

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

THOMAS RODRIGUES MEIRELLES

**INGERÊNCIA DO EMPREGADOR NA VIDA PRIVADA DO EMPREGADO,
DENTRO E FORA DO ÂMBITO LABORAL**

Juiz de Fora

2014

THOMAS RODRIGUES MEIRELLES

**INGERÊNCIA DO EMPREGADOR NA VIDA PRIVADA DO EMPREGADO,
DENTRO E FORA DO ÂMBITO LABORAL**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como pré-requisito parcial a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Trabalhista e Direito Constitucional

Orientadora: Professor Brahwlio Ribeiro Mendes

**Juiz de Fora
2014**

THOMAS RODRIGUES MEIRELLES

**INGERÊNCIA DO EMPREGADOR NA VIDA PRIVADA DO EMPREGADO,
DENTRO E FORA DO ÂMBITO LABORAL**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como pré-requisito parcial a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Trabalhista e Direito Constitucional. Submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Aprovada em: Juiz de Fora, 18 de julho de 2014

Professor Brahwlio Soares de Moura Ribeiro Mendes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Mário Cesar da Silva Andrade
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Fellipe Guerra David Reis
Universidade Federal de Juiz de Fora

Dedico este trabalho a meu tio, Alexandre Cardoso Rodrigues (*in memoriam*), pessoa com quem eu mais me indentifiquei, aos meus pais, avós e meus amigos.

RESUMO

O presente feito tem por escopo elucidar o entendimento sobre a aplicação de exames específicos para a detecção do uso de substâncias toxicológicas por parte do empregado, com e sem o consentimento deste, dentro e fora do âmbito laboral. Para tanto, foi feita pesquisa bibliográfica com o objetivo de aprofundar o conhecimento, do estudo de normas federais, estaduais, decretos estrangeiros e a inexistência de regulação nacional e alienígena sobre o tema, a argumentos favoráveis e contrários à essa atividade que é desenvolvida livremente e de forma arbitrária em muitos casos. Conclui-se pela aplicação da máxima da proporcionalidade aos casos concretos tendo em vista a escassez legislativa sobre o tema, sendo essa pertinente e necessária. Muito embora seja assunto fértil, a proposta do trabalho monográfico de conclusão de curso fez com que a discussão se limitasse a uma abordagem mais superficial e sutil.

Palavras-chave: Máxima da Proporcionalidade; princípio; exames toxicológicos; Direito Trabalhista; local de trabalho.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	7
1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	9
2 DIGNIDADE HUMANA.....	13
3.PROBLEMÁTICA LEGISLATIVA	16
3.1 LEGISLAÇÃO NACIONAL.....	16
3.2 DIREITO COMPARADO.....	21
3.3 LEGISLAÇÃO DO FUMO	27
CONCLUSÃO	28
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	29

INTRODUÇÃO

A relação entre empregado e empregador deve ser considerada sensível e de extrema importância a qualquer local de trabalho. Assim deve ser, pois, além dos diversos direitos fundamentais envolvidos nessa relação e a substancial vulnerabilidade e ignorância sobre a legislação trabalhista da parte do empregado, envolve também a fonte de renda e sustento de toda a classe trabalhadora, subalterna e dirigente, no país.

Apesar da importância do tema e da ampla e inesgotável demanda, é de fácil percepção a abstenção legislativa específica sobre ele quando relacionado com o uso de substâncias toxicológicas.

O uso dessas substâncias tem sua importância ressaltada uma vez que a grande maioria delas apresentam efeitos alteradores da capacidade psico-motora, limitadores da razão e redutores dos freios morais do indivíduo, o que gera um distúrbio no convívio social do local de trabalho e prejudica a produtividade do próprio empregado em sua forma individual e de toda a empresa, indústria ou loja considerada aqui como a coletividade de empregados.

Há de se falar também em drogas que, apesar de possuírem substâncias químicas, o seu uso não acarreta efeitos imediatos ao corpo humano que prejudiquem a produtividade do empregado mas a longo prazo sensibilizam a saúde do mesmo, como o cigarro. Restando uma incógnita à empresa, devendo ela coibir a utilização de um produto não ilegal, porém danoso ao ser humano ou ser ela obrigada a fornecer um ambiente apropriado para utilização do mesmo, sendo conivente assim com a intoxicação do subalterno.

