

DANO À IDENTIDADE PESSOAL DO TRABALHADOR

André Araújo Molina*

1. INTRODUÇÃO



dignidade da pessoa humana desempenha atualmente as funções de objeto e fim de todo o ordenamento jurídico, representando o ponto de partida nos raciocínios jurídicos e como paradigma para valoração final dos pronunciamentos legislativos, administrativos e judiciais, cumprindo a tarefa de ser, ao mesmo tempo, piso e teto, origem e destino, de quaisquer manifestações estatais ou privadas.

Na perspectiva jurídica, a dignidade humana foi positivada no período da reconstrução europeia do segundo pós-guerra¹, explicitamente em contraposição às violações que os conflitos ocasionaram, quando os seres humanos foram tratados como mero objeto, sendo o primeiro veículo formal o preâmbulo da Carta das Nações Unidas (1945), seguindo-se pela Constituição italiana (1947), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Lei Fundamental alemã (1949), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e, na experiência

* Doutor em Filosofia do Direito (PUC/SP), Mestre em Direito do Trabalho (PUC/SP), Especialista em Direito do Trabalho (UCB/RJ) e Direito Processual Civil (UCB/RJ), Bacharel em Direito (UFMT), Professor Titular da Escola Superior da Magistratura Trabalhista de Mato Grosso (ESMATRA/MT) e Juiz do Trabalho Titular na 23ª Região.

¹ Convém anotar que, ainda fora da perspectiva atual de dignidade humana como fundamento central dos Estados democráticos, embora confinada como princípio específico da ordem econômica, já havia referência à dignidade no artigo 151, I, da Constituição alemã de 1919: “A ordem da vida econômica precisa corresponder aos princípios da justiça, visando a assegurar uma existência humanamente digna para todos.”

ibero-americana, as Constituições portuguesa (1976) e espanhola (1978), ambas promulgadas democraticamente após longos períodos de governos ditatoriais^{2/3/4/5/6/7/8}.

No âmbito regional dos Estados Americanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, aprovada entre nós pelo Decreto Legislativo n. 27 de 1992 e promulgada pelo Decreto presidencial n. 678 de 1992, prevê no artigo 1º que todo ser humano é considerado pessoa para os fins da Convenção; no artigo 5º que toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral, respeitando-se, em relação aos presos, à dignidade inerente ao ser humano e, finalmente, no artigo 11 que toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

² “Nós, os povos das nações unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.”

³ “Art. 3º. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião política e condições pessoais e sociais.”

⁴ “Art. 1º. Todos os homens 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.”

⁵ “Art.1.1. A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o Poder Público.”

⁶ “Art. 6º. 1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida. (...) Art. 10. 1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.”

⁷ “Art. 1º. Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na sua transformação numa sociedade sem classes.”

⁸ “Art. 10. 1. A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social.”

(2000) prescreve em seu artigo 1º que a dignidade do ser humano é inviolável, devendo ser protegida e respeitada, seguindo-se um capítulo dedicado à dignidade, no qual objetivamente são tutelados os direitos à vida, à integridade do ser humano, a proibição de torturas e demais tratamentos desumanos ou degradantes, vedando-se a escravidão e os trabalhos forçados.

Na esteira do movimento de centralização da dignidade da pessoa humana no direito internacional, no direito comunitário, dos Estados Americanos e da União Europeia, bem como nos ordenamentos jurídicos dos países democráticos, a Constituição Federal de 1988 também elegeu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), além de reafirmar em outros dispositivos a sua observância nas relações familiares (art. 226, § 7º), na proteção das crianças e adolescentes (art. 227), bem como no dever de proteção dos idosos (art. 230). A dignidade humana também foi adotada de forma implícita em diversas outras passagens da Carta, por exemplo, ao indicar como um dos seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, que são elementos que compõe o núcleo do conceito, acenando à sua origem filosófica de garantir à todos os meios básicos para o exercício de uma vida livre, consciente e feliz.

A rigor, nem precisava o constituinte enunciá-la expressamente, eis que a ostensiva preocupação com os direitos fundamentais, garantindo-se os direitos individuais, sociais, coletivos e universais em toda a Constituição é reconhecimento de que no sistema jurídico atual a dignidade humana ocupa posição central.⁹

⁹ “A dignidade da pessoa humana é o princípio central do sistema jurídico, sendo significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.” (STF – HC 85988-

O conceito de dignidade humana coincide com o reconhecimento de que a pessoa deve ser respeitada e considerada em sua individualidade, protegendo-se e fomentando a própria vida, sua integridade psicofísica, aqui incluindo os direitos de personalidade, o direito à saúde, física e mental, a proteção e a garantia do mínimo existencial, a sua liberdade, enquanto autonomia e capacidade informada de autodeterminação, a sua igualdade perante terceiros, tanto formal quanto material, e em face da comunidade, de cuja relação e convivência social resultam a proteção dos deveres de solidariedade e boa-fé nas suas relações. O respeito e a incidência de todas essas dimensões é que irá proporcionar uma vida digna.

O reconhecimento das múltiplas dimensões do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana conduz diretamente para a constatação de que a sua eficácia também é multidimensional, ou seja, a dignidade funciona tanto como limite à atuação intrusiva do Estado e de terceiros, quanto exige, em outras perspectivas, a atuação positiva, prestacional, do Estado e dos particulares.

Funcionando como fundamento jurídico dos Estados Democráticos, deriva da dignidade da pessoa humana que os direitos fundamentais positivados pelas constituições representam suas especificações nos diversos ramos do Direito. Cada direito fundamental enunciado representa a incidência da dignidade humana, um reflexo em determinada situação específica, ou seja, o resultado da intermediação legislativa constitucional ao mediar as suas eficácias prestacionais e protetivas aos casos especiais. Peter Häberle nos ensina que no sistema constitucional alemão, os direitos fundamentais subsequentes ao artigo 1º da Lei Fundamental, que garante a proteção da dignidade humana, assim como os objetivos estatais, têm a dignidade como premissa e encontram-se a seu serviço.¹⁰

PA (MC) - Rel. Min. Celso de Mello – decisão monocrática – DJU 10.06.2005).

¹⁰ Häberle, A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal, p. 81.

O próximo passo foi reconhecer a força normativa da dignidade humana e a sua aplicação direta nas relações jurídicas, sem necessidade de intermediação legislativa ordinária, seja na relação entre os cidadãos e o Estado (eficácia vertical), como também nas relações entre os particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). A admissão da eficácia da dignidade humana nas relações privadas, incluindo as relações de trabalho, proporcionou constatar-se a possibilidade fático-jurídica de violação, cuja principal repercussão são os danos pessoais indenizáveis.

2. DANOS À PESSOA HUMANA

Ao se admitir que os direitos fundamentais e os direitos humanos previstos na Constituição e nos tratados internacionais são incidentes nas relações jurídicas de trabalho, aplicados de forma mediada pela legislação ou diretamente a partir das citadas fontes normativas, necessariamente teremos que admitir que, além da sua imperatividade e observância pelos sujeitos da relação, existe a possibilidade fático-jurídica de sua violação. E, acorde com a centralidade da dignidade da pessoa humana em nosso sistema jurídico, a violação dela e dos direitos fundamentais ocasionará os danos à pessoa humana, exigindo do sistema jurídico instrumentos adequados para a sua multifacetada e completa reparação.

A filosofia clássica distinguia dois tipos de entes: o ente que conhece – que é o ser humano – e os entes ou objetos que são conhecidos pelo homem, disso seguindo que durante muitos séculos a preocupação dos filósofos se restringiu ao conhecimento do mundo e dos objetos em si. O homem deveria subsistir e, por isso, seu principal esforço estava dirigido ao conhecimento e domesticação das plantas e dos animais para o seu proveito. A partir dessa primeira aproximação do mundo, o ser hu-

mano se interessou por questionar o “ser” das coisas, desenvolvendo como resultado da sua empreitada cognoscitiva o capítulo da filosofia que é a metafísica.

A preocupação com as coisas, que dominou o pensamento filosófico por muitos séculos, acabou influenciando o Direito, de modo que os juristas, com uma visão individualista, patrimonialista e reducionista, esforçaram-se por compreender e proteger, principalmente, as coisas que integram o patrimônio de cada ser humano, descuidando do conhecimento e da tutela jurídica das pessoas em si mesmas.

O patrimônio adquire, dentro deste marco conceitual, lugar preferencial de atenção tanto do legislador como da ciência jurídica, cujo mais bem acabado projeto foi o Código Civil francês de 1804 e a doutrina civilista da época. Em referido Código Civil, e em todos os demais que nele buscaram inspiração, como o Código Civil brasileiro de 1916, se conceitua e normatiza, de forma extensa e minuciosamente, tudo que se relaciona com a propriedade privada e a tutela dos direitos patrimoniais, deixando de fora da preocupação legislativa a proteção da pessoa humana.

São por esses motivos que a linguagem da ciência jurídica dividiu as consequências dos danos em patrimoniais e extrapatrimoniais, tendo a propriedade (coisas) como premissa para sua conceituação e como centro de imputação jurídica.

Contudo, a racionalidade como nota definidora do ser humano começou a ser revisada no início do século XX pelos filósofos existencialistas que, resgatando e desenvolvendo as premissas do cristianismo em torno do livre arbítrio, substituíram a racionalidade pela liberdade enquanto centro, nota distintiva, da existência do ser humano.

Considerando que a liberdade é o ser do homem, seu núcleo existencial, é a partir dela que decidimos aquilo que desejamos fazer, o que projetamos realizar em nossa vida, ainda sub-

jetivamente. Na sequência, a liberdade externaliza-se com a capacidade de realizar nossos projetos, isto é, de converter os pensamentos em atos, em condutas humanas intersubjetivas, as quais apenas podem ser restringidas legitimamente pelo sistema jurídico, de acordo com os impedimentos da legislação.

A nova filosofia existencialista de Kierkegaard¹¹, Heidegger¹², Sartre¹³ e Jaspers¹⁴, entre outros filósofos, influenciou os juristas e conduziu à substituição da visão eminentemente individualista e patrimonialista do Direito, que tinha como objeto de preocupação as coisas, por uma concepção humanista, apontando para a necessidade de revisão dos fundamentos da responsabilidade civil, com a alteração da ideia de que era a propriedade o centro do sistema jurídico (modernidade) para a noção de que a pessoa humana é que deve ocupar referida posição nuclear (pós-modernidade), do que decorre que o núcleo de preocupação do jurista deve ser o conhecimento e a proteção unitária, preventiva e integral do ser humano, em suas múltiplas e diversas manifestações, relegando a uma posição secundária os objetos e as coisas.

Quanto ao tema leciona Carlos Fernandes Sessarego que a nova visão do ser humano que nos oferece a filosofia deste século é assumida por um setor de jusfilósofos sensíveis às novas correntes de pensamento. Como corolário desse processo, a tutela do ser humano vem desvalorizando e colocando em segundo plano a proteção do patrimônio. A virada operada no nível da filosofia permite que os jusfilósofos e os juristas dogmáticos percebam que o Direito tem como centro e objeto o ser humano. A nova concepção personalista obriga os estudiosos do Direito a repensar muitas das instituições jurídicas dentro das

¹¹ KIERKEGAARD, Sören. *O conceito da angústia*. Petrópolis: Vozes, 2010.

¹² HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2006.

