medidas para proteção de tais dados pessoais;
- (x) sempre deve haver medidas de segurança para impedir o acesso de tais informações a pessoas não autorizadas, como individualização no sistema, de forma a separar tais dados dos dados normais de saúde, cópias de segurança do sistema (*back-ups*), informação protegida por códigos ou senhas caso disponível em rede, acesso restrito aos servidores do sistema, *etc.*
- (y) a manutenção da informação deve ocorrer durante o período necessário para a prossecução das finalidades de seu recolhimento e tratamento;
- (z) deverá ser assegurado ao titular dos dados o direito à informação, acesso e retificação em caso de erro.
- (aa) o aconselhamento, tratamento e reabilitação devem ser priorizados, como regra. Não obstante, é de se reconhecer que os empregadores podem estabelecer e aplicar sanções para trabalhadores cuja conduta profissional seja imprópria como consequência de problemas relacionados com o consumo de álcool e de drogas. Inclusive podem eles tomar medidas disciplinares caso o trabalhador não colabore plenamente com o tratamento. Tais medidas, se aplicáveis, deverão constar preferencialmente do programa estabelecido pelas empresas, de forma clara e objetiva para os trabalhadores, e devem ser analisadas em cada situação, consoante sugerido na presente tese de doutoramento;
- (bb) que a mera utilização de substâncias psicoativas não seja, por si só, fator de justa causa para despedimento, por envolver questão de saúde que, como tal, deve ser tratada. Contudo, existem exceções conforme tratado na presente tese de doutoramento, diante de princípios ou valores maiores que podem colidir, para preservação da segurança do ambiente laboral e

saúde, inclusive de terceiros, em especial nas atividades denominadas de risco, podendo haver aplicação de penalidades e até mesmo de justa causa caso a conduta e falta de colaboração do empregado possa colocar em risco a vida ou integridade de uma coletividade;

- (cc) o tratamento e a reabilitação dependem de aceitação voluntária do trabalhador e, durante tal tratamento, deve ser assegurada a manutenção do posto de trabalho ou garantida a transferência do trabalhador para outras funções compatíveis com seu estado;
- (dd) deve-se verificar a legislação nacional, já que algumas leis, práticas nacionais ou costumes, para os casos de trabalhadores com exame positivo, preveem medidas destinadas a garantir o emprego. Contudo, consoante exposto na presente tese, cada situação deverá ser sopesada diante dos princípios e valores maiores que se pretende preservar;
- (ee) não obstante as diretrizes gerais acima expostas, entendemos que outras questões devem ser acrescidas às acima especificadas, de forma a compatibilizar – tendo em vista os princípios da razoabilidade e proporcionalidade – os poderes do empregador com o direito à intimidade dos empregados quanto ao seu estado de saúde e dados médicos;
- (ff) nesse viés, entendemos razoável que, com fundamento em uma **teoria direcional própria**, se proponha um modelo de compatibilização que considere o tratamento dos exames toxicológicos – sob o contexto do direito à intimidade do empregado *versus* o poder do empregador –, de modo diverso para casos de **atividades de rotina** ou **atividades de risco**;
- (gg) isso porque, em **atividades consideradas de risco**, muitas vezes o direito à intimidade do empregado deve ceder lugar a direitos superiores, como o direito à saúde, entendida esta como o direito à vida e integridade física também;
- (hh) assim, em situações onde há **risco** para o próprio trabalhador e para terceiros, a realização dos exames toxicológicos – *dentro de um programa prévio de prevenção e tratamento do abuso de álcool e drogas, mesmo por ocasião do processo admissional e nas diversas etapas do contrato e trabalho-*, pode ser necessária para preservação da própria segurança e saúde de todos os envolvidos, memorando-se que a saúde é

um direito do empregado, havendo ao mesmo tempo um dever do empregador de zelar por ela, sob pena de este responder civil e criminalmente em caso de omissão.;

- (ii) desse modo, propusemos, após a realização de estudos e com o objetivo máximo de preservar a **saúde, integridade física e vida** dos trabalhadores, **uma teoria direcional própria**, não isenta de contribuições e reflexões para aqueles que me sucederem no estudo do tema que, **conforme exposto na presente tese de doutoramento no item 6.4**, buscou sopesar os valores e/ou princípios em cada situação concreta e etapa do contrato de trabalho para permitir, ou não, que o empregador possa realizar exames toxicológicos em seu ambiente laboral e exigir, ou não, que o empregado participe e/ou colabore com um programa preventivo de proteção ao abuso de álcool e drogas.

XXII. Em conclusão, como regra geral, podemos afirmar que sempre que valores maiores como a vida e integridade do próprio empregado ou de terceiros estiverem em risco, o bem e interesse coletivo podem e devem suplantam eventual interesse meramente individual.