Mesmo sem legislação própria, definidora de um posicionamento unânime sobre o assunto principal, é possível falar em uma jurisprudência dominante favorável a aplicação do exame toxicológico por parte do empregador de forma necessária, adequada, proporcional e consentida pelos candidatos e empregados.

Por fim, para um melhor entendimento da temática, além do exercício do direito comparado haverá a exposição de casos concretos e decisões dos tribunais que ao longo do trabalho serão analisadas à luz do Princípio da Proporcionalidade. Este tem um papel importantíssimo a ser desenvolvido na esfera do direito, vez que ele é intrínseco à essência dos direitos fundamentais e estes podem ser limitados

somente na medida em que seja comprovadamente indispensável à defesa do interesse público.

Princípio este que ainda que incipiente no sistema jurídico brasileiro, já se apresenta como fundamental ferramenta em favor da ordem constitucional e especialmente dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, uma vez que através dos tempos o princípio em debate vem sendo consagrado com um dos efetivadores da Constituição Federal.

1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade é uma exigência em concordância com o Estado Democrático de Direito enquanto tal, que impõe a proteção do cidadão contra intervenções estatais excessivas ou desnecessárias, que causem aos indivíduos danos mais gravosos que o indispensável para a concretização dos interesses públicos. A proporcionalidade tem como berço a passagem do Estado absolutista, onde o governante estava legalmente incondicionado, sem barreiras ao seu poder, para o Estado liberal, onde a lei passou a estabelecer o limite das próprias ações do governante. Se antes a lei garantia a totalidade do poder do monarca, agora ela serve de freio aos seus atos.

Deve ser considerado como a regra originária a qual devem obediência tanto os que exercem, quanto os que padecem o poder. (MULLER *apud* BONAVIDES, 1997.p. 357) Tal máxima tem como principal campo de atuação o âmbito dos direitos fundamentais, enquanto critério valorativo constitucional determinante das limitações que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado, e para consecução dos seus fins. (GOMES, 2003. p.35) Como bem assinala Bitencourt, “o princípio da proporcionalidade é uma consagração do constitucionalismo moderno”. (BITENCOURT, 2009. p. 24)

Para demonstrar a importância da aplicação de tal instrumento constitucional, se faz necessário ressaltar a diferenciação entre os princípios e as regras. Essa tarefa se mostra de difícil conclusão, segundo Alexy “Há uma pluralidade desconcertante de critérios distintivos”, mas em sua maioria não geram traçado definitivo e útil às finalidades jurídicas, devido ao grau de obscuridade com qual se apresentam.

“Tanto regras quanto Princípios são normas, porque ambos dizem o que o direito deve ser.” (Alexy, 2011, p.87). Ou seja, tanto um quanto o outro são originários da objetivação de uma mesma finalidade básica de regular a matéria fática, delimitar os contornos jurídicos adequados a cada situação em concreto. Nas palavras de Alexy:

Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie

muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.

Para Humberto Ávila, diversos teóricos se debruçaram sobre o tema da distinção entre as espécies normativas. Em sua Teoria dos princípios (ÁVILA,2009) o autor se refere ao trabalho de Josef Esser, para quem os princípios são certas normas que oferecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado. “O critério distintivo dos princípios em relação às regras seria, portanto, a função de fundamento normativo para a tomada de decisão.” (ÁVILA, 2009, p. 35).

A diferenciação entre regras e princípios proposta por Alexy de que “(...) normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença de grau, mas uma diferença *qualitativa*” (ALEXY, 2011, p.90) trás uma valorização do princípio jurídico como realizador dos direitos fundamentais. Isso porque a máxima em questão, apresenta-se como limitadora das violações aos direitos fundamentais. Nesse sentido expressa lição de Bonavides:

Ora, o princípio da proporcionalidade - e esta é talvez a primeira de suas virtudes enquanto princípio que limita as limitações aos direitos fundamentais - transforma, enfim, o legislador num funcionário da Constituição, e estreita assim o espaço de intervenção ao órgão especificamente incumbido de fazer as leis. (BONAVIDES, 1998, p. 386)