¹³ SARTRE, Jean Paul. *O ser e o nada*. Ensaio de ontologia fenomenológica. Petrópolis: Vozes, 2002.

¹⁴ JASPERS, Karl. *Filosofia da existência*. Rio de Janeiro: Imago, 1973.

quais se encontra o direito de danos e a responsabilidade civil.¹⁵

A observação da história mostra nitidamente a migração da sociedade de pequenos proprietários e burgueses, típica da ideologia e do período do Código Civil francês de 1804, que era fundada prevalentemente na propriedade privada, com uma concepção estática da responsabilidade civil, para a sociedade pós-industrial, globalizada e flexível, com uma economia caracterizada pelo dinamismo das relações jurídicas e dos negócios, gerando múltiplos e graves danos às pessoas humanas, fato que também ajudou a impulsionar os juristas e os legisladores à revalorização de uma concepção humana da responsabilidade civil que estabeleça uma correta relação entre dano e pessoa, como de resto se deu com o Código Civil italiano de 1942 e, na realidade latino-americana, com o Código Civil peruano de 1984¹⁶ e com o Código Civil brasileiro de 2002¹⁷, em diversos de seus dispositivos.

A primeira Constituição pós-moderna que colocou a dignidade da pessoa humana em posição central foi a italiana de 1947, sendo por essa razão que os juristas italianos iniciaram uma revisão da responsabilidade civil, interpretando o seu Código Civil de 1942 a partir da necessidade de proteção integral do ser humano e revendo a abordagem patrimonialista que vigorava naquela época.¹⁸

¹⁵ Sessarego, *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*, p. 35.

¹⁶ “Art. 1985. La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cessante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha em que se produjo el daño.”

¹⁷ O Código Civil de 2002, revelando uma preocupação central com a pessoa, trouxe um rol exemplificativo de direitos da personalidade (artigos 11 ao 21), conectando mais à frente, no capítulo da responsabilidade civil, com os mecanismos de ressarcimento dos danos causados às pessoas (artigos 186, 187 e 927 ao XXX).

¹⁸ A primeira referência doutrinária quanto aos danos à pessoa humana é de Guido Gentile, *Danno alla persona*, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, Milano: Giuffrè, 1962, p. 634 e seg.

Na realidade brasileira, somente com a Constituição Federal de 1988 é que se reconheceu, definitivamente, a ressarcibilidade dos danos pessoais, de forma independente e autônoma, na modalidade dos danos morais. Até então, o centro de preocupação da responsabilidade civil era exclusivamente o patrimônio, sequer se admitindo a possibilidade de reparação das repercussões extrapatrimoniais do ilícito.

Sendo os direitos à integridade psicofísica e a liberdade do ser humano direitos subjetivos fundamentais garantidos a todos, independentemente de classe social, idade e da capacidade de produzir riqueza pelo trabalho, passou-se a admitir, ainda que não haja prejuízos patrimoniais, a necessidade de proteção e reparação das violações dos direitos fundamentais por meio de uma indenização autônoma pelos danos à pessoa humana, objetivamente considerada e de forma independente das repercussões patrimoniais.

Essa visão também leva à conclusão que, quanto aos danos causados à pessoa humana dos trabalhadores, além do ressarcimento dos prejuízos materiais, na modalidade dos danos emergentes, lucros cessantes e pensionamento, também deverá ser recomposto o seu patrimônio jurídico fundamental com a fixação de uma indenização pela repercussão pessoal do dano injusto.

É por isso que atualmente, em atividade conceitual, o jurista pode definir dano como a repercussão da violação a um interesse juridicamente protegido, cuja violação repercute sobre a vítima podendo atingir seus interesses patrimoniais ou extrapatrimoniais, independentemente do objeto violado.

Poderá haver violação direta do ser humano (danos à pessoa humana), com repercussões patrimoniais e extrapatrimoniais, como pode haver agressão de uma coisa ou objeto, com ambas as repercussões. Objetivamente o juiz verificará a ocorrência de danos à pessoa humana quando houver violação da sua inte-

gridade psicossomática ou da sua liberdade, ou seja, quando violado quaisquer dos seus direitos humanos e fundamentais tutelados pelos tratados internacionais de direitos humanos e pela Constituição Federal.

Carlos Fernandez Sessarego adverte que os danos à pessoa são aqueles cujos efeitos recaem no ser humano, considerado em si mesmo, enquanto sujeito de direito, desde a concepção até a morte. Dada a complexidade do ser humano, os danos podem afetar alguma ou várias de suas múltiplas manifestações. Como o ser humano é uma unidade psicossomática sustentada na liberdade, os danos que contra ela se cometam podem lesionar algum ou vários dos aspectos somáticos ou psíquicos do sujeito ou incidir em sua própria liberdade.¹⁹

Desse núcleo conceitual da pessoa humana, a doutrina classificou várias espécies de danos à pessoa, como os danos biológicos, os danos à saúde, os danos à liberdade, os danos sexuais, os danos ao projeto de vida, os danos existenciais, os danos relacionais, os danos à identidade pessoal, conforme um determinado aspecto da natureza humana seja ofendido, cujas repercussões da violação são ressarcíveis, além dos aspectos patrimoniais, principalmente em seus aspectos pessoais, de acordo com o direito fundamental que tenha sido violado.

A propósito do tema, Carlos Fernández Sessarego foi quem introduziu na América do Sul o estudo dos danos à pessoa humana, tendo partido da mesma premissa da divisão das repercussões dos danos para concluir que tanto os danos à pessoa (danos subjetivos), como os danos às coisas (danos objetivos), podem ter, indistintamente, consequências jurídicas patrimoniais e extrapatrimoniais ou também apresentar, simultaneamente, ambos os tipos de consequências.²⁰

¹⁹ Sessarego, *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*, p. 37.

²⁰ *“Es de advertir, como es obvio, que tanto los daños subjetivos o daños a la persona como los daños objetivos o sobre las cosas, pueden tener indistintamente consecuencias patrimoniales como extrapatrimoniales o presentar simultáneamente ambos os tipos de consecuencias. Ello dependerá, como es obvio, de la posibilidad o no de*

Dessa referida classificação pode-se concluir que a indenização não deve limitar-se às consequências das violações incidentes apenas no aspecto de produzir riqueza por parte da vítima do dano (danos patrimoniais), devendo-se compreender, principalmente, os efeitos da lesão nos direitos fundamentais da pessoa humana, cujas repercussões são pessoais, autônomas e independentes do ressarcimento dos prejuízos financeiros. Disso segue que é irrelevante o ressarcimento patrimonial das consequências do ato ilícito, o qual não apaga as consequências pessoais, as quais, inclusive para o autor, têm preferência sobre as consequências materiais da lesão.

O professor peruano avança para propor a revisão dos conceitos jurídicos da responsabilidade civil, uma vez que a antiga distinção entre dano patrimonial e dano extrapatrimonial põe em evidência o predominante interesse da doutrina e da jurisprudência de privilegiar o dano às coisas exteriores ao ser humano, sendo um reflexo da visão patrimonialista predominante no direito da época.

Para Sessarego, cuja lição acolhemos, desde uma perspectiva humanista que centra o direito na pessoa, é que deveríamos melhor referir aos danos pessoais quando o ente ofendido é o ser humano e os danos extrapessoais quando os entes ofendidos são as coisas exteriores ao homem. O ponto de referência para a ciência jurídica pós-moderna não pode seguir sendo o patrimônio, vez que já é passada a hora de mudar de mentalidade e centrar o Direito, e sua correspondente linguagem técnica, em torno da pessoa humana.²¹

A compreensão da tutela jurídica tanto da pessoa humana como das coisas e a conseqüente multiplicidade das consequências do dano injusto causado, revela que a jurisprudência clássica, preocupada com os aspectos patrimoniais da lesão, deixava de reparar os aspectos mais importantes do ser humano, que são

valorizar em dinero tales consecuencias.” (Sessarego, op. cit., p. 31).

²¹ Sessarego, Apuntes sobre el daño a la persona, p. 17.

os seus direitos fundamentais.

A partir da virada humanista, na filosofia e na teoria do direito, também observamos uma recente evolução na doutrina e parte da jurisprudência brasileira, reconhecendo-se a possibilidade ontológica de violação das pessoas e das coisas e, sucessivamente, que as repercussões da ofensa podem ser patrimoniais, também conhecidas como danos materiais, e extrapatrimoniais, aglomeradas, ainda entre nós, como os danos morais.

3. DANO À IDENTIDADE PESSOAL DO TRABALHADOR

Os direitos humanos, fundamentais e da personalidade, assim nomeados conforme estejam dispostos em tratados internacionais, na Constituição ou no direito privado²², acenam para a proteção integral da pessoa²³, decorrendo que conforme sejam violados alguns dos direitos parcelares que compõe a dignidade humana, dogmaticamente podemos classificá-los como danos à identidade pessoal, enquanto espécie dos danos à pessoa humana.

A doutrina italiana foi quem primeiro identificou que

²² Anderson Schreiber leciona que os direitos da personalidade consistem em atributos essenciais da pessoa humana, cujo reconhecimento jurídico resulta de uma evolução de conquistas históricas, de sorte que o mesmo tema foi tratado sob diferentes enfoques e nomenclaturas. No plano do direito internacional, os atributos da personalidade humana merecedores de tutela são denominados de direitos humanos, no plano constitucional de direitos fundamentais e no plano do direito privado de direitos da personalidade, entretanto “trata-se, como se vê, do mesmíssimo fenômeno encarado por facetas variadas. O valor tutelado é idêntico e unitário: a dignidade humana” (Schreiber, *Direitos da personalidade*, p. 13).

²³ Gustavo Tepedino defende que a dignidade humana ocupa o centro do ordenamento jurídico, irradiando suas eficácias tanto para o direito público como para o privado, razão pela qual precisamos atualmente superar a dicotomia entre os dois citados ramos em busca de posicionar a pessoa humana como valor unitário e carente de proteção integral. Para o autor, os direitos da personalidade do direito privado nada mais são que os direitos fundamentais do direito público, vistos por diferentes perspectivas descritivas. “Tem-se a personalidade como conjunto de características a atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico.” (Tepedino, *Temas de Direito Civil*, p. 27).

uma parte desses atributos da personalidade era voltada a garantir aos cidadãos a preservação da sua individualidade no meio social, da sua identidade pessoal, ou, no dizer dos próprios juristas italianos, o direito de ser si mesmo (*diritto ad essere se stesso*).²⁴

As lições doutrinárias foram acolhidas pela jurisprudência, valendo-se referir a uma sentença romana de 06 de maio de 1974, na qual o juiz enfrentou a situação de dois advogados que alegaram violação do direito de imagem, garantido na Constituição italiana de 1947.

Durante os primeiros anos de década de 1970, foi realizado na Itália um referendo em relação à lei do divórcio, devendo a população definir se mantinha ou não a possibilidade no direito positivo. Havia grupos que defendiam as posições antagônicas, com campanhas de conscientização e convencimento do eleitorado.

O grupo que defendia a revogação da lei confeccionou e distribuiu um panfleto contendo a imagem de um casal, que opinava em favor da revogação. Eram ambos apresentados como cônjuges e trabalhadores rurais interioranos.