XXIII. Os desafios atuais, cada vez mais, estão sendo capazes de ensinar aos seres humanos que se todos pensarmos no bem-estar uns dos outros teremos muito mais a ganhar enquanto humanidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(A) LIVROS E ARTIGOS JURÍDICOS

- ABRANTES, José João - *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL, 1990.
- ABRANTES, José João - *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- AMADO, João Leal - *A cessação do Contrato de Trabalho: uma perspectiva luso-brasileira*. São Paulo: LTr, 2017.
- AGUILLAR, Fernando Herren - *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 6.^a ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- ALEXY, Robert - A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. Tradução de Rogério Luiz Nery da Silva. In ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da, org. - *Dignidade Humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 13-38.
- ALEXY, Robert - *Derecho y Razón Práctica*. 2.^a ed. México: Fontamara, 1998.
- ALEXY, Robert - *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de - *Direitos da Personalidade do Trabalhador e Poder Empregatício*. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2012. Tese de Doutorado em Direito.
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de - Os Efeitos da Interferência do Monitoramento Eletrônico. Os Limites do Poder Fiscalizatório do Empregador quanto ao Monitoramento do Correio Eletrônico no Ambiente de Trabalho. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo. Ano XXII, Vol. 22, n.º 257 (nov. 2010), p. 7-24.
- AMADO, João Leal - Tempo de Trabalho e Tempo de Vida: sobre o direito à desconexão profissional. In *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 52 (2018), p. 255-268.
- AMADO, João Leal - *Contrato de Trabalho: noções básicas*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2018.
- AMADO, João Leal - *Trabalhar e amar. Poderes patronais, relações amorosas e direitos de personalidade dos trabalhadores*. Coimbra: GESTLEGAL, 2019.
- AMARAL, Júlio Ricardo de Paula - Testes de drogas e álcool na renovada Lei do Motorista Profissional (Lei n. 13.103/2015) - tensão entre o direito à intimidade e o dever de vigilância pelo empregador. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região* [Em linha]. Curitiba. Vol. 13, n.º 5 (out. 2015), p. 88-118. [Consult. 8 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/89342>

- ANDRADE NETO, João - Jurisdição e Princípios: aspectos do pós positivismo de Dworkin. *REDUnB*. v. 10-E (ESPECIAL ELETRÔNICA) (2012), p. 89-104.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de - *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça - Direitos e Deveres dos Avós (alimentos e visitação). In CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara, coord. - *Pessoa Humana e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 5-38.
- BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - *Direito do Genoma Humano*. Coimbra: Almedina, 2011.
- BARROS, Alice Monteiro de - *Curso de Direito do Trabalho*. 4.^a ed., rev. e amp. São Paulo: LTr, 2008.
- BARROS, Alice Monteiro de - *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto - *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Trad. Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto - *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6.^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BELTRAN, Ari Possidonio - *Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais*. São Paulo: LTr, 2002.
- BITTAR, Carlos Alberto - *Os direitos da personalidade*. 8.^a ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C.B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BONAVIDES, Paulo - *Curso de Direito Constitucional*. 18.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- BRESSIANI, Nathalie - Luta por reconhecimento e diagnóstico de patologias sociais. Dois momentos da teoria crítica de Axel Honneth. In MELO, Rúion - *A teoria crítica de Axel Honneth: reconhecimento, liberdade e justiça*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 257-292.
- CALVET, Felipe Augusto de Magalhães; PINTO, Luana Popoliski Vilácio - Constitucionalidade do exame de álcool e drogas – intimidade do trabalhador. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região* [Em linha]. Curitiba. Vol. 5, n.º 45 (out. 2015), p. 80-87. [Consult. 14 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/89395>
- CAMPOS, Diogo Leite de - *NÓS. Estudos sobre o Direito das Pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004.
- CANOTILHO, J.J. Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.^a ed. Coimbra: Almedina, 2002.

- CANOTILHO, J.J. Gomes - O direito constitucional como ciência de direcção - o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da "constituição social") In CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha, coord. - *Direitos fundamentais sociais*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 11-31.
- CANOTILHO, J.J. Gomes [et al.] - *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- CASTANHEIRA, Sérgio Nuno Coimbra - *O fenómeno do Doping no Desporto: o atleta responsável e o irresponsável*. Coimbra: Almedina, 2011.
- COSTA, J. L. Características das amostras convencionais e não-convencionais. In MOREAU, R. L. M.; SIQUEIRA, M. E. P. B - *Toxicologia analítica*. Rio de Janeiro: Guanabara, 2008. Cap. 4, p. 40-44.
- DALLARI, Dalmo de Abreu - Direito à vida e liberdade para morrer. In CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara, coord. - *Pessoa Humana e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 39-46.
- DELGADO, Gabriela Neves - Estado Democrático de Direito e Direito Fundamental ao Trabalho Digno. In DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves - *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4.^a ed. São Paulo: LTr, 2017. Cap. III, p. 59-72.
- DELGADO, Gabriela Neves - Os Paradigmas do Estado Constitucional Contemporâneo. In DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves - *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4.^a ed. São Paulo: LTr, 2017. Cap. I, p. 17-32.
- DELGADO, Gabriela Neves; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos - Os Direitos Sociotrabalhistas como Dimensão dos Direitos Humanos [Em linha]. *Revista TST*. Brasília. Vol. 79, n.º 2 (abr./jun. 2013), p. 199-219. [Consult. 14 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/39825>
- DELGADO, Mauricio Godinho - Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho. In DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves - *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4.^a ed. São Paulo: LTr, 2017. Cap. II, p. 33-58.
- DELGADO, Mauricio Godinho - *Curso de Direito do Trabalho*. 17.^a ed., rev., atual., ampl. São Paulo: LTr, 2018.
- DELGADO, Mauricio Godinho - *Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 5.^a ed. São Paulo: LTr, 2017.
- DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves - *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4.^a ed. São Paulo: LTr, 2017.
- DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves - *Tratado Jurisprudencial de Direito Constitucional do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 1.