Na mesma linha de pensamento:

Justamente por conta desse papel de limitação e de proteção dos direitos fundamentais que se verifica a relevância da proporcionalidade, pois “em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais.” (BONAVIDES, 1998, p. 394)

Alexy, por sua vez, aborda diversos critérios adotados por diferentes teóricos para estabelecer a distinção entre regras e princípios, indicando o critério da generalidade como sendo o mais utilizado, e segundo qual os princípios seriam normas mais gerais, ao contrário das regras que seriam possuidoras de uma especialidade maior. Desse modo, quanto maior a universalidade da norma, menos regra deixa de ser, aproximando-se mais do princípio. Ambos são normas, porque dizem o *dever-ser* (caráter deontológico). “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja

realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.” (ALEXY, 2011, p. 90). As regras, por seu turno, aplicam-se ou não ao caso concreto sem essa possibilidade de ponderação.

Diante desses critérios, Alexy afirma haver três teses em relação à diferenciação entre regras e princípios. A primeira fala sobre a impossibilidade de se dividir as normas em regras e princípios, sendo possível apenas “diferenciações gradativas”. (Alexy, 2011, p.89). Já para a segunda tese, que utiliza como critério basilar a generalidade, afirma uma diferenciação relevante entre regras e princípios mas apenas em relação a grau. Por último, a terceira tese conclui que é possível dividir normas em regras e princípios, não sendo essa diferenciação apenas gradual, mas também qualitativa.

Para o autor essa seria a tese mais acertada, pois é através dela que se realiza uma distinção efetiva entre regras e princípios, o que nos leva à utilização dos princípios como *mandamentos de otimização*. Em outras palavras, essa é a tese que sustenta a existência de uma diferença não apenas de grau mas de qualidade entre regras e princípios, sendo que o ponto fundamental para se distinguir um de outro reside no que Alexy denominou como ‘mandamentos de otimização’. Mandamentos de otimização podem ser definidos como ordens, podendo serem cumpridos gradualmente, e o seu cumprimento depende das possibilidades concretas e reais e das jurídicas. Continua o autor:

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2011, p. 90)

Para Alexy, os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de norma jurídica por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização, aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e reais. Logo, os princípios possuem apenas uma dimensão de peso, e não determinam as conseqüências normativas de forma direta, como fazem as regras.

Sobre as regras Alexy é mais enfático:

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito

daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. (ALEXY, 2011, p. 91)

Com isso fica clara a importância do estudo das regras e dos princípios através do viés da necessidade e capacidade do cumprimento dos ditames estabelecidos por estes. Enquanto o primeiro é rigoroso e apresenta apenas a possibilidade de restar cumprido ou não cumprido, o segundo, mais flexível, pode e deve se adequar à situação real, possibilidade fática, e aos outras normas aplicáveis ao caso, possibilidades jurídicas.

Alexy conclui:

Afirmar que a natureza dos princípios implica à máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. (ALEXY, 2011, p. 116-117)

Finalmente pode-se perceber a indubitável conexão existente entre a máxima da proporcionalidade e a teoria geral dos princípios. Segundo o autor é possível dizer que a teoria geral dos princípios gera efeitos no princípio da proporcionalidade e vice-versa.

2 DIGNIDADE HUMANA

Conflitos entre princípios são situações comuns, para solucioná-los aplicamos as duas máximas na maior medida fática e juridicamente possível. Para escolher entre a maior aplicação de um princípio ou de outro deve ser feito, vislumbrando a análise do peso de cada um na situação real, um “sopesamento” entre os interesses conflitantes.”

Havendo atrito entre um direito individual e um interesse público, por exemplo, deve ocorrer o sopesamento dos dois à luz do caso concreto, no qual serão aplicadas essas máximas.

Se esse sopesamento levar à conclusão de que os interesses do acusado, que se opõem à intervenção tem, no caso concreto, um peso sensivelmente maior que os interesses em que se baseia a ação estatal, então, a intervenção estatal viola o princípio da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do acusado... [ALEXY, 2011, p. 95, BVerfGE 51,324 (366)].