O apontado casal ajuizou ação pleiteando a reparação dos danos, tendo provado que não eram casados, mas apenas amigos, que não eram camponeses, mas advogados, e que, ao contrário da opinião divulgada no panfleto, eram ambos favoráveis ao divórcio e à manutenção da legislação ordinária permissiva.

O magistrado romano, embora reconhecesse que não havia no direito positivo italiano um direito à identidade pessoal, derivou a sua proteção da cláusula geral que prescreve que a República admite e garante os direitos individuais do ser humano (art. 2^a da Constituição de 1947), para dizer na sentença que ocorreu a lesão não apenas do direito da imagem com a publicação inconstitucional da fotografia (perspectiva estática da personalidade), mas, principalmente, que o direito à identidade pessoal

²⁴ Por todos, Giorgio Pino, *Il diritto all'identità personale*, p. 188.

de ambos havia sido violado pela conduta que falseou o estado civil, a identidade profissional e distorceu as suas posições políticas e ideológicas em torno do tema do divórcio (perspectiva dinâmica da personalidade).²⁵

Após algumas outras manifestações de primeira e segunda instância, ainda nas décadas de 1970 e 1980, o tema estudado chegou à apreciação da Corte de Cassação italiana, por intermédio de julgado de junho de 1985, ocasião em que a Corte descreveu a identidade pessoal como o interesse de cada sujeito, considerado como merecedor de tutela jurídica, de ser representado na sua vida de relações com a sua verdadeira identidade, tal como esta é conhecida na realidade social, geral ou particular, com aplicação dos critérios da normal diligência e da boa-fé subjetiva. Para a Cassação, cada pessoa tem interesse de que na sua coletividade não seja desnaturalizado, ofuscado o seu próprio patrimônio intelectual, político, religioso, social, ideológico, profissional, etc., tal como se havia exteriorizado ou aparentado, com base em circunstâncias concretas e unívocas no ambiente social. O direito à identidade pessoal tende a garantir a fiel e completa representação individual do sujeito no âmbito da comunidade na qual tal personalidade vem desenvolvendo-se, exteriorizando-se e solidificando-se.²⁶

Finalmente, já na década de 1990, a Corte Constitucional italiana admitiu que a identidade pessoal constitui um bem em si mesmo, independentemente da condição pessoal e social, das virtudes e dos defeitos do sujeito, de modo que a cada um é reconhecido o direito a que sua individualidade seja preservada.²⁷

Um dos principais representantes teóricos dos danos à identidade pessoal na experiência peninsular foi Adriano de Cupis, para quem o indivíduo, enquanto unidade da vida social, po-

²⁵ Sentença publicada em *Giurisprudenza italiana*, 1975, I, 2, p. 514 e seg.

²⁶ Sentença publicada em *Nuova Giurisprudenza Commentata*, 1987, II, p. 467 e seg.

²⁷ Sentença n. 13 de 1994.

lítica e jurídica, tem necessidade de afirmar a sua própria individualidade, distinguindo-se dos outros indivíduos, e, por conseguinte, ser conhecido por quem é na realidade, sendo que o principal atributo que compõe o direito à identidade pessoal é o nome, com as suas mais diversas variações, como o nome próprio, o sobrenome, o pseudônimo, o título nobiliário, o sinal figurativo e o nome da pessoa jurídica, inclusive.²⁸

A partir da adoção jurisprudencial italiana, com reforço teórico da doutrina, espalhou-se por toda a experiência jurídica daquele país a admissão do direito à identidade pessoal como parcela autônoma dos direitos da personalidade, passível de violação e ressarcimento independentes, ainda que não haja previsão expressa específica no ordenamento, constitucional ou legislativo.

Já em Portugal, a proteção autônoma da identidade pessoal foi acolhida expressamente pela Constituição de 1976, constando em seu artigo 26º, 1, que 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.”

Entretanto, a doutrina lusitana restringiu o alcance interpretativo do direito constitucional para os aspectos estáticos da identidade pessoal, como o direito ao nome e suas variações, ascendência genética, origem, nacionalidade, raça etc., mas não se ocupou de desenvolver e proteger os aspectos dinâmicos da personalidade, barateando as potencialidades interpretativas da sua moderna Constituição.

A primeira abordagem jurídica ampliadora do direito à identidade pessoal na América do Sul coube ao professor Carlos

²⁸ De Cupis, Os direitos da personalidade, p. 179 e seg.

Fernandez Sessarego²⁹, cuja proposta científica influenciou o legislador constitucional a adotar a perspectiva da identidade pessoal no direito positivo daquele país, por meio da nova Constituição de 1993³⁰, tendo também o jurista influenciado, em razão de sua publicação acadêmica por editora argentina, a Constituição da Cidade de Buenos Aires de 1996³¹ e decisões judiciais nesse último país.

Sessarego inicia a sua definição da identidade pessoal a partir da filosofia existencialista de Sartre, admitindo que o ser humano possui o atributo da liberdade, podendo, por isso, escolher a melhor forma de desenvolvimento da personalidade, a qual é composta de atributos estáticos e dos atributos dinâmicos, que podem ser cambiantes durante o passar dos anos.

A identidade pessoal, como consequência, tem dois vértices, um estático e outro dinâmico. Entre os elementos estáticos da identidade estão, além do nome e genoma, as características físicas substanciais, as impressões digitais, a etnia, o sexo, a data e lugar de nascimento, a ascendência genética, entre outros.

Já os elementos dinâmicos são aqueles que, enquanto ser livre, vai se adquirindo durante o curso da vida. Eles constituem o patrimônio cultural, religioso, ideológico, político, profissional, psicológico, sentimental e social da pessoa, cujos traços em

²⁹ SESSAREGO, Carlos Fernandez. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea, 1992 e SESSAREGO, Carlos Fernandez. Daño a la identidad personal. *THEMIS Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 36, segunda época, Lima, 1997, p. 245 e seg.

³⁰ “Art. 2º. *Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridade moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es “sujeto de derecho” en todo cuanto le favorece. (...)”*

³¹ “Art. 12. *La Ciudad garantiza: 1 – El derecho a la identidad de las personas. Asegura su identificación en forma inmediata a su nacimiento, con los métodos científicos y administrativos más eficientes y seguros. En ningún caso la indocumentación de la madre es obstáculo para que se identifique al recién nacido. Debe facilitarse la búsqueda e identificación de aquellos a quienes les hubiera sido suprimida o alterada su identidad. Asegura el funcionamiento de los organismos estatales que realicen pruebas inmunogenéticas para determinar la filiación y de los encargados de resguardar dicha información.*”

conjunto individualizarão o ser humano em seu ambiente.

A partir dessas premissas, Sessarego define o alcance conceitual do direito à identidade pessoal com o reconhecimento de que a identidade compreende tudo aquilo que faz que a pessoa seja quem realmente é, como a bagagem de ideias e sentimentos que possui, o seu modo de proceder, suas condutas em geral. Cada pessoa, por isso, tem a “sua verdade” e nada pode desfigurar essa realidade. A verdade pessoal é o que protege, em última instância, o direito à identidade pessoal. A identidade pessoal, na sua essência, é o conjunto dos dados biológicos, atributos e características que, dentro da igualdade do gênero humano, permitem distinguir indubitavelmente uma pessoa de todas as outras.³²

Desse direito decorre que não se pode imputar à pessoa inexatidões, dados falsos sobre qualquer de seus elementos estáticos ou atribuir-lhe condutas ou ideias que não pertençam ao que a pessoa é, na sua perspectiva dinâmica. Também não se pode negar algum elemento notório que define a identidade de cada um, contestando o nome de uma pessoa, atribuindo-lhe um estado civil falso, alterando a sua crença religiosa, imputando uma ideologia política que não lhe corresponde, falseando ou alterando a sua ascendência, a idade e local de nascimento, o sexo e a orientação sexual, bem como a sua profissão, em resumo, quando se lhe imputam traços da personalidade que não lhe define ou se ocultam outros que lhes são inerentes e podem contribuir de maneira notória a definir a sua identidade.

A identidade pessoal, geralmente, é violada mediante

³² “La verdad personal constituye, por lo tanto, lo que suele aludir como el bien jurídico protegido por el derecho a la identidad personal. Este derecho supone el que aprecie a la persona tal cual es, sin alteraciones, desfiguraciones, desnaturalizaciones, falseamientos o distorsiones. Es decir, sin imputarle, de una parte, atributos de los que carece o, de outro, omitir aspectos fundamentales que contribuyen a presentar al sujeto em la plenitude de su verdad personal. El derecho a la identidad personal significa, por consiguiente, el respeto que merece la verdad biográfica de toda persona.” (Sessarego, *Dãno a la identidad personal*, p. 250).

opiniões, notícias e informações vertidas pelos meios de comunicação ou por publicações de outra índole, notadamente pelas redes sociais, que alterem a verdade pessoal da vítima, falseando a sua biografia, distorcendo a sua maneira de ser e pensar.³³

O direito à “verdade pessoal”, cuja violação gera os danos à identidade pessoal, diferencia-se da proteção constitucional da honra, imagem e reputação das pessoas, na medida em que, quanto às últimas, apenas a imputação depreciativa de determinada característica é que acarreta a sua violação, enquanto o primeiro é lesionado com o simples falseamento ou omissão, ainda que não depreciativo, de um dos substratos, estáticos ou dinâmicos, que compõe a personalidade. Imputar a alguém a qualidade de católico fervoroso não importa em violação da sua honra, já que ser católico não revela posição depreciativa, embora a mesma imputação pode gerar danos à identidade pessoal se a pessoa revela-se socialmente como ateu.

Se no Brasil não há, como ocorre nas Constituições portuguesa de 1976 e a peruana de 1993, uma disposição expressa do direito à identidade pessoal, os autores brasileiros, à maneira dos italianos, começaram a defender a sua existência como uma decorrência imediata da dignidade da pessoa humana, assim como dos direitos da personalidade positivados no Código Civil de 2002, na medida em que, se não há referência expressa à identidade, de outro lado há ostensiva preocupação com os direitos parcelares que a compõe, como a proteção dos aspectos estáticos e dinâmicos.

O próprio Carlos Fernandez Sessarego defendeu que a inexistência de uma referência legislativa expressa à proteção da identidade pessoal não pode ser considerada como um empecilho ao seu reconhecimento, notadamente em modelos jurídicos democráticos e preocupados com a proteção integral da pessoa humana:

³³ Sessarego, Dãno a la identidad personal, *passim*.

Consideramos que en aquellos países en los que todavía la legislación no ha reconocido entre los derechos de la persona a aquel referente a su identidad, no existe ningún impedimento para que los jueces la tutelen fundándose para ello en las cláusulas generales y abiertas que aparecen en sus Constituciones o en sus códigos civiles y, en última instancia, reconociendo la exigencia jurídica de tutelar cualquier interés existencial que derive de la dignidad de la persona humana. Esta es una experiencia que se percibe en algunos países, como es el caso de Italia y, recientemente, el de la República Argentina.³⁴

Na Colômbia, assim como na Itália, na Argentina e no Brasil, não há referência direta à proteção da identidade pessoal prevista na Constituição, mas a Corte Constitucional daquele país decidiu que *“el derecho a la identidad personal es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos. El derecho a la identidad supone un conjunto de atributos, calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad.”*, derivando-a do princípio central da dignidade humana, inclusive admitindo os seus aspectos estáticos e dinâmicos, bem por isso que a Corte concluiu que *“tal reconocimiento permite la posibilidad de desarrollar su vida, de obtener su realización, es decir, el libre desarrollo de su personalidad.”*³⁵

Entre os diversos direitos da personalidade tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro, notadamente na Constituição Federal e nos artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002, encontram-se o direito ao nome, à intimidade, vida privada, imagem, integridade física e mental, entre outros, todos eles integrantes do conceito de identidade pessoal do ser humano e que decorrem da dignidade humana.