- DELGUE, Juan Raso - Tecnologías y Aplicaciones ¿Nuevas Categorías para el Derecho del Trabajo? In XAVIER, Bernardo da Gama Lobo [et al.], coord. - *Estudos de Direito do Trabalho - Em Homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes*. Porto: Nova Causa Edições Jurídicas, 2017. Parte II. Cap. I, p. 21-43.
- DRAY, Guilherme Machado - *Direitos de Personalidade: anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2006.
- DRAY, Guilherme Machado - *O princípio da proteção do trabalhador*. Coimbra: Almedina, 2015.
- DWORKIN, Ronald - *Los Derechos en Serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999.
- DWORKIN, Ronald - *O Império do Direito*. 2.^a ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FARIA, Fernanda Nigri - *Poder Diretivo empresarial e direitos constitucionais do trabalhador*. 134 p. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2008. Dissertação de Mestrado em Direito.
- FERNANDES, António Monteiro - *Direito do Trabalho*. 17.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014.
- FERNANDES, António Monteiro - Palavras prévias. In ROXO, Manuel M. - *Direito da segurança e saúde no trabalho: da prescrição do seguro à definição do desempenho uma transição na regulação*. Coimbra: Almedina, 2011.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves - *Curso de Direito Constitucional*. 40.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- FIUZA, César - *Contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - *Novo curso de direito civil*. 5.^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GIACOMUZZI, José Guilherme - Desmistificando os ‘princípios jurídicos’ de Ronald Dworkin. *Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica* [Em linha]. Vol. 19, n.º 1 (jan.-abr. 2014), p. 285-320. [Consult. 14 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/5551/2957>
- GOMES, Januário da Costa - O problema da salvaguarda da privacidade antes e depois do computador. *Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa. n.º 319 (out. 1982), p. 21-56.
- GOMES, Júlio - *Direito do Trabalho. Volume I, Relações Individuais de Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- GRANCONATO, Márcio - Garantias e Formas de Efetivação dos Direitos Sociais e Trabalhistas. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo. Ano 37, Vol. 142 (abr.-jun. 2011), p. 121-135.
- GRAU, Eros Roberto - *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2006.

- GUERRA, Amadeu - *A privacidade no local de trabalho: as novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados. Uma abordagem ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004.
- HONNETH, Axel - *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 2.^a ed. Trad. Luiz Repa. São Paulo. Editora 34, 2009.
- KELSEN, Hans - *Teoria Pura do Direito*. 5.^a ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- LANGE, Sacha Testoni; PAZZIM, Renan de Santi; GABRIEL, Maria Madalena; WAGNER, Ricardo - O cabelo como matriz analítica para o exame toxicológico de motoristas profissionais na Lei n.º 13.103/15. *Visão Acadêmica* [Em linha]. Curitiba. Vol. 20, n.º 2 (abr.-jun. 2019), p. 77-88. [Consult. 15 ago. 2021]. Disponível em WWW: <https://revistas.ufpr.br/academica/article/view/66044>
- LIZARDO, João Palla - Exames médicos obrigatórios e direitos de personalidade - o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25-10-2000. *Questões Laborais*. Ano XI, n.º 24 (2004), p. 215-224.
- MAGALHÃES. José Luiz Quadros de - *Direito Constitucional*. 2.^a ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- MAGANO, Octavio Bueno - *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- MARTINEZ, Pedro Romano - *Direito do Trabalho*. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2015. (Manuais Universitários).
- MARTINS FILHO, Ives Gandra - *Manual Esquemático de Filosofia*. 3.^a ed. São Paulo: LTr, 2006.
- MELO, Marco Aurélio Bezerra de - *Direito Civil: Contratos*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- MELO, Rúrion; WERLE, Denilson - Um déficit político do liberalismo hegeliano? Autonomia e reconhecimento em Honneth. In MELO, Rúrion - *A teoria crítica de Axel Honneth: reconhecimento, liberdade e justiça*. São Paulo: Saraiva, 2013. Parte III, p. 317-335.
- MENEZES CORDEIRO, António - *Direito do Trabalho*. 1.^o volume. *Direito europeu, Dogmática geral, Direito Coletivo*. Coimbra: Almedina, 2018.
- MENEZES CORDEIRO, António - *Direito do Trabalho*. 2.^o volume. *Direito Individual*. Coimbra: Almedina, 2019. (Manuais Universitários).
- MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de - *Direito das Obrigações*. Vol. I - *Introdução. Da Constituição das Obrigações*. 13.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de - *Direito do Trabalho*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. (Manuais Universitários).

- MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de - A protecção dos dados pessoais no contrato de trabalho. In *A reforma do Código do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 123-138.
- MESQUITA, Luiz José de - *Direito Disciplinar do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1991. (edição fac-similada de São Paulo: Saraiva, 1950).
- MIRANDA, Jorge - *Curso de Direito Constitucional. Vol. I, Estado e constitucionalismo, constituição, direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.
- MIRANDA, Jorge - *Direitos Fundamentais*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de - *Introdução ao direito de trabalho*. 8.^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2000.
- MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites de poder de controlo electrónico do empregador*. Coimbra: Almedina, 2010.
- MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - Algumas questões sobre o direito à desconexão dos trabalhadores [Em linha]. *Minerva: Revista de Estudos Laborais* [Em linha]. Ano IX - I da 4.^a Série, n.º 2 (2019), p. 129-166. [Consult. 24 jul. 2021]. Disponível em WWW: http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/5506/1/minerva_v9_n2_5.pdf.
- MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho - Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador. *Studia Iuridica: Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra. N.º 78 (2004).
- MOREIRA, Teresa Coelho - Crise e Direito do trabalho: um breve olhar sobre a atual função do Direito do trabalho. *Direito e Justiça* [Em linha]. 2015 - revistas.ucp.pt. página 546 [Consult. 15 jul. 2021]. Disponível em WWW: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=teresa+coelho+moreira+das+revistas+aos+trabalhadores&btnG=
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MASSONI, Túlio de Oliveira - Exames Toxicológicos no ambiente de trabalho. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região* [Em linha]. Curitiba. Vol. 5, n.º 45 (out. 2015), p. 221-255. [Consult. 8 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/89347>
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de - *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 3.^a ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2001.
- OTERO, Paulo - Pessoa Humana e Constituição: contributo para uma concepção personalista do Direito Constitucional. In CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara, coord. - *Pessoa Humana e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 349-379.
- PEDRON, Flávio Quinaud - É possível uma resposta correta para casos controversos? Uma análise da interpretação de Robert Alexy da tese Dworkiana. *Revista Trib. Reg. Trab. 3ª Região*. Belo Horizonte. Vol. 40, n.º 70 (jul./dez. 2004), p. 35-36.
- PIRES, Alex Sander Xavier - *Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais*. Rio de Janeiro: Projeto Pensar a Justiça, 2016.

- PROENÇA, Carlos Carranho - *Tutela Jurisdicional Efetiva no Direito da União Europeia - Dimensões Teóricas e Práticas*. Lisboa: Editora Petrony, 2017.
- QUINTAS, Paula - *Manual de Direito da Segurança e Saúde no Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2014.
- QUINTAS, Paula - *Os direitos de personalidade consagrados no código do trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado: direitos (des) figurados*. Coimbra: Almedina, 2013.
- QUINTAS, Paula; QUINTAS, Helder - *Manual de Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho*. 1.^o v: *Dogmática geral*. 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho*. 2.^a v: *Situações laborais individuais*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014.
- RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire - *Vida humana: da manipulação genética à neoeugenia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- ROSÁRIO, Pedro Trovão - Constitucionalismos e Democracias - um paradoxo? In ROSÁRIO, Pedro Trovão; DAL RI, Luciene; HAMMERSCHMIDT, Denise, coord. - *Direito Constitucional Luso e Brasileiro na Contemporaneidade*. Curitiba: Juruá, 2018.
- ROUXINOL, Milena - A promoção da segurança e saúde no trabalho no âmbito da Administração Pública à luz da legislação nacional, comunitária e internacional. In *Direito do Trabalho na Administração Pública I. Jurisdição Administrativa e Fiscal*. [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, jun. 2017. (Coleção Formação Contínua). p. 87-105. [Consult. 24 jul. 2021]. Disponível em WWW: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/23357/1/A%20promo%C3%A7%C3%A3o%20da%20seguran%C3%A7a%20e%20sa%C3%BAde%20no%20trabalho.PDF>.
- ROXO, Manuel M. - *Direito da segurança e saúde no trabalho: da prescrição do seguro à definição do desempenho uma transição na regulação*. Coimbra: Almedina, 2011.
- SANTOS, Boaventura de Sousa - *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2015.
- SARLET, Gabrielle Bezerra Sales - Art. 170, II – propriedade privada. In SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio; MENDES, Gilmar Ferreira, coord. - *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1889-1892.
- SARLET, Ingo Wolfgang - *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13.^a ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang - Notas sobre direito ao um mínimo existencial para uma vida com dignidade e os direitos fundamentais sociais. In NOVAIS, Jorge Reis; FREITAS, Tiago Fidalgo de, org. - *A dignidade da pessoa humana na justiça constitucional*. Coimbra: Almedina, 2018. v. 1, p. 115-142.

- SARLET, Ingo Wolfgang - Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha, coord. - *Direitos fundamentais sociais*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 69-107.
- SILVA, Felipe Gonçalves - Um ponto cego no pensamento político? Teoria crítica e a democratização da intimidade. In MELO, Rúion - *A teoria crítica de Axel Honneth: reconhecimento, liberdade e justiça*. São Paulo: Saraiva, 2013. Parte II, p. 201-233.
- SILVA, José Afonso da - *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SILVA, Rita Canas da; AREIAS, Marta Salgado - A Vigilância das Comunicações Electrónicas dos Trabalhadores: Em especial, o Acórdão Barbulescu c. Romenia (2016). In XAVIER, Bernardo da Gama Lobo [et al.], coord. - *Estudos de Direito do Trabalho - Em Homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes*. Porto: Nova Causa Edições Jurídicas, 2017. Parte II. Cap. XXI, p. 515-541.
- SILVEIRA, Alberto - *Segurança Rodoviária Ocupacional: um novo desafio na prevenção do risco profissional*. Coimbra: Almedina, 2011.
- SOUSA, Rabindranath A.V. Capelo de - *O Direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- SOUSA, Silvestre - Problemática da embriaguez e da toxicomania em sede de relação de trabalho. *Revista de Direito e Estudos Sociais*. Coimbra. Ano XXIX, s.2a.29, n.º 3 (jul.-set. 1987), p. 399-418.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz - *O Direito do Trabalho como Instrumento da Justiça Social*. São Paulo: LTr, 2000.
- SÜSSEKIND, Arnaldo - *Direito Constitucional do Trabalho*. 2.^a ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TARTUCE, Flávio - *Direito Civil. Volume 3 - Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. São Paulo: Editora Método, 2006.
- TEIXEIRA FILHO, João de Lima - Dano moral. In SÜSSEKIND, Arnaldo [et al.] - *Instituições de Direito do trabalho*. 18.^a ed., atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 1999. v. I. Cap. XVIII, p. 636-649.
- TEODORO, Maria Cecília Máximo; NOGUEIRA, Sabrina Colares - A questão dos trabalhadores toxicodependentes sob o prisma da teoria do reconhecimento de Axel Honneth. Direito Humano ao Trabalho e sua pretensão de validade universal. In. *Conpedi Law Review* [Em linha]. Madrid. Vol. 1, n.º 5, (jun. 2016), p. 69-94. [Consult. 21 nov. 2019). Disponível em WWW: http://portaltutor.com/index.php/conpedireview_old/article/view/110/104
- THEODORO JUNIOR, Humberto - *O Contrato e sua Função Social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *Consumo de Drogas: reflexões sobre o quadro legal*. 6.^a ed. revista e actualizada. Coimbra: Almedina, 2017. (Monografias)