O autor ressalta ainda a perfeita compatibilidade entre essa situação e uma colisão de princípios. Tanto no caso apresentado na obra do referido autor quanto nos casos que serão apresentados, há um conflito entre interesses, deveres, direitos fundamentais e pretensões, que se fazem no lugar dos princípios. Para Alexy “a caracterização da situação decisória como colisão entre princípios é perfeitamente possível.”

Aplicando esse entendimento ao estudo aqui realizado, de um lado estaria o direito à privacidade, dignidade humana, a pretensão de não ser, imotivadamente, obrigado a fazer algo o qual não voluntariamente consente; e de outro o interesse do empregador em zelar pelo nome da instituição, pela qualidade dos serviços e produtos oferecidos pela mesma através de seus funcionários e, além disso, em certos casos proteção de um ambiente de trabalho saudável a todos os empregados.

O mencionado princípio da dignidade da pessoa humana possui grande importância no mundo real devido à possibilidade de se determinar que o Estado garanta o mínimo de vida digna ao ser humano. Sendo assim, tal princípio delimita um espaço mínimo de integridade a ser assegurado a todos os indivíduos, apenas pela sua existência no mundo enquanto seres humanos. O respeito ao mesmo,

caracteriza-se como a superação de movimentos de intolerância, autoritarismos, violências, exclusões sociais e discriminações. (BARROSO, Luís Roberto, 2010, p.252.)

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana possui *status* de fundamento do Estado Democrático de Direito, enquadrando-se como princípio integrante da categoria dos princípios fundamentais, previsto no art. 1º, III.

Essa norma apresenta, para Alexy, tanto a natureza de regra quanto de princípio. É de fácil percepção que a dignidade humana ou é satisfatoriamente respeitada ou não é, não havendo cumprimento gradual ou qualitativo na medida do possível.

Para a percepção do aspecto principiológico dessa norma se faz necessária observação cautelosa uma vez que, teoricamente, não haveria motivo, em situação qualquer, para a sucumbência da dignidade humana frente a outro princípio. Tal situação torna-se menos obscura a partir do entendimento de que não haveria violação da dignidade humana “se a exclusão da proteção judicial não é motivada por uma desconsideração ou uma depreciação da pessoa humana, mas sim por uma necessidade de manter em segredo medidas que sirvam para a proteção da ordem democrática e para a própria existência do estado”. [ALEXY, Robert. 2011.,p. 95, BVerfGE 30, 1 (27)]

Dito isso, verifica-se, pois, que a dignidade da pessoa humana pode ser afastada diante de determinada colisão entre princípios, ou até mesmo, entre efeitos da própria dignidade da pessoa humana, a saber, a bipolaridade existente entre o prisma analítico da dignidade humana sob o aspecto individual e, em outra vertente, a análise da dignidade enquanto garantia de uma coletividade.

Entende-se, portanto, que nenhum princípio é superior, em essência, face outro princípio, razão pela qual, observa-se que, no caso da dignidade da pessoa humana, a preferência ocorrente desse princípio em face de outros princípios, determina a construção de um do conteúdo da *regra da dignidade da pessoa humana*. Sendo assim, não seria o princípio absoluto, mas a regra estabelecida pela construção teórica formalizada pelas valorações principiológicas comumente constituídas. (ALEXY, Robert, 2011, p.113.)

Esse estudo tem por objetivo demonstrar a inexistência de supremacia principiológica absoluta, ou seja, por mais importante que seja, toda e qualquer máxima pode e deve ser ponderada antes de sua aplicação no caso concreto. Resta comprovada a vital importância do princípio da proporcionalidade independentemente de qual norma esteja em questão, devendo sempre haver um juízo de proporcionalidade, necessidade e adequação da norma às situações fáticas e jurídicas.

3 PROBLEMÁTICA LEGISLATIVA

3.1 LEGISLAÇÃO NACIONAL

O Direito deve ser entendido o conjunto das normas que regulamentam a conduta dos indivíduos de uma determinada sociedade e, em decorrência disso, tem por função precípua a resolução de conflitos. A esse conjunto de normas de conduta dá-se o nome de ordenamento jurídico, hierárquicamente estruturando as várias espécies de normas jurídicas.