Maria Celina Bodin de Moraes diz que a proteção da identidade pessoal deriva da necessidade de preservação da individualidade das pessoas, por isso que incluem no seu conceito

³⁴ Sessarego, Daño a la identidad personal, p. 254.

³⁵ Sentença n. T-477/95, de 23 de outubro de 1995.

a identidade estática (direito ao nome, origem genética, identificação biofísica, proteção da imagem-retrato) e a identidade dinâmica (estilo individual e social, verdade biográfica, imagem-atributo), cujo conjunto de atributos inerentes à personalidade humana identifica o direito à identidade pessoal.³⁶

Para a autora, a interpretação do art. 21 do Código Civil, à luz do princípio da dignidade humana e da complexidade dos direitos da personalidade, é no sentido de que a inviolabilidade da vida privada não se limita apenas à preservação do microcosmo da residência, mas todo o espaço da liberdade de escolhas existenciais, entre as quais se destaca a proteção da identidade pessoal.

Em uma ocasião o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a existência do direito à identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro, como corolário da dignidade humana, na sua perspectiva dinâmica³⁷, para autorizar a adequação do registro civil após a cirurgia de mudança de sexo, como uma forma de proteger o ser humano e afirmar a sua individualidade social. Anotou a ementa do acórdão que:

A interpretação conjugada dos arts. 55 e 58 da Lei n. 6.015/73 confere amparo legal para que transexual operado obtenha autorização judicial para a alteração de seu prenome, substituindo-o por apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive.

Não entender juridicamente possível o pedido formulado na exordial significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo à sua nova condição física, impedindo, assim, a sua integração na sociedade.³⁸

³⁶ Bodin de Moraes, Ampliando os direitos da personalidade, p. 27/28.

³⁷ Em outras duas ocasiões o Superior Tribunal de Justiça fez referência ao direito à identidade pessoal, mas em sua perspectiva estática da identificação genética e verdade biológica do indivíduo (STJ – 4ª Turma – REsp 876.434/RS – Rel. p/ ac. Min. Marco Buzzi – DJE 01.02.2012) e no direito de convivência entre pais e filhos como mecanismo de formação da identidade pessoal dos últimos (STJ – 3ª Turma – MC 16.357/DF – Relª. Minª. Nancy Andrighi – DJE 16.03.2010).

³⁸ STJ – 4ª Turma – REsp 737.993/MG – Rel. Min. João Otávio Noronha – DJE

No mesmo sentido leciona Anderson Schreiber que a pessoa humana, em sua complexidade e singularidade, acaba representada, na sociedade atual em que vivemos, de modo apressado, incompleto, provisório e, não raro, falso. O direito à identidade pessoal surge nesse contexto como um instrumento promocional que estimula o encontro do ser humano com a sua autêntica singularidade, rumo a mais plena realização da pessoa humana. E acrescenta o autor:

Como se viu, o direito à identidade pessoal vai muito além da proteção ao nome. Abrange traços distintivos da mais variada ordem, como estado civil, etnia, orientação sexual, impressões digitais, ideologia política, crença religiosa e assim por diante. Não há aqui, a rigor, sobreposição com aspectos já abrangidos por outros direitos da personalidade, como o direito à imagem e o direito à privacidade. Isso porque o direito à identidade pessoal não se confunde com a tutela isolada e estática de cada um desses aspectos. A identidade pessoal deve ser vista em perspectiva funcional e dinâmica, voltada a promover e garantir uma fidedigna apresentação da pessoa humana, em sua inimitável singularidade.³⁹

E a partir das premissas fixadas, arremata Schreiber que no ordenamento jurídico brasileiro, o direito à identidade pessoal merece proteção por representar aspecto relevante da dignidade humana. É verdade que o direito à identidade não encontra previsão expressa no Código Civil de 2002, não se tratando de atributo tradicionalmente incluído no rol dos direitos da personalidade. Sua compreensão e desenvolvimento são mais recentes, mas isso não deve servir de obstáculo para a sua proteção entre nós, na medida em que os direitos da personalidade são uma categoria aberta, que abarca aspectos historicamente variáveis, cujo conteúdo tende sempre à expansão, na esteira da progressiva marcha do direito rumo a mais ampla realização da dignidade da pessoa humana.⁴⁰

18.12.2009.

³⁹ Schreiber, *Direitos da personalidade*, p. 220.

⁴⁰ *Idem*, p. 220/221.

Gustavo Tepedino, no mesmo caminho, diz que não podemos esquecer que o rol catalográfico dos direitos da personalidade, indicado pelos doutrinadores ou dispostos em determinado direito positivo – como nos artigos 11 a 21 do Código Civil brasileiro – não encerram um rol taxativo. Os preceitos ganham, contudo, algum significado se interpretados como especificação analítica da cláusula geral de tutela da personalidade prevista no Texto Constitucional do art. 1º, III (a dignidade humana como valor fundamental da República). A partir daí, deve o interprete afastar-se da ótica tipificadora seguida pelo Código Civil, ampliando a tutela da pessoa humana não apenas no sentido de contemplar novas hipóteses de ressarcimento, mas, em perspectiva inteiramente diversa, no intuito de promover a tutela da personalidade mesmo fora do rol de direitos subjetivos previstos pelo legislador codificado.⁴¹

Em estudo específico do tema, Raul Cleber da Silva Choeri reconhece que o direito à identidade pessoal tutela a proteção de toda pessoa expressar sua verdade pessoal, “quem de fato é”, em suas realidades física, moral e intelectual. A proteção da identidade impede que se falseie ou altere a verdade da pessoa, de forma a permanecerem intactos os elementos que revelam sua singularidade como unidade existencial no todo social.⁴²

Outro exemplo ilustrativo da violação da identidade pessoal ocorreu com um advogado paulista que, na companhia de sua esposa, encontrou um casal de amigos em uma cafeteria de São Paulo. Sem saber que sua imagem havia sido capturada clandestinamente abraçando o amigo, acabou vendo a sua fotografia estampar uma matéria publicada na *Folha de São Paulo* sob o título “Bairro de São Paulo atrai vizinhança homossexual”. A reportagem tratava do bairro, cujos bares e cafeterias atraíam o chamado “público GLS”. A cafeteria, na qual foi capturada a imagem do advogado e seu amigo, era apontada na reportagem

⁴¹ Tepedino, *Temas de Direito Civil*, p. 37.

⁴² Choeri, *O direito à identidade*, p. 244.

como o local preferido para os encontros escondidos entre homossexuais, marcados pela internet entre possíveis pretendentes ao relacionamento.

O advogado ajuizou ação judicial em defesa da sua imagem e obteve a decisão final do Superior Tribunal de Justiça, com a fixação da indenização por danos morais no valor de R\$ 250.000,00, na medida em que “a matéria jornalística, que identifica como homossexual quem não é, agride a imagem deste, causando-lhe dano moral.”, segundo o acórdão da Corte Superior.⁴³

O exemplo concreto ilustra o conceito de que o dano à identidade pessoal é bem mais amplo que a simples violação da imagem. Tivesse a reportagem citada tratado apenas da alta qualidade das cafeterias do bairro paulistano, com a captura inconsciente da imagem do autor tomando uma xícara de café no estabelecimento, haveria ainda assim a violação do seu direito de imagem (art. 20 do Código Civil), com a consequente indenização por danos materiais e morais, conforme o caso.

Entretanto, o dano foi além da violação da sua imagem, na perspectiva estática, avançando na perspectiva dinâmica da sua identidade pessoal ao atribuir-lhe a identificação como homossexual, afetando o direito de preservação da sua individualidade ou, como dizem os italianos, do direito de ser ele mesmo.

Não que o fato de ser identificado como homossexual cause qualquer dano à sua honra, na medida em que não se pode valorar de forma negativa a sua reputação de acordo com a sua orientação sexual, sob pena de odioso preconceito e discriminação, mas sim pelo fato de a pessoa ser identificada por uma orientação sexual que não é a sua, apresentando-lhe falsamente aos leitores do jornal, da mesma forma que teria a sua identidade pessoal violada um homossexual que fosse apresentado como heterossexual em situação fática semelhante.

Anderson Schreiber, analisando o mesmo caso judicial,

⁴³ STJ – 3ª Turma – REsp 1.063.304/SP – Rel. Min. Ari Pargendler – DJ 13.10.2008.

comenta que se trata, claramente, de violação da identidade pessoal do advogado fotografado, visto que se atribuiu a ele uma orientação sexual que não lhe é própria, apresentando-o “sob falsas luzes” aos leitores do jornal. Não se cuida de examinar valorativamente a apresentação equivocada, se prejudicial ou não à reputação do advogado ofendido ou ao sentimento que detém de si próprio, mas de corrigi-la e sancioná-la pelo simples fato de não se mostrar verdadeira.⁴⁴

Transpondo a questão da proteção jurídica da identidade pessoal para o limite das relações de trabalho, verificamos que poderá haver danos à pessoa humana, na espécie do dano à identidade pessoal, todas as vezes que, ambas as partes da relação, alterarem a identificação da outra mediante o falseamento da sua biografia, distorcendo a sua maneira de ser ou pensar, atribuindo condutas que não foram realizadas ou omitindo condutas que configuram a sua personalidade.

Haverá violação da identidade pessoal do trabalhador quando for coagido a participar de reunião política, contrária às suas convicções, com candidato que recebe apoio do empregador ou mesmo quando tiver de utilizar, durante o horário de trabalho, camiseta de campanha do candidato; quando for obrigado a alterar a sua imagem física para atender demandas empresariais, como nos casos de proibição de uso de brincos, *piercing*, cortes de cabelo etc., ressaltando os casos em que a alteração da imagem guarda relação justificada com as atividades profissionais⁴⁵ ou tenha sido a adequação estética negociada e consentida

⁴⁴ Schreiber, Direitos da personalidade, p. 215.

⁴⁵ Um ótimo exemplo ocorreu no Estado do Rio Grande do Sul, ocasião em que o Tribunal Regional do Trabalho gaúcho manteve a justa causa aplicada e rejeitou o pedido de indenização por danos morais da trabalhadora que foi obrigada a retirar o *piercing* durante o horário de trabalho, justificando-se, concretamente, que a atividade empresarial específica deveria observar certas normas administrativas sanitárias que proibiam a utilização de qualquer joia, adereço ou maquiagem no momento de manipulação de alimentos. (TRT 4ª Região – 9ª Turma – RO 06100-09.2009.5.04.0231 – Rel. Des. Cláudio Antônio Cassou Barbosa – DEJT 24.09.2010).

no ato da contratação, de forma proporcional, respeitado o núcleo essencial da dignidade humana; quando é divulgado, em abuso de direito e para caracterizar uma justa causa, edital em jornal de grande circulação imputando abandono de emprego pelo empregado, entre tantas outras condutas que a dinâmica relação de trabalho pode revelar.