VIANA, Márcio Túlio - *Direito de Resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996.

VIANA, Márcio Túlio - Os Dois Modos de Discriminar: Velhos e Novos Enfoques. In VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares, CANTELLI, Paula Oliveira, coord. - *Discriminação*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2010.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo - A extinção do contrato de trabalho. O princípio Constitucional da Segurança no Emprego. As formas de extinção. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. N.os ¾. (1989), p. 399-482.

(B) LEGISLAÇÃO E DIPLOMAS LEGAIS

ANAC - *Regulamento Brasileiro de Aviação Civil n. 120: Programa de prevenção do risco associado ao uso indevido de substâncias psicoativas na aviação civil* [Em linha]. Aprovado pela Resolução nº 190, de 31 de maio de 2011. Redação dada pela Resolução nº 326, de 10 de junho de 2014. [Consult. 25 out. 2018]. Disponível em WWW: https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/rbha-e-rbac/rbac/rbac-120/@@display-file/arquivo_norma/RBAC120EMD02.pdf

CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000 [Em linha]. Atualizado pela entrada em vigor do Tratado de Lisboa [1º dez. 2009]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2012.326.01.0391.01.POR

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de 1976 [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaorepublicaportuguesa.aspx>

CONVENÇÃO de Oviedo (Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina), aprovada em 4 de abril de 1997, cuja entrada em vigor na ordem internacional ocorreu em 1 de dezembro de 1999 [Em linha]. [Consult. 9 ago. 2019]. Disponível em WWW: <http://www.arsalentejo.min-saude.pt/utentes/ces/Documents/Convenção%20de%20Oviedo.pdf>

CONVENÇÃO Europeia dos Direitos Humanos [Em linha]. (1950). Strasbourg: Council of Europe, [2014?]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf

CONVENÇÃO n.º 155: C155 - Segurança e Saúde dos Trabalhadores. Aprovada na 67ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra - 1981), entrou em vigor no plano internacional em 11.8.83. Promulgada no Brasil através do Decreto n.º 1254, de 29 de

- setembro de 1994 [Em linha]. [Consult. 29 fev. 2020]. Disponível em WWW: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm
- CONVENÇÃO n.º 161: C161 - Serviços de Saúde do Trabalho. Aprovada na 71ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra - 1985), entrou em vigor no plano internacional em 17.2.88. Promulgada no Brasil através do Decreto n.º 127, de 22.5.91 [Em linha]. [Consult. 29 fev. 2020]. Disponível em WWW: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm
- COUNCIL OF EUROPE - Convenção Europeia dos Direitos Humanos [Em linha]. (1950). Strasbourg: Council of Europe, [2014?]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf
- DECLARAÇÃO de Filadélfia 1944: Declaração dos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho [Em linha]. [Consult. 12 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.dgert.gov.pt/declaracao-de-filadelfia>
- DECLARAÇÃO Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos [Em linha]. Paris: UNESCO, 2004. [Consult. 23 nov. 2019]. Disponível em WWW: http://unesco.org/fileadmin/user_upload/shs/BEfiles/chapterC.por/C10P.pdf
- DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos [Em linha]. [1948]. [Consult. 24 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf
- DECLARAÇÃO Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos [Em linha]. Brasília: UNESCO, 2000. [Consult. 20 out. 2019]. Disponível em WWW: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>
- DECRETO do Governo n.º 1/85, de 16 de janeiro de 1985 - Adota a Convenção n.º 155, sobre a Segurança e a Saúde dos Trabalhadores, 1981 [Em linha]. [Consult. 5 nov. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.dgert.gov.pt/convencao-n-o-155-sobre-a-seguranca-e-a-saude-dos-trabalhadores-1981>
- DECRETO n.º 62.150, de 19 de janeiro de 1968 que promulga a Convenção n. 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão [Em linha]. [Consult. 18 set. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm
- DECRETO-LEI n.º 48/95 - Código Penal [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34437675/view?q=c%C3%B3digo+penal>
- DECRETO-LEI n.º 441/91 do Ministério do Emprego e da Segurança Social [Em linha]. [Consult. 10 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/316728/details/maximized>
- DECRETO-LEI n.º 480/99 - Código de Processo do Trabalho [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34575575/view?q=c%C3%B3digo+do+trabalho>