A lei é a fonte de direito principal do ordenamento jurídico. Diante da pretensa completude do ordenamento jurídico, sustentada pelos positivistas, e, por outro lado, diante da impossibilidade da previsão, por parte do legislador, de todos os casos concretos que poderão surgir, nos deparamos então com o tema relativo às lacunas no Direito, ou seja, ausência de norma reguladora para um caso concreto específico.

A legislação brasileira é omissa sobre a realização de testes clínicos, seja para autorizá-los, seja para proibi-los, com exceção dos exames médicos indicados na NR nº 7.

Em relação ao tema deste trabalho a ausência de regulamentação específica é o principal entrave ao desenvolvimento do mesmo, como afirmado em ementa de acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região transcrito a seguir:

Orgão julgador: Terceira Turma

Tipo de processo: Recurso Ordinário

Relator: Patricia Pellegrini Baptista Da Silva

Dano moral. Exigência de realização de exame toxicológico (antidoping) para detecção de drogas no sangue, adotando, para tanto, o critério de sorteio. Muito embora o inciso II, do artigo 168 da CLT obrigue a realização de exame médico (admissional, periódico e demissional), o poder diretivo do empregador deve ser exercido dentro do limite da razoabilidade, especialmente porque **não existe lei que regulamente a exigência de exame toxicológico.** Extrapola o poder de direção do empregador a exigência de exame antidoping. Sentença de primeiro grau mantida nesse particular. (grifo do aluno)

Além da inexistência de legislação específica sobre o tema, é possível perceber que a própria Consolidação das Leis do Trabalho trata do assunto de forma geral mencionando apenas “exame médico”. Ainda, em seu parágrafo 2º, o artigo 168 da CLT dispõe:

§ 2º - Outros exames complementares poderão ser exigidos, a critério médico, **para apuração da capacidade** ou **aptidão física e mental do empregado para a função que deva exercer.** (grifo do aluno)

Destaca-se agora a finalidade de tais exames médicos, que segundo o parágrafo 2º do artigo 168 da CLT, não consta menção à averiguação de presença de substâncias químicas.

De suma importância foi a declaração, em 2012, do Conselho Federal de Medicina (CFM) sobre a proibição da realização de exames toxicológicos em candidatos a vagas de emprego. O CFM concluiu que a exigência de exames toxicológicos não é eticamente aceitável, pois contraria os postulados médicos, tendo esse entendimento base no texto constitucional, na Lei de Introdução ao Código Civil, no artigo 22 do Código de Ética Médica e artigo 168 da Consolidação das Leis do Trabalho. A problemática se instaura não só no campo ético, mas ainda no poder de direção da empresa, da preservação da intimidade e das determinações legais.

Decisão do Conselho Federal de Medicina:

PROCESSO-CONSULTA CFM nº 8.729/09 – PARECER CFM nº 26/12
INTERESSADO: Dra. J.M.
ASSUNTO: Monitoramento de drogas ilícitas em urina e sangue, para permitir acesso ao trabalho
RELATOR: Cons. Hermann Alexandre Vivacqua von Tiesenhausen

EMENTA: Não é eticamente aceitável a solicitação de exames de monitoramento de drogas ilícitas, em urina e sangue, para permitir acesso ao trabalho, pois isto contraria os postulados éticos.

Código de Ética Médica dispõe em seu artigo 22 no capítulo IV:

É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Cabe ressaltar que no âmbito trabalhista existe o poder de direção do empregador, cabendo a este determinar as condições em que se desenvolverá o trabalho, bem como tomar conta do trabalho prestado. Dentro do poder de direção, existe o poder disciplinar, que possibilita a aplicação da justa causa quando o empregado descumpre alguma das determinações do contrato.

A CLT prevê, em seu artigo 482 as situações em que a justa causa será configurada, e a embriaguez habitual ou em serviço é uma delas (nesse caso é entendido que a Consolidação das Leis do Trabalho se referiu a todos os tipos de drogas que viciam e causam dependência).

Jurisprudência majoritária adota nesse caso o afastamento da justa causa, considerando o vício em drogas uma doença, devendo o empregado ser encaminhado para tratamento e não dispensado.