Um espaço muito pródigo para a ocorrência de violação da identidade nas relações de trabalho centra-se no direito do autor de ter seu nome vinculado à obra, conforme art. 5º, XXVII, da Constituição, regulado pela Lei 9.610 de 1998. Entre os direitos do autor da obra está o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização da sua obra (art. 24, II), bem como que o autor não pode alienar ou renunciar ao direito de ter seu nome associado à obra, como ocorre com os demais direitos morais do autor (art. 27), embora, por estipulação contratual específica, possa haver a cessão dos reflexivos direitos econômicos decorrentes da invenção (arts. 28 e 29), resguardada sempre a identificação da autoria.

Nesse contexto, a apropriação pelo empregador ou seus representantes dos inventos do trabalhador, não apenas nos aspectos econômicos – que podem ser objeto de cessão em contrato – mas da autoria da obra, importa em violação de um dos aspectos que compõe o direito à identidade pessoal, como nos casos de alguns profissionais que são contratados para a criação intelectual ou tecnológica, cujos resultados são assumidos como de outrem, como se verdadeiros autores fossem, no que a doutrina convencionou chamar de “pirataria intelectual”. A elaboração de parecer jurídico memorável por jovem advogado, cuja peça jurídica é assinada e divulgada como se do sócio do escritório fosse, sem referência ao autor intelectual, importa em violação da identidade pessoal daquele, assim como as manifestações intelectuais de arquitetos, engenheiros, professores, entre outros profissionais.

Da parte do empregador, ainda que se cuide de pessoa jurídica – na medida em alguns direitos da personalidade lhes são estendidos (art. 52 do Código Civil) – pode ocorrer danos à identidade pessoal quando o empregado dispensado, a título de retaliação, cria perfil falso (*fake*) do empregador nas redes sociais, a partir do qual passa a divulgar informações que não condizem com a biografia pessoal do empresário ou a reputação da empresa, com o intuito de causar constrangimento ou prejuízo na sua imagem perante o mercado consumidor; quando o sindicato laboral divulga notícias em seus meios de imprensa, imputando às empresas ou aos seus dirigentes condutas falsas com o objetivo de constrangê-los para a aceitação das propostas apresentadas em negociação coletiva, entre tantas outras possibilidades de violações.

Uma questão que nos parece controversa é a respeito da necessidade de prova material da violação da identidade pessoal para dar início ao mecanismo jurídico de restauração e reparação do dano. Nos casos de imposição de alteração injustificada da imagem do trabalhador, não precisa haver prova alguma de quais foram as repercussões do ato sobre a sua identidade, o que é presumido (*in re ipsa*), porém já no caso da reunião política ou da utilização da camiseta de campanha, acreditamos socorrer ao empregador a prova do consentimento do trabalhador em participar do ato – quando, por exemplo, o encontro foi realizado após o horário de trabalho e com a participação facultativa – ou mesmo se o empregador comprovar que, em suas manifestações fora do ambiente de trabalho, a alegada vítima tenha externado manifestações de apoio ao mesmo candidato, fatos que, juridicamente, são admitidos como extintivos e impeditivos do direito do autor da ação, cuja prova incumbiria ao réu-empregador.

A boa-fé objetiva (artigos 113, 187 e 422 do Código Ci-

vil), com os seus deveres parcelares de informação, de esclarecimento e consentimento informado⁴⁶, é decisiva na verificação dos danos à identidade pessoal nas relações de trabalho, na medida em que as alterações solicitadas aos empregados, quanto aos direitos da personalidade, podem ter sido negociadas de forma transparente e consentidas no ato da contratação, mediante o instrumento do contrato de trabalho individual ou o assentimento ao regulamento empresarial vigente.

A propósito do princípio contratual da boa-fé objetiva, que radica na teoria geral dos contratos, alcançando os contratos de trabalho, individuais ou coletivos, leciona a professora Gisela Hironaka que:

Da consagração da boa-fé objetiva nas relações contratuais decorrem principalmente os deveres de informação, de colaboração e cuidado, somatória que realiza a insofismável verdade de que, em sede contratual, se lida com algo bem maior que o simples sinalagma: lida-se com pressupostos imprescindíveis e socialmente recomendáveis, como a fidelidade, a honestidade, a lealdade, o zelo e a colaboração. Enfim, está presente, também na ambiência contratual, o sentido ético, a tendência socializante e a garantia de dignidade que são, por assim dizer, as marcas ou marcos deste direito que, perpassando os séculos, se apresenta modificado aos primórdios do milênio novo.⁴⁷

É por isso que deve ser rejeitada, por exemplo, a alegação de violação da identidade pessoal de um ator contratado por uma

⁴⁶ Nelson Rosenvald, descrevendo os deveres contratuais anexos que derivam da boa-fé objetiva, anota que “a boa-fé objetiva é horizontal, concerne às relações internas dos contratantes. Atende ao princípio da eticidade, pois polariza e atrai a relação obrigacional ao adimplemento, deferindo aos parceiros a possibilidade de recuperar a liberdade que cederam ao início da relação obrigacional. Mediante a emanção de deveres laterais - anexos, instrumentais ou de conduta -, de cooperação, informação e proteção, os parceiros estabelecem um cenário de colaboração desde a fase pré-negocial até a etapa pós-negocial, como implicitamente decorre da atenta leitura do art. 422 do Código Civil. Dentro de sua tridimensionalidade (funções interpretativa, integrativa e corretiva), a boa-fé ainda exerce uma função de controle, modelando a autonomia privada, evitando o exercício excessivo de direitos subjetivos e potestativos, pela via do abuso do direito.” (A função social do contrato, p. 89).

⁴⁷ Hironaka, Tendências do Direito Civil no Século XXI, p. 113.

companhia de teatro para interpretar um personagem homossexual, com posterior divulgação pré-consentida na imprensa das imagens do ator caracterizado para o papel, para fins de promoção do espetáculo.

Uma última observação importante é a que a discussão e a contratação, mediante cláusula individual ou adesão ao regulamento empresarial, é uma pauta segura de verificação da boa-fé objetiva em relação à restrição de parte dos direitos fundamentais dos trabalhadores nas relações de trabalho, entretanto é importante observar atentamente se a restrição imposta é proporcional, na medida em que ela seja apta a resguardar os direitos empresariais que a imposição contratual objetiva preservar, que é a imagem da empresa e a proteção dos seus direitos imateriais e materiais perante o público geral e o mercado consumidor.

Segue disso que, somente com o fim justificado faticamente de preservar a imagem das empresas, é que se admite a contratação, individual, coletiva ou por meio de regulamento já existente, da restrição de direitos da personalidade dos seus empregados. Um resultado operacional dessa verificação concreta é que não se justifica faticamente qualquer restrição da liberdade dos trabalhadores fora do local e do horário de trabalho, não podendo o empregador tentar controlar a vida privada e social dos seus empregados, na medida em que não tenham as condutas potencial de violação de legítimos interesses empresariais.⁴⁸

⁴⁸ Em um julgado recente, o Tribunal Superior do Trabalho, muito apropriadamente, reformou a decisão de segunda instância, para absolver o empregador do dever de indenizar a família de um empregado morto por um colega de trabalho durante uma discussão no alojamento da empresa, após o consumo de bebida alcoólica. Se a decisão regional havia condenado o empregador sob o argumento de que deveria a empresa fiscalizar e proibir o consumo de bebidas alcólicas em seu alojamento, mesmo que fora do horário de trabalho, o TST, por sua vez, concluiu que o empregador não tinha qualquer responsabilidade no evento, ainda que dentro do seu alojamento, na medida em que “a vigilância integral, como medida de controlar os seus empregados quando não mais estivessem à sua disposição, pois fora do horário de trabalho, implicaria ofensa à intimidade e à vida privada, direitos garantidos constitucionalmente.” (TST – 4ª Turma – RR 010894-46.2014.5.15.0052 – Relª. Minª. Maria de Assis Calsing – DEJT 18.12.2015).

Qualquer cláusula contratual nesse sentido, notadamente a adesão ao regulamento existente de modo impositivo, é inconstitucional e ilegal, por violar desproporcionalmente os direitos fundamentais de intimidade, vida privada e liberdade dos trabalhadores, afetando a sua identidade pessoal.

As cláusulas restritivas válidas são aquelas que se justificam de acordo com a natureza da atividade (como a limitação de cabelo longo, barba e acessórios nas atividades de manipulação de alimentos) ou aquelas que visam preservar a imagem da empresa perante o público em geral e o consumidor em específico.

4. IDENTIDADE PESSOAL DO TRABALHADOR NAS EMPRESAS DE TENDÊNCIA

A complexidade social e os multiculturalismos próprios da sociedade pós-moderna, com a coexistência tolerante das diversas linhas ideológicas, também se inseriu na atividade econômica, com o surgimento de empresas especializadas em produtos ou serviços de determinada linha ideológica, como ocorre com sindicatos, escolas religiosas, partidos políticos, empresas jornalísticas de determinada linha editorial etc., em cujo contexto das relações de trabalho surge a colisão entre os direitos fundamentais dos empregados e empregadores de manterem suas próprias liberdades ideológicas ou de pensamento, afetando em alguma medida a identidade pessoal dos trabalhadores que celebram contratos com as empresas especiais.

O debate acerca do conflito entre a liberdade ideológica e a preservação da identidade pessoal dos trabalhadores nas empresas com fim ideológico foi objeto de profícuo debate na doutrina espanhola⁴⁹, na qual as específicas empresas eram conceituadas como de tendência. Segundo a doutrina espanhola, seriam

⁴⁹ VAL TENA, Angel Luis. *Las empresas de tendencia ante el Derecho del Trabajo*:

empresas ideológicas ou de tendência àquelas dirigidas ao objetivo de fins políticos, sindicais, confessionais, altruísticos, educativos, artísticos e similares que pressupõe a adesão a uma particular ideologia ou concepção de mundo, chamada “tendência”, inclusive por parte do prestador de trabalho a ela dependente⁵⁰, cujo elemento ideológico se configura como uma característica qualitativa que integra o objeto contratual.

Ao lado das empresas de tendência, há a grande maioria das empresas classificadas como neutras ideologicamente, cuja atividade não está voltada a uma determinada tendência ou a um público consumidor em específico. É intuitivo derivar que dentro das empresas ideológicas também há funções que sejam neutras, como as exercidas pela auxiliar de serviços gerais que faz a limpeza do estabelecimento.

Para os empregados das empresas neutras ideologicamente e mesmo aqueles que trabalham em atividades acessórias, burocráticas e atividades-meio nas empresas de tendência, a liberdade de pensamento e manifestação é preservada, como decorrência do direito à identidade pessoal do trabalhador, somente sendo lícita qualquer adaptação ou conformidade quando legitimamente negociada, com boa-fé objetiva, no ato da contratação, seja por meio de uma cláusula contratual ou adesão ao regulamento interno vigente, como já definido no item anterior.

A grande questão a ser enfrentada é a dos empregados das empresas de tendência que trabalham diretamente em suas

liberdad ideológica y contrato de trabajo. Proyecto Social Revista de relaciones laborales, n. 02, 1994, p. 177-198. PENALVA, Alejandra Selma. *La trascendencia práctica de la “vinculación ideológica” en las empresas de tendencia en el ámbito de las relaciones de trabajo. Anales de Derecho*, Universidade de Murcia, n. 26, 2008, p. 299-332. CATALÁ, Raquel Poquet. *El despido ideológico en empresas de tendencia. Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 08, 2015, p. 229-250. SEIN, José Luis Goñi. *Libertad ideológica, libertad religiosa y empresas de tendencia*. In: GRAU, Antonio Pedro Baylos; PEREIRO, Jaime Cabeza; VILLALÓN, Jesús Cruz et al. (Coord.). *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010*. Barcelona: La Ley, 2015, p. 279-307.