- DECRETO-LEI n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm
- DECRETO-LEI n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) [Em linha]. [Consult. 12 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm
- DECRETO-LEI n.º 47344, de 25 de Novembro de 1966 - Código Civil [Em linha]. Atualizado de acordo com: Lei n.º 85/2019, de 03/09. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.codigocivil.pt/>
- DELIBERAÇÃO n.º 890/2010 da CNPD - Comissão Nacional de Proteção de Dados: Aplicável aos tratamentos de dados pessoais com a finalidade de medicina preventiva e curativa no âmbito dos controlos de substâncias psicoativas efectuados a trabalhadores [Em linha]. [Consult. 09 out. 2019]. Disponível em WWW: https://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/20_890_2010.pdf
- DIRECTIVA n.º 89/391/CEE do Conselho da União Europeia, de 12 de junho de 1989 [Em linha]. [Consult. 5 nov. 2019]. Disponível em WWW: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:31989L0391>
- LEI n.º 7/2009 - Código do Trabalho [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>
- LEI n.º 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm
- LEI n. 16/2001, de 22 de Junho - Lei da Liberdade Religiosa [Em linha]. [Consult. 03 jun. 2021]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/362699/details/maximized>.
- LEI n.º 58/2019 - Assegura a execução do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016 [Em linha]. [Consult. 16 jan. 2020]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/123815982/details/normal?q=lei+n.+58%2F2019>
- LEI n.º 59/2007, de 4 de setembro - Código Penal [Em linha]. Vigésima terceira alteração ao Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/home/-/dre/640142/details/maximized>
- LEI n.º 72/2013 - Código da Estrada [Em linha]. [Consult. 16 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/116041830/view?q=c%C3%B3digo+da+estrada>
- LEI n.º 98/2009 - Regime de reparação de acidentes de trabalho e de doenças profissionais [Em linha]. [Consult. 5 nov. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/58661980/view?q=98%2F2009>
- LEI n.º 102/2009, de 10 de setembro - Lei de Promoção da Segurança e Saúde no Trabalho (LPSST) [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/490009/details/maximized>

LEI n.º 8.213, de 24 de julho de 1991 – Planos de Benefícios da Previdência Social [Em linha]. [Consult. 4 nov. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm

LEI n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm

LEI n.º 11.343, de 23 de agosto de 2003 - Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas [Em linha]. [Consult. 12 out. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm

LEI n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011 - Lei de acesso à informação [Em linha]. [Consult. 16 set. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm

LEI n.º 13.103, de 2 de março de 2015 – Lei dos motoristas profissionais [Em linha]. [Consult. 29 fev. 2020]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13103.htm

LEI n.º 13.146, de 6 de julho de 2015 - Estatuto da Pessoa com Deficiência [Em linha]. [Consult. 18 set. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm

LEI n.º 13.467, de 13 de julho de 2017 - Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) [Em linha]. [Consult. 28 fev. 2020]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm

LEI n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) [Em linha]. [Consult. 16 set. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm

LEI n.º 13.840, de 5 de junho de 2019 [Em linha]. [Consult. 21 ago. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13840.htm

LEI n.º 13.874, de 20 de setembro de 2019 [Em linha]. [Consult. 12 fev. 2020]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm

MEDIDA PROVISÓRIA n. 881, de 30 de abril de 2019, convertida na Lei n. 13.874 de dia 20 de setembro de 2019 [Em linha]. [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm

NORMAS Regulamentadoras - Segurança e saúde do trabalho, do Ministério do Trabalho e Emprego no Brasil.NRs 01 a 37 [Em linha]. [Consult. 05 nov. 2019]. Disponível em WWW: <http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nrs.htm>

REGULAMENTO (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) [Em linha]. [Consult. 16 set. 2019]. Disponível em WWW: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>

(C) OUTROS DOCUMENTOS ELETRÔNICOS

JUDGMENT of The European Court of Human Rights, R.S. v. Hungary (Application no. 65290/14), 02.07.2019. Fourth Section [Em linha]. [Consult. 24 jul. 2021]. Disponível em WWW: <https://policehumanrightsresources.org/r-s-v-hungary-application-no-65290-14>

ACÓRDÃO do Tribunal da Relação do Porto de 15.04.1991 no processo n. 9050479 (Manuel Fernandes) [Em linha]. [Consult. 19 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://jurisprudencia.pt/acordao/63274/>

ACÓRDÃO do Supremo Tribunal de Justiça de 24.06.1998 no processo n. 97S243 (Matos Canas) [Em linha]. [Consult. 13 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.jurisprudencia.pt/acordao/148619/>

ACÓRDÃO do Tribunal da Relação de Lisboa de 06.10.2010 no processo n. 475/07.7TTFUN.L1-4 (Paula Sá Fernandes) [Em linha]. [Consult. 13 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.jurisprudencia.pt/acordao/75079/>

ACÓRDÃO do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal de 14.02.2013 no processo n. 806/07.0TBTND.C1.S1 (Serra Baptista) [Em linha]. [Consult. 19 ago. 2018]. Disponível em WWW: <https://jurisprudencia.pt/acordao/129131/>

ACÓRDÃO Tribunal Constitucional de 17.10.2013, n. 418/2013, no processo n. 120/11. 3ª Secção. Diário da República, 2.ª série, N.º 201, p. 31186-31190, Parte D.