Com isso percebe-se que realizar exames toxicológicos nos candidatos para verificar o uso de entorpecentes e álcool pode ser uma forma de se precaver contra problemas trabalhistas futuros.

Contudo, a maior parte da doutrina trabalhista considera que a realização de exames médicos sem o consentimento do empregado uma invasão da intimidade do indivíduo. Concordo com o entendimento de que recusar um possível empregado devido a um exame laboratorial é equivalente a julgar um fato antes mesmo de ele ocorrer.

Não resta comprovada qualquer conexão entre o uso de substâncias que viciam e distúrbios de comportamento no âmbito laboral. Devendo-se atentar para profissões as quais exigem de forma obrigatória tal procedimento, profissões de risco como pilotos e operadores de máquinas pesadas.

Segue Jurisprudência nesse sentido:

Data de julgamento: 2011-01-25

Orgão julgador: Primeira Turma – TRT1

Tipo de processo: Recurso Ordinário

Relator: Gustavo Tadeu Alkmim

Ementa: JUSTA CAUSA. Comprovado que a conduta do reclamante estava em desacordo com a determinação geral dada pelo empregador aos empregados fazendo uso de droga em atividade de risco, correta a justa causa aplicada.

No acórdão acima ficou declarado que: “O autor trabalhava embarcado em plataforma no sistema de escalas. Submetido à exame periódico detectou-se o uso de maconha, sendo imediatamente dispensado por justa causa.” E além disso declara que tal atividade é considerada perigosa podendo o mesmo colocar em perigo ele mesmo e todos os outros funcionários.

Outro acórdão cunho decisório semelhante:

Data de julgamento 2010-11-16
Orgão julgador: Nona Turma – TRT1
Tipo de processo: Recurso Ordinário
Relator: Claudia de Souza Gomes Freire
Ementa: RECURSO ORDINÁRIO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NÃO CARACTERIZAÇÃO. Não havendo comprovação nos autos da conduta ilícita da empresa, não se justifica a reparação por danos morais. Recurso a que se nega provimento.

Concluo assim que os exames clínicos são considerados uma violação dos direitos da privacidade, da intimidade, da proporcionalidade e da dignidade humana, salvo casos em que tais exames médicos são fundamentais para a consecução dos fins da empresa; os efeitos do vício estão se mostrando prejudiciais à produtividade do empregador ou atrapalhando seus colegas de trabalho; estão relacionados às obrigações constantes do contrato de trabalho; estão sendo utilizados para fins não discriminatórios e não vexatórios; e foram autorizados pelos candidatos, a partir do conhecimento prévio, sob pena de condenação ao pagamento de indenização a título de danos morais

Em relação ao consentimento do empregado:

A Sociedade Técnica de Perfuração (Sotep) terá que pagar R\$ 6 mil a um empregado por fazer exame toxicológico no trabalhador sem o seu consentimento. A 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho concluiu que o empregado teve sua integridade e privacidade violadas, pois cabia apenas a ele decidir se queria fazer exames para constatar a existência de drogas em seu organismo. No caso, ao fazer exames toxicológicos sem prévio consentimento do trabalhador, a empresa atingiu sua integridade e invadiu sua privacidade, razão pela qual "não há como se afastar a condenação em indenização por dano moral. (Revista Consultor Jurídico, 18 de fevereiro de 2013)

No que tange a atos discriminatórios, vexatórios e a falta de justificativa:

Órgão Julgador: Terceira Turma – TRT3
Relator: Convocado Danilo Siqueira de C.Faria
Revisor: Cesar Machado
Indenização por danos morais: A sentença condenou a Reclamada ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$10.000,00, ao fundamento de que a exigência de submissão do empregado a exame **toxicológico**, sem que houvesse qualquer justificativa plausível para tanto, o expôs a situação humilhante e constrangedora, atentando contra a sua dignidade, configurando, assim, ato ilícito passível de reparação.

Apesar da inexistência legislação específica, definidora de um posicionamento unânime sobre o assunto, é possível falar em uma jurisprudência dominante favorável a aplicação do exame toxicológico por parte do empregador de forma necessária, adequada, proporcional e consentida pelos candidatos e empregados.