⁵⁰ Guerin, *La extinción del contrato de trabajo por razones ideológicas*, p. 179/180.

atividades-fim e representam os seus ideais, produtos ou serviços perante o público consumidor e toda a coletividade, prestando serviços dirigidos a conseguir especificamente a finalidade da empresa, como ocorre no caso do professor de ensino religioso da escola privada católica ou do jornalista que atua na revista especializada em vinhos.

Lecionando sobre a realidade espanhola acerca do conflito dos direitos fundamentais das empresas de tendência e dos empregados por ela contratados de que ambos tenham respeitados os direitos constitucionais de liberdade de crença, pensamento e manifestação, Angel Luis de Val Tena arremata, com amparo em decisões do Tribunal Constitucional, que o empregador ideológico pode, exercitando seu próprio direito fundamental, selecionar seus trabalhadores em função de suas convicções ideológicas, sem que se possa cogitar de discriminação, em um primeiro aspecto preventivo quanto ao tema. Já na perspectiva restritiva de direitos, avança o professor para defender que o empregado que aceita trabalhar em uma empresa de tendência sabe com precisão ao que se obriga contratualmente; sabe, em definitivo, que deve respeitar a ideologia da instituição, inclusive podendo esta rescindir o pacto de modo justificado em caso de ataques diretos do empregado aos fins do estabelecimento, quando a conduta ou manifestação obreira seja exteriorizada de forma que prejudique gravemente a finalidade própria da empresa.⁵¹

Quanto à mesma temática no direito espanhol, Alejandra Selma Penalva compreende o dever de compromisso ideológico como uma modalidade reforçada da boa-fé contratual que deriva do objeto do contrato de trabalho, sendo por isso que, restrito ao ambiente do exercício contratual, necessariamente o empregado não precisa possuir um convencimento interno ou uma autêntica aceitação subjetiva da ideologia empresarial, mas um dever de respeito durante a execução funcional. Para a professora, “La

⁵¹ Val Tena, *Las empresas de tendencia ante el derecho del trabajo*, p. 191 e seg.

*vinculación ideológica obliga a cualquier clase de colaborador simplemente a abstenerse de realizar cualquier comportamiento profesional – y aún incluso personal – que pueda danar la imagen empresarial.”*⁵²

A referida autora também admite que, no exercício de ponderação entre os direitos fundamentais dos trabalhadores e da empresa de tendência, admitem-se como legítimas técnicas de seleção de pessoal existentes que podem estar focadas a intentar selecionar o candidato que melhor se ajuste à imagem empresarial desde o ponto de vista formal, mas, por outro lado, não podem investigar o convencimento interno do sujeito com o fim de determinar se reúne o perfil adequado para ocupar certo posto de trabalho, ocasião em que estaria praticando discriminação e atacando o direito fundamental de liberdade ideológica e de intimidade do candidato, que não se despe da sua condição de cidadão quando submetido ao contrato de trabalho.⁵³

Transpondo o debate que já está amadurecido tanto na doutrina quanto na jurisprudência espanhola para a realidade brasileira, pensamos que os critérios que lá são seguidos podem prestar relevante função entre nós, na medida em que ambos os sistemas jurídicos são coincidentes. Não há em nenhum dos dois países critérios legislativos expressos quanto às empresas de tendência e a fixação dos balizamentos para reger as relações especiais de trabalho, bem como é aceito nos dois modelos constitucionais a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, mormente quando não há atividade legislativa intermediária.⁵⁴

Os trabalhadores brasileiros, enquanto cidadãos, trazem consigo para o ambiente empresarial os direitos fundamentais de

⁵² Penalva, La transcendencia práctica de la vinculación ideológica, p. 303.

⁵³ Penalva, op. cit., p. 304.

⁵⁴ Para aprofundar o debate sobre o tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais tanto no Brasil como na Espanha e outros países, consultar o nosso *Teoria dos Princípios Trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 2013.

pluralismo político (CF, art. 1º, V), proteção contra o preconceito ou discriminação (CF, arts, 3º, IV, 5º, *caput*, e 7º, XXX e XXXI), liberdade de manifestação do pensamento (CF, art. 5º, IV), liberdade de consciência e de crença (CF, art. 5º, VI), liberdade de convicção filosófica ou política (CF, art. 5º, VIII), liberdade de expressão da atividade intelectual, artística e científica (CF, art. 5º, IX), inviolabilidade da intimidade, vida privada e da honra (CF, art. 5º, X), liberdade de filiação sindical (CF, art. 8º), entre tantos outros.

Ocorre que os empregadores, mesmo as pessoas jurídicas, também são detentores de alguns direitos fundamentais, como a liberdade política, ideológica, de crença, de manifestação do pensamento, representados todos pela garantia da livre-iniciativa na ordem econômica (CF, art. 170), cuja aproximação prática desses dois feixes de direitos acabará, quase sempre, em um problema de colisão.

Já tivemos ocasião de defender em trabalho anterior⁵⁵ que a colisão de direitos fundamentais de empregados e empregadores jamais poderá ser resolvida pela sobreposição abstrata de um direito por outro, mas sempre tendo em conta as circunstâncias concretas que ilustram a aplicação do princípio da proporcionalidade como mecanismo de sopesar direitos fundamentais. É por essa razão que faz toda diferença o empregado de uma empresa ideologicamente neutra que manifesta em suas redes sociais o desprezo pelo consumo de bebida alcoólica, daquela do editor-chefe de uma revista especializada em vinhos que faz o mesmo comentário.

Partindo do pressuposto que tanto os empregados quanto as empresas de tendência são detentores dos direitos fundamentais de liberdade religiosa, crença ou opinião política, bem como de manifestação do pensamento, o resultado desse juízo de ponderação jamais poderá importar no sacrifício de um direito por outro, de cuja premissa segue que não se pode confundir uma

⁵⁵ Molina, Teoria dos Princípios Trabalhistas, p. 217/221.

modalização ou conformação do exercício da liberdade de expressão do trabalhador em uma empresa ideológica com uma privação total e absoluta do referido direito fundamental. O dever de respeito e acatamento não se converte em dever de fidelidade ideológica.

A primeira conclusão é que os trabalhadores em atividades-fim que são contratados por empresas ideológicas ou de tendência têm os seus direitos de livre manifestação do pensamento, crença, ideologia política, imagem etc., modalizados e devem guardar respeito à linha ideológica manifestada pelo empregador, tanto no horário e local de trabalho quanto fora, reservando para si, ou manifestando em ambientes restritos, as suas posições críticas ou depreciativas quanto às linhas abraçadas pela empregadora, sob pena de cometimento de falta grave e violação da boa-fé objetiva quando a manifestação tem a gravidade para abalar a imagem empresarial.

Por esse mesmo motivo poderá o restaurante especializado em comida árabe exigir que os seus garçons utilizem como uniforme de trabalho vestimenta que se assemelha ao traje típico dos beduínos, não socorrendo ao garçom alegar que a adaptação estética no local e horário de trabalho ofende a sua identidade pessoal, convicção religiosa ou de crença, desde que a especificidade tenha sido objeto de discussão e ajuste quando da celebração do pacto.

Porém, como o dever de respeito e acatamento não se converte em dever de fidelidade ideológica, nem torna ineficaz os direitos de liberdade e identidade pessoal dos trabalhadores, não poderão os empregadores impor a observação de determinados padrões estéticos, de vestimenta ou de comportamento fora do local e horário de trabalho, ainda que para os empregados de empresas de tendência, salvo nos casos muito pontuais em que haja retribuição financeira e contrato específico pela exploração da imagem dos trabalhadores, como sói acontecer com os atletas profissionais de alto rendimento, que se obrigam, mediante

acréscimo de retribuição, a utilizarem uniforme de determinada marca fornecedora de material esportivo em suas entrevistas ou aparições públicas.

Para a universalidade dos trabalhadores, são considerados como ilícitos e violadores da identidade pessoal a exigência de utilização de determinada marca de veículo coincidente com a comercializada pela concessionária em que trabalha, o uso de roupas e acessórios de determinada marca distribuída pela empregadora, o consumo de alimentos e bebidas fabricados pela empresa com a qual o operário mantém relação de trabalho, bem como qualquer tentativa de o empregador vedar relacionamentos pessoais ou amorosos entre colegas de trabalho, fora do ambiente empresarial, ou mesmo entre empregados de empresas concorrentes.

Reforçamos que somente os empregados que exerçam atividades-fim, relacionadas ao núcleo da premissa ideológica que empolga a atividade empresarial, devem ter seus direitos fundamentais de liberdade e identidade pessoal modulados, mesmo fora do ambiente e do horário de trabalho em algumas ocasiões, já que as suas manifestações contrárias ou críticas diretas ao seu empregador podem lesar a imagem deste, por exemplo, causando-lhe prejuízos e abalando a fidúcia recíproca.

Observa-se nesse ponto a distinção entre os trabalhadores das empresas ideologicamente neutras, cujo dever de boa-fé e respeito estão restritos ao ambiente e horário de trabalho, podendo em sua vida privada comportar-se com liberdade, dos empregados em atividades-fim das empresas de tendência, cuja conformação da liberdade expande-se para além do horário e local de trabalho, comprometendo-se o último a respeitar a ideologia e a imagem do empregador, inclusive em suas manifestações e comportamentos no ambiente social e, principalmente, nas redes sociais, nessa época de fluidez, imediatidade e divulgação difusa do pensamento.

Atendendo os requisitos gerais de imediatidade, gravidade, adequação e proporcionalidade, considera-se como justa causa – mau procedimento, indisciplina ou ato lesivo da honra e boa fama do empregador – a conduta do empregado em atividade-fim da empresa de tendência que, ainda que fora do local e ambiente de trabalho⁵⁶, viole a imagem da empresa a partir de manifestação direta e aberta de crítica que ofenda os fins ideológicos da sua empregadora, tornando insustentável a manutenção do contrato de trabalho, como no caso do professor de ensino religioso de uma escola católica particular que manifeste em suas redes sociais críticas às convicções da Igreja Católica, suas crenças, ritos e a postura dos seus dirigentes. Nas mesmas penas incorreria o editor-chefe da revista especializada em vinhos que manifesta em redes sociais o seu desprezo pelo consumo de bebida alcoólica, mas não se cogita de punir licitamente a secretária de empresa ideologicamente neutra que fizesse o mesmo comentário decorrente de suas convicções pessoais e no livre exercício da sua liberdade.