ACÓRDÃO do Tribunal da Relação de Coimbra de 11.02.2014 no processo n. 1198/12.0TBCVL.C1 (Jorge Arcanjo) [Em linha]. [Consult. 19 ago. 2018]. Disponível em WWW: <https://jurisprudencia.pt/acordao/115158/>

ACÓRDÃO do Tribunal Constitucional de 07.05.2014 no processo n. 973/13. 2ª secção. (Fernando Ventura) [Em linha]. [Consult. 24 jul. 2021]. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_print_busca.php?buscajur=&nid=11908.

ACÓRDÃO do Tribunal da Relação de Évora de 08.05.2014 no processo n. 273/11.3TTSTR.E1 (Paula do Paço) [Em linha]. [Consult. 10 set. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.jurisprudencia.pt/acordao/52258/>

ACÓRDÃO do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal de 28.05.2014 no processo n. 2786/11.8TTLSB.L1.S1 (Fernandes da Silva) [Em linha]. [Consult. 04 set. 2019]. Disponível em WWW: <https://jurisprudencia.pt/acordao/128014/>

ACÓRDÃO do Tribunal Superior do Trabalho de 11.06.2014 no processo n. RR-122600-60.2009.5.04.0005. Participaram do julgamento os Ministros José Roberto Freire Pimenta, Delaíde Alves Miranda Arantes e o Ministro Renato de Lacerda Paiva, tendo esse último ficado vencido. Disponível em www.tst.jus.br. Acórdão citado por AMADO, João Leal. Trabalhar e amar. Poderes patronais, relações amorosas e direitos de personalidade dos trabalhadores. 1ª edição, junho 2019. Editor: GESTLEGAL, p. 27.

ACÓRDÃO do Tribunal da Relação do Porto de 30.06.2014 no processo n. 933/12.1TTBCL.P1 (Rui Penha) [Em linha]. [Consult. 13 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.jurisprudencia.pt/acordao/10098/>

ACÓRDÃO do Tribunal da Relação do Porto de 27.04.2015 no processo n. 442/13.1TTMAI.P1 (Paula Leal de Carvalho) [Em linha]. [Consult. 10 set. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.jurisprudencia.pt/acordao/9295/>

ACÓRDÃO do Tribunal da Relação do Porto de 27.04.2015 no processo n. 442/13.1TTMAI.P1 (Paula Leal de Carvalho) [Em linha]. [Consult. 10 set. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.jurisprudencia.pt/acordao/9295>

ACÓRDÃO do Tribunal Superior do Trabalho de 21.10.2015 no processo n. RR - 1081-86.2014.5.08.0117 (Aloysio Corrêa da Veiga). DEJT 23/10/2015.

ACÓRDÃO do Tribunal Superior do Trabalho de 03.08.2016 no processo AIRR 9600-27.2011.5.17.0013 (Luiz Phillippe Vieira de Mello Filho) [Em linha]. [Consult. 10 set. 2019]. Disponível em WWW: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#876810ea20b86ad4dec9c90207f87e83>

ACÓRDÃO do Tribunal da Relação de Évora de 20.10. 2016 no processo n. 104/14.2T8MNN.E1(José Manuel Galo Tomé de Carvalho) [Em linha]. [Consult. 19 ago. 2018]. Disponível em WWW: <https://jurisprudencia.pt/acordao/50290/>

ACÓRDÃO do Tribunal da Relação de Évora de 27.10.2016 (Moisés Silva) no processo n. 110/14.7T8STR-A [Em linha]. [Consult. 28 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://jurisprudencia.pt/acordao/50249/>

ACÓRDÃO do Tribunal Superior do Trabalho de 08.02.2017 no processo n. RR - 1808-25.2010.5.02.0029 (Márcio Eurico Vitral Amaro). DEJT 10/02/2017.

ACÓRDÃO do Tribunal da Relação do Porto de 24.01.2018 no processo n. 2066/15.0T8PNF.P1 (Domingos Morais) [Em linha]. [Consult. 18 set. 2019]. Disponível em WWW: <https://jurisprudencia.pt/acordao/7125/>

ACÓRDÃO do Tribunal Superior do Trabalho de 06.02.2019 no processo n. RR-11276-14.2015.5.03.0060 (Maria Helena Mallmann) [Em linha]. [Consult. 13 out. 2019]. Disponível em WWW: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2017&numProcInt=149947&dtaPublicacaoStr=15/02/2019%2007:00:00&nia=7291642>

ACÓRDÃO do Tribunal Superior do Trabalho de 10.04.2019 no processo n. TST-ARR10606-05.2017.5.03.0060 (Dora Maria da Costa) [Em linha]. [Consult. 13 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#5ef4276822e870d209bcbca2241bee5e>

ACÓRDÃO do Tribunal Superior do Trabalho de 05.06.2019 no processo n. TST-ED-RR-1000013-78.2016.5.02.0312 (Breno Medeiros) [Em linha]. [Consult. 16 set. 2019]. Disponível em WWW: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#863398d382c08877741fdd97fe2f1fa8>

ACÓRDÃO do Tribunal Superior do Trabalho de 07.08.2019 no processo n. AIRR - 73-29.2017.5.05.0222 (Dora Maria da Costa – Ministra Relatora) [Em linha]. [Consult. 19 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#431fd4e6397fe045a45563b916cb8dc7>