No ponto é importante não confundir ideologia empresarial nas empresas de tendência com a ideologia pessoal do empresário ou dos dirigentes de empresas neutras, ocasião em que, nesse segundo caso, não se justifica qualquer restrição do direito de livre manifestação do pensamento do trabalhador, mesmo que em horário e no local de trabalho, como no caso do vendedor de

⁵⁶ Ao contrário da justa causa de ato lesivo da honra ou da boa fama praticada em serviço contra qualquer pessoa da alínea “j” do art. 482 da CLT, a falta grave da alínea seguinte pode configurar-se, mesmo fora do horário e do local de trabalho, quando o empregado pratica contra o empregador ato lesivo da honra e boa fama. Maurício Godinho Delgado leciona que: “O presente tipo legal também envolve a injúria, a calúnia ou a difamação, além da agressão física. Seu diferencial encontra-se no fato de que os atos infracionais são praticados contra o próprio empregador ou superiores hierárquicos do obreiro, e, além disso, independentemente de se tratar ou não do próprio local de trabalho. A não exigência do aspecto circunstancial enfatizado na alínea “j”, acima (local de serviço), justifica-se pelo fato de as ofensas e agressões ao empregador ou suas chefias contaminarem, obviamente, o contrato de trabalho, repercutindo, direta ou indiretamente, no ambiente laborativo, ainda que praticadas longe dele.” (Curso de Direito do Trabalho, p. 1338).

automóveis que critica uma determinada ideologia política no intervalo de uma reunião da gerência, mesmo que o diretor ou gerente da empresa professe referida ideologia política. Não se trata no exemplo do cometimento de nenhuma hipótese de justa causa, mas a liberdade de manifestação de pensamento e ideologia do empregado não pode chegar ao ponto de converter-se em ofensa pessoal que ataque a honra do superior hierárquico, no mesmo exemplo, para além da crítica política genérica, incutir no gerente a pecha de corrupto ou desonesto por ter se filiado ao partido político objeto do seu comentário.

Se a conformação dos direitos fundamentais dos trabalhadores e das empresas de tendência resolve-se, principalmente, pelos deveres de informação, esclarecimento e lealdade, integrantes da boa-fé objetiva, quando da contratação, poderá ocorrer hipóteses de alteração da linha ideológica durante a execução do contrato, de parte a parte, exigindo enfrentamento jurídico diverso.

Mesmo que o empregado subjetivamente anuísse com a tendência do empregador quando do ato da contratação, compartilhando com ele da mesma linha ideológica, pode ocorrer que tenha mudado as suas convicções pessoais durante a execução do pacto, bastando ao empregado manter objetivamente os deveres de respeito e lealdade às especificidades contratuais e preservar a imagem da empresa em suas manifestações externas ao ambiente de trabalho, para que o contrato tenha seu transcurso normal, não socorrendo ao empregador qualquer tentativa de puni-lo se descobre que o trabalhador mudou de religião e, na sua vida privada, passou a frequentar outro culto religioso ou liturgia.

Também pode ocorrer a alteração dos fins ideológicos empresariais no transcurso do contrato, no mais das vezes devido à sucessão de empregadores, mudando a tendência que foi objeto de contratação dos seus antigos trabalhadores que se in-

seriam nas suas atividades-fim. Nesse caso, poderão os empregados optar pela rescisão indireta do contrato (art. 483, “a”, “d” ou “e”, da CLT), considerando que a tendência ideológica era uma característica qualitativa que integrava o objeto contratual, como poderão as partes, repactuando as balizas contratuais, de boa-fé, realizarem verdadeira novação e a execução do contrato prosseguir normalmente, ocasião em que o trabalhador considerará que a mudança não violou o seu direito à identidade pessoal no ambiente de trabalho, devendo a partir de então respeito e lealdade contratual à nova tendência empresarial.

5. INSTRUMENTOS PROCESSUAIS, RESSARCIMENTO MATERIAL E REPARAÇÃO PESSOAL

Na perspectiva processual, antes mesmo que ocorra a violação, o nosso sistema jurídico admite que a probabilidade da ocorrência de dano seja também objeto de proteção judicial por meio das ações inibitórias (art. 5º, XXXV, *in fine*, da Constituição e art. 497, parágrafo único, do CPC/2015), bastando à vítima provar a iminência de violação do seu direito à identidade pessoal, independentemente da ocorrência de dano ou da existência de dolo ou culpa, para poder acessar o Poder Judiciário em defesa dos seus direitos fundamentais.

Tal se verificaria no caso do trabalhador que está na iminência de ter o seu nome e imagem divulgados, de forma inconstitucional e para fins comerciais, pelo empregador, oportunidade em que, para evitar lesão à sua identidade pessoal, o operário ajuíza ação inibitória para que o empregador omita a referência ao autor da ação na propaganda comercial do estabelecimento.

Já na perspectiva processual repressiva, deriva da compreensão do direito à identidade pessoal como uma parcela da dignidade humana, que a sua violação poderá desencadear consequências materiais (indenização pela exploração inconstitucional da imagem, p. ex.), bem como as reparações das consequências

imateriais da lesão, tanto na modalidade *in natura*, com a imediata restauração da sua identidade, com a publicação de correções ou retificações em meio de comunicação de amplo alcance, retratações etc., quanto a fixação de um valor a título de indenização pelos danos morais sofridos.

A retificação ou resposta das informações ofensivas à identidade, assim como as outras responsabilidades civis e mesmo criminais decorrentes do mesmo ato lesivo, são consideradas direitos humanos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*)⁵⁷, com amplo trânsito e aplicação das relações de trabalho.

6. REVISÃO CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Ainda que não tenha abordado o tema sob a nomenclatura dos danos à identidade, já encontramos algumas manifestações do Tribunal Superior do Trabalho tratando das violações dos direitos parcelares que compõe a identidade pessoal dos cidadãos-trabalhadores, tanto os da vertente estática quando da dinâmica, bem assim decisões que reconheceram violação dos direitos fundamentais extensíveis às pessoas jurídicas empregadoras.

Em um primeiro exemplo⁵⁸, o Tribunal Superior manteve a aplicação de justa causa a uma trabalhadora que descumpriu o regulamento empresarial quanto à aparência física e estética no local de trabalho. O regulamento interno determinava que todos

⁵⁷ “Artigo 14. Direito de retificação ou resposta. 1. Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei. 2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido.”

⁵⁸ TST – 1ª Turma – AIRR 1640-76.2007.5.02.0401 – Rel. Min. Vieira de Mello Filho – DEJT 23.10.2009.

os empregados deveriam manter-se barbeados, com cabelos limpos, sem tinturas extravagantes, devendo estar presos ou serem curtos, além de manter as unhas curtas e limpas, não utilizar *piercing* e em caso de adornos, deveriam ser discretos. A autora da reclamação tingiu o seu cabelo com tons esverdeados e, mesmo depois de advertida, manteve a tonalidade, ensejando a aplicação da justa causa confirmada pela Corte Regional e pelo Tribunal Superior ao argumento de que se insere dentro dos limites do poder diretivo, o poder de fixação de parâmetros a serem observados, porquanto se tratam de condutas que, por serem compatíveis com o senso comum, não causam qualquer embaraço ao trabalhador.

No caso revisado, a trabalhadora era uma atendente de supermercado, para cuja função não há qualquer restrição legal ou administrativa justificada para a limitação da sua liberdade de escolha da tonalidade do cabelo, porém existia um regulamento interno empresarial, consentido quando da contratação, prevendo a adequação estética aos padrões empresariais desejados, restrito ao ambiente e em horário de trabalho, além de que a conduta da empregadora foi preventiva, tendo, antes de aplicada a punição, solicitado que a empregada readequasse sua imagem àquela consentida e prevista no regulamento.

Em um segundo julgado⁵⁹, o Tribunal Superior do Trabalho manteve a condenação na indenização por danos morais arbitrada nas instâncias ordinárias no caso de um trabalhador de determinada fábrica de cervejas que, fora do horário de trabalho, mas dentro do pátio da empregadora, consumiu uma lata de cerveja de fabricante concorrente, enquanto aguardava um ônibus de sua empregadora para viagem de trabalho e confraternização.

A decisão revisada anotou que não havia nenhum regulamento interno da empresa que proibisse o consumo de produtos fabricados pela concorrência, além de que a escolha da marca

⁵⁹ TST – 1ª Turma – RR 278000-91.2008.5.12.0001 – Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa – DEJT 23.09.2011.

de bebida a ser consumida insere-se no exercício do direito de liberdade de escolha e opção do cidadão-trabalhador, motivos pelos quais a repreensão pública dos superiores e a posterior dispensa sem justa causa como medida de retaliação revelaram conduta ilícita, sendo sancionada com a indenização por danos morais no valor de R\$ 13.000,00.

Muito importante foi a anotação de que não havia nenhum regulamento vedando o consumo de alimentos ou bebidas fabricados e comercializados pelas empresas concorrentes, mas mesmo que existisse o regulamento, tal restrição seria inválida, na medida em que não há justificativa fática e jurídica para o empregador tentar limitar a liberdade do trabalhador fora do horário de trabalho, ainda mais se tratando de um empregado comum de uma empresa ideologicamente neutra.

Outro precedente interessante⁶⁰ refere-se ao caso do empregado de uma grande loja de departamentos que começou a manter relacionamento amoroso com uma colega de trabalho, sua subordinada, mas fora do ambiente empresarial. Havia regulamento interno da empregadora que vedava relacionamentos entre colegas de trabalho, inclusive fora do ambiente de trabalho. O empregado que violou a norma contava com mais de 25 anos de contrato, sem nunca ter sofrido qualquer punição, porém, em razão do fato, foi dispensado por justa causa de mau procedimento.

O Tribunal manteve a decisão das instâncias ordinárias no sentido de que o código de conduta da reclamada ao controlar a vida privada e a intimidade dos seus empregados, em relação às suas decisões pessoais fora do horário e do local de trabalho, mormente porque não se tratava de nenhuma conduta ilícita ou que pudesse prejudicar a imagem da empresa, violou direitos da personalidade, além de que a dispensa foi discriminatória, na medida em que ao empregado foi aplicada a justa causa, mas a

⁶⁰ TST – 2ª Turma – AIRR 001621-28.2010.5.12.0000 – Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva – DEJT 14.02.2014.

sua namorada foi dispensada sem justa causa, motivos pelos quais reverteu a penalidade aplicada e condenou a ré a pagar a indenização por danos morais no valor de R\$ 38.000,00.

A decisão revisada merece ser aplaudida, visto que, conforme anotamos nos itens acima, é direito do empregador, decorrente do poder disciplinar, a criação de códigos de conduta ou o ajuste de cláusulas restritivas (*rectius*: modalizadoras) dos direitos dos empregados nos contratos de trabalho, com maior amplitude nas empresas ideológicas ou de tendência, mas a existência e adesão ao regulamento empresarial somente terá eficácia quando este for constitucional, significando que há proporcionalidade no resultado do sopesamento entre os direitos fundamentais dos trabalhadores que foram conformados, os quais lhes garante o direito à identidade pessoal, e os direitos das empresas, principalmente a sua livre-iniciativa, o que não foi atendido no caso em julgamento, na medida em que pretendeu a empregadora vedar uma conduta lícita (namoro) entre pessoas maiores de idade, em ambiente privado e fora do local e horário de trabalho, além de que a conduta não poderia gerar qualquer violação à imagem da empresa ou prejuízo ao contrato entre ambos.

Em outro julgado⁶¹, o Tribunal Superior do Trabalho enfrentou o tema da identidade pessoal do trabalhador na perspectiva do direito de imagem, no caso em que uma gerente, que já havia sido dispensada há mais de ano, teve o seu nome veiculado em propaganda comercial da antiga empregadora como se ainda com ela mantivesse contrato de trabalho e gerenciasse uma de suas lojas. O acordão do Tribunal Regional paranaense havia rejeitado o pedido de indenização, com base no argumento de que embora seja fato incontroverso a manutenção do nome da autora no site da empresa, tal ato “não caracterizou ato ofensivo injusto, não havendo qualquer prova de que tenha causado constrangi-

⁶¹ TST – 2ª Turma – RR 000818-34.2011.5.09.0084 – Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta – DEJT 16.05.2014.

mento, humilhação, ou invasão à honra, privacidade ou intimidade da Reclamante, nem tampouco dano à sua imagem, razão pela qual não há que se falar em danos morais decorrentes.”

A Corte Superior reformou a decisão de segundo grau argumentando que o direito à imagem, enquanto traço da personalidade humana, é independente e autônomo, de modo que ocorre a sua violação pelo simples uso indevido, ainda que não ocorra violação da honra ou da intimidade. Invocou o art. 20 do Código Civil para sustentar que a simples utilização do nome da autora para fins comerciais e sem a sua autorização, objetivamente violou o seu direito à imagem, por corolário reformou a decisão para condenar no valor de R\$ 4.000,00 por danos morais.

Embora a decisão debatida tenha atuado corretamente e interpretado com precisão o art. 20 do Código Civil, poderia ter avançado no caso para dizer que o direito à identidade pessoal da trabalhadora foi violado, não somente na vertente estática da utilização indevida do seu nome para fins comerciais, mas também pelo fato de que a apresentou para o público ostentando uma condição (gerente da ré) que ela não mais possuía, alterando a sua identidade pessoal atual, também na perspectiva dinâmica. Tivesse a empregadora divulgado a imagem da trabalhadora que ainda pertencesse aos seus quadros, mas de forma inconstitucional e com objetivo comercial, haveria violação da imagem estática, da mesma forma. Porém, no caso, agrava a conduta empresarial a divulgação, como se seu empregado fosse, de alguém que há mais de ano já fora dispensada, avançando na vertente dinâmica do direito à identidade de preservação da sua individualidade profissional atual.

Outro precedente⁶² do Tribunal Superior do Trabalho que revela ótimo exemplo de violação do direito à identidade pessoal do trabalhador ocorreu no caso de um empregado que já

⁶² TST – 6ª Turma – RR 001115-83.2013.5.15.0058 – Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga – DEJT 29.04.2016.

contava com vinte anos de contrato e que foi dispensado em razão de suas convicções políticas, ainda que sob a roupagem da dispensa sem justa causa. O trabalhador filiou-se ao partido político de oposição ao partido político que tinha como candidato à vice-prefeito um dos administradores da empresa para a qual trabalhava, tendo sido dispensado um mês após a filiação, segundo as provas orais colhidas, em razão das divergências político-ideológicas com o seu superior. O Tribunal Superior manteve a condenação originária na indenização por danos morais de R\$ 10.000,00 como reparação da violação da sua liberdade e a discriminação.

No julgado mais recente⁶³, já do ano de 2016, a Corte abordou a questão da empregada de estabelecimento de saúde que desabafou em suas redes sociais que: “ainda bem que hoje é sexta-feira”, cuja manifestação estava acompanhada de uma fotografia dela no ambiente de trabalho, fato que incomodou seus superiores, tendo sido chamada à presença da diretoria para dar explicações e, ao final, encaminhada para o setor de RH, onde foi coagida a assinar pedido de demissão, mas as provas testemunhais confirmaram que foi dispensada pela publicação e que a intenção da responsável pelo setor era aplicar-lhe a justa causa.

O Tribunal Superior do Trabalho manteve a decisão local pelos aspectos formais de que o pedido de demissão não ter sido realizado perante o Sindicato, já que contava a empregada com mais de um ano de contrato, bem como manteve a indenização por danos morais em razão da coação sofrida pela trabalhadora.

O Tribunal Superior anuiu com os argumentos do acórdão local de que “para ocorrer motivo de demissão por justa causa, a empregadora deveria ter primeiro aplicado penas graduais, tais como primeiro a advertência, depois a suspensão e por fim a demissão”, sem enfrentar o tema central e antecedente

⁶³ TST – 3ª Turma – AIRR 000117-38.2014.5.07.0015 – Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani – DEJT 13.05.2016.

que é a possibilidade ou não de utilizar as manifestações da autora em suas redes sociais pessoais como motivo de infração ao contrato.

Segundo defendemos nesse trabalho, tratando-se de uma empregadora ideologicamente neutra, os direitos fundamentais dos trabalhadores a ela vinculados não devem ser restringidos ou matizados, notadamente quando o fato refere-se à espera privada do trabalhador. No caso dos autos, ainda que a fotografia tenha sido tirada no ambiente de trabalho, a manifestação pessoal da trabalhadora não atacou a imagem da empregadora ou de seus superiores hierárquicos ao ponto de gerar o direito à aplicação de qualquer punição – ao contrário do acordão local que admitia a aplicação de penalidade mais branda que a justa causa – , de modo que o resultado do julgamento está correto em converter a modalidade de rescisão do pedido de demissão para a dispensa sem justa causa e fixar indenização por danos morais, mas aos argumentos jurídicos formais invocados, outros, atinentes à liberdade de expressão e manifestação da obreira, deveriam também ser enfrentados, devendo o Tribunal ter afirmado ostensivamente que as empresas não podem interferir, muito menos punir, as manifestações dos empregados em ambientes próprios, quando não há qualquer referência e ofensa à imagem da empregadora.

As decisões revisadas do Tribunal Superior do Trabalho demonstram que o Judiciário Trabalhista encontra-se atento na defesa dos direitos fundamentais e da personalidade dos trabalhadores, inclusive protegendo os direitos fundamentais que são extensíveis às pessoas jurídicas empregadoras, ainda que não tenha adotado a nomenclatura dos danos à identidade pessoal e nem reconhecido ainda o espectro mais abrangente do seu conceito, englobando as perspectivas estáticas e dinâmicas que defendemos nesse trabalho, o que revela a utilidade dogmática da admissão autônoma dos danos à identidade pessoal dos trabalhadores e, em alguma medida, dos empregadores, acenando para a

futura construção de uma jurisprudência mais consistente sobre o tema também entre nós.

CONCLUSÕES

- A dignidade da pessoa humana é o fundamento dos modernos Estados Democráticos e os direitos humanos previstos em Tratados internacionais ratificados e os direitos fundamentais positivados pelas Constituições representam as suas especificações nos diversos compartimentos do Direito. Cada direito fundamental adotado representa a incidência da dignidade humana, um reflexo em determinada situação específica, ou seja, o resultado da intermediação legislativa constitucional ao mediar as suas eficácias aos casos especiais.

- A dignidade humana possui força normativa e aplicação direta nas relações jurídicas, seja na relação entre cidadão e Estado (eficácia vertical), como também nas relações entre particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), entre as quais as de trabalho. O reverso do reconhecimento das eficácias da dignidade e dos direitos fundamentais nas relações privadas é também constatar a possibilidade fático-jurídica de violações, cuja principal repercussão é a configuração dos danos morais indenizáveis para os casos de violação da dignidade.

- Dano é qualquer violação a um interesse juridicamente protegido que causa prejuízo á vítima. Referida violação repercute sobre a vítima podendo atingir seus interesses patrimoniais ou extrapatrimoniais, independentemente do objeto violado em si. Poderá haver violação de um objeto, mas com repercussões patrimoniais e extrapatrimoniais, como pode haver violação da integridade do ser humano, com ambas as repercussões. Dessa premissa segue que o que define o gênero dos danos não é o objeto violado, se uma coisa ou uma pessoa, mas as repercussões sobre a vítima, as quais podem alcançar ambos os gêneros a partir de um único ato ilícito.

- Decorre da dignidade humana e de alguns direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, que as pessoas têm direito de exercer a sua liberdade e, como decorrência, afirmar a sua identidade, que é integrada de aspectos estáticos relacionados à sua identificação, e de aspectos dinâmicos vinculados à construção da sua biografia, cuja violação gera os danos à identidade pessoal.

- Na medida em que o artigo 52 do Código Civil estende às pessoas jurídicas, no que couber, alguns direitos da personalidade, poderá ocorrer de empregadores pessoas jurídicas sofrerem danos à sua identidade por ato ilícito do empregado, principalmente nas empresas ideológicas ou de tendência.

- A boa-fé objetiva é decisiva nos casos concretos para definir se a alegada violação da “verdade pessoal” ocasionou danos à identidade, na medida em que as concessões e adaptações dos direitos da personalidade podem ter sido discutidos, negociados e anuídos previamente quando da contratação, seja como cláusula do contrato de trabalho ou anuência expressa ao regulamento empresarial vigente, desde que respeite o princípio da proporcionalidade e a dignidade humana.

- Especificamente em relação às empresas de tendência ou ideológicas, os direitos fundamentais dos trabalhadores quanto à manifestação do pensamento, liberdade de crença, religião, ideologia política, etc., referentes à sua identidade, ficam episodicamente matizados, mas não suprimidos, devendo os trabalhadores observar objetivamente os deveres de lealdade e respeito aos empregadores, ainda que em seu convencimento interno tenha posição contrária a dos últimos.

- A violação poderá desencadear consequências tanto materiais (indenização pela exploração in consentida da imagem do trabalhador, p. ex.), como a reparação das consequências imateriais da lesão, tanto na modalidade *in natura*, com a imediata restauração da sua identidade pessoal, com a publicação de correções ou retificações em meio de comunicação de

amplo alcance, retratações etc., quanto a fixação de um valor a título de indenização pelos danos morais sofridos.



REFERÊNCIAS

- CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. 2 ed. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15 ed. São Paulo: LTr, 2016.
- FERREIRA, Flávio Henrique Silva. Direitos de personalidade: conteúdo e sistematização. *Revista de Direito Privado*, ano 10, n. 39, p. 137/168, jul.-set./2009.
- GUERIN, J. Otaduy. *La extinción del contrato de trabajo por razones ideológicas en los centros docentes privados*. Pamplona: EUNSA, 1985.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no Século XXI. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 93-114.
- MOLINA, André Araújo. *Os direitos fundamentais na pós-modernidade: o futuro do Direito e do Processo do Trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- _____. *Teoria dos Princípios Trabalhistas*. A aplicação do mo-

- delo metodológico pós-positivista ao Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2013.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. Ampliando os direitos da personalidade. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio (Coord.). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15/38.
- PENALVA, Alejandra Selma. La trascendencia práctica de la “vinculación ideológica” en las empresas de tendencia en el ámbito de las relaciones de trabajo. *Anales de Derecho*, Universidade de Murcia, n. 26, 2008, p. 299-332.
- PINO, Giorgio. *Il diritto all'identità personale*. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale. Bologna: Il Mulino, 2003.
- ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito Contratual: Temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 81-111.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- SESSAREGO, Carlos Fernandez. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea, 1992.
- _____. Daño a la identidad personal. *THEMIS Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 36, segunda época, Lima, 1997, p. 245 e seg.
- _____. *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984*. Historia, Ideología, Aportes, Comentarios Críticos, Propuesta de Enmiendas. Lima: Motivensa, 2009.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- VAL TENA, Angel Luis. *Las empresas de tendencia ante el De-*

recho del Trabajo: libertad ideológica y contrato de trabajo. *Proyecto Social Revista de relaciones laborales*, n. 02, 1994, p. 177-198.