- ACÓRDÃO do Tribunal Superior do Trabalho de 03.09.2019 no processo n. TST-RR-1616-75.2014.5.09.0088 (Maria Helena Mallmann) [Em linha]. [Consult. 18 set. 2019]. Disponível em WWW: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#a2d4a187d9250320c184c3e919510ef6>
- ACÓRDÃO do Tribunal Superior do Trabalho de 04.09.2019 no processo RR – 1366-49.2014.5.09.0021 (Mauricio Godinho Delgado) [Em linha]. [Consult. 09 set. 2019]. Disponível em WWW: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#aa6afe6cbb4c27a5ca22f5618f60c90a>
- ACÓRDÃO do Tribunal Superior do Trabalho de 04.09.2019 no RR-306-39.2016.5.05.0035 (Cilene Ferreira Amaro Santos) [Em linha]. [Consult. 09 set. 2019]. Disponível em WWW: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#c2912fa9d47f5226f0d2d32c14fa7664>
- ACÓRDÃO do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região de 07.05.2003 no processo n. 01288-2002-106-03-00-0 RO (RO - 4165/03) (José Maria Caldeira) [Em linha]. [Consult. 13 out. 2019]. Disponível em WWW: trt3.jus.br
- ACÓRDÃO do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região de 11.06.2019 do processo n. ROPS 0010097-74.2019.5.03.0102 (ROPS) (Juliana Vignoli Cordeiro) [Em linha]. [Consult. 13 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=1668>
- ANÁLISES Toxicológicas e Programas de Prevenção do Uso de Álcool e outras drogas no ambiente de trabalho. In *Prevenção ao uso de álcool e outras drogas no ambiente de trabalho: conhecer para ajudar* [Em linha]. Brasília: Secretaria Nacional Antidrogas: Serviço Social da Indústria, 2008. Cap. 7, p. 108-119. [Consult. 25 out. 2019]. Disponível em WWW: https://www.uniad.org.br/images/stories/arquivos/Curso_SEAD_UFSC_SENAD_SESI.pdf
- ANATEL – *Institucional* [Em linha]. [Consult. 09 set. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.anatel.gov.br/institucional/>
- COMISSÃO Nacional de Protecção de Dados - *Página principal* [Em linha]. [Consult. 9 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://web.archive.org/web/20170130060946/https://www.cnpd.pt/>
- GONZAGUINHA - *O que é, o que é* [Letra de música em linha]. (1982). [Consult. 12 ago. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.letras.mus.br/gonzaguinha/463845/>
- IMAGENS de atividades de risco [Em linha]. [Consult. 13 out. 2019]. Disponível em WWW: https://www.google.com/search?q=imagens+de+atividades+de+risco&rlz=1C1GCEA_enBR762BR762&source=lnms&tbm=isch&sa=X&ved=0ahUKEwiHh9ONvJzIAhVjUN8KHdExAcYQ_AUIEigB&biw=1536&bih=754#imgsrc=_
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - *Compilación de Convenios y Recomendaciones Internacionales del Trabajo* [Em linha]. Ginebra: OIT, 2015. [Consult. 29 fev. 2020]. Disponível em WWW: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_384368.pdf

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - *OIT e Portugal* [Em linha]. [Consult. 5 nov. 2019]. Disponível em WWW: <https://www.ilo.org/lisbon/oit-e-portugal/lang--pt/index.htm>

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - *Problemas ligados ao álcool e a drogas no local de trabalho: uma evolução para a prevenção* [Em linha]. Genebra: [S.n.]. 2003. [Consult. 08 out. 2019]. Disponível em WWW: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_666024.pdf

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE - 06 Mental, behavioural or neurodevelopmental disorders In *International Classification of Diseases* [Em linha]. 11th rev. version 4 (2019). [Consult. 08 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fcd%2fentity%2f334423054>

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE - 6C40 Disorders due to use of alcohol. In *International Classification of Diseases* [Em linha]. 11th rev. version 4 (2019). [Consult. 08 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fcd%2fentity%2f1676588433>

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE - *Global status report on alcohol and health 2018: Executive Summary* [Em linha]. Geneva: World Health Organization, 2018. [Consult. 08 out. 2019]. Disponível em WWW: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/312318/WHO-MSD-MSB-18.2-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE - *OMS lança iniciativa de controle do uso nocivo de álcool para prevenir e reduzir mortes e incapacidades* [Em linha]. (28 set. 2018). [Consult. 08 out. 2019]. Disponível em WWW: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5774:oms-lanca-iniciativa-de-controle-do-uso-nocivo-de-alcool-para-prevenir-e-reduzir-mortes-e-incapacidades&Itemid=839

SICAD - *Histórico* [Em linha]. [Consult. 10 jan. 2020]. Disponível em WWW: <http://www.sicad.pt/PT/Institucional/Historico/Paginas/default.aspx>

SICAD - *Modelos, respostas e intervenções* [Em linha]. [Consult. 10 jan. 2020]. Disponível em WWW: <http://www.sicad.pt/PT/Intervencao/TratamentoMais/SitePages/ModelosRespostas.aspx>

SÚMULA 51 do Tribunal Superior do Trabalho de 20.04.2005 [Em linha]. [Consult. 12 fev. 2020]. Disponível em WWW: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html