3.2 DIREITO COMPARADO

Visando a obtenção de respostas através do direito comparado fora feita uma pesquisa no endereço eletrônico do Centro de Monitoramento Europeu de Drogas e de Dependência de Drogas (tradução do autor) (EMCDDA - *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction*) do qual, após uma interpretação dos quadros comparativos e dos textos apresentados, é possível chegar à conclusão de que a maioria dos países não possui qualquer legislação sobre o assunto. Existindo, de forma escassa, orientações gerais informando que a exigência de exame toxicológico é uma ação invasiva e violadora da privacidade do empregado devendo ser feita em casos excepcionais e com o consentimento do empregado.

Ainda nesse sentido explica que exames toxicológicos exigidos previamente à contratação ou logo após a contratação, mas antes da efetivação (começo das atividades) é considerado legal em alguns países, mas que os exames feitos em empregados que já trabalham na empresa sem o consentimento ou sem fortes indícios ou ainda sem efeitos negativos à produção do empregado durante o exercício da profissão é visto com maus olhos e passível de indenização por danos morais. Deve/pode ser aplicado apenas em empregados que exerçam funções que tradicionalmente exijam esse tipo de requisito. Países esses como Bélgica, República Tcheca, Dinamarca, Alemanha, Estônia, Grécia, Espanha, Chipre, Luxemburgo, Hungria, Holanda (este país possui leis sobre o assunto, mas os exames toxicológicos não são obrigatórios e o empregado tem o direito de recusar. Exame toxicológico realizado antes da contratação é proibido por lei e a submissão de candidato aprovado é permitida em alguns casos), Áustria, Portugal, Eslovênia, Suécia.

Em grupo muito reduzido existem alguns países que apresentam legislação branda, geral e em sua maioria não específica para a realização de exames toxicológicos no âmbito trabalhista. Países como França, Irlanda, Itália, Letônia (aplicação limitada), Lituânia, Eslováquia (regulada por lei), Finlândia (regulada de forma detalhada por lei), Noruega (regulada por lei, é considerada uma invasão gravíssima da privacidade do empregado sendo o exame toxicológico aplicado apenas em casos específicos e realmente necessários).

Quadro Comparativo 1 – Legislação Internacional sobre o uso de Exames
Toxicológicos no local de trabalho

Country	Is there dedicated legislation on WDT, for applicants or workers?	Workplace laws	Privacy laws	Data protection laws
Germany	<p>There is no single legislation on drug testing in the workplace, though various laws refer to it, and there is some case law from the Federal Labour Court. Drug testing is reported to be carried out much more during pre-employment than during employment.</p>	<p>The Federal Labour Court (Bundesarbeitsgericht) developed the “right to ask questions”. During the pre-employment medical exam, the employer can ask about drug consumption and conduct tests to discover information about drug addiction. The doctor is only allowed to inform the employer whether or not the person is fit for work.</p> <p>The Occupational Safety and Health Act (ArbSchG), ss.3-7, oblige the employer to ban drugs at work if there is a considerable danger. The Accident Prevention Regulations by the Occupational Accident Insurance Funds oblige the employee not to be in a state that endangers himself or others, and the Works Constitution Act (BVG) s.87 permits a ban, and testing, for the influence of drugs during working hours. The</p>	<p>Constitution (Articles 1(1) and 2(1)).</p>	<p>The Federal Data Protection Act (Bundesdatenschutzgesetz, BDSG) governs processing and use of personal data. Section 4(2) states that a subject must be informed about the data to be collected.</p> <p>s.28.7 of the Data Protection Act permits collection of sensitive data under certain conditions.</p> <p>The company doctor is subject to the rules of medical confidentiality even with regard to the transfer of medical data within the company (s.203 of the Penal Code (StGB); s.8(1) of the Occupational Safety Act (ASiG))</p>

		<p>Federal Labour Court accepts an obligation to test due to the employee's "general duty of loyalty", provided the employer has a legitimate reason to test (such as suspicion). Routine tests are not allowed except in dangerous or security-sensitive workplaces.</p>		
Netherlands	<p>There is no legislation which regulates workplace drug testing, so drug tests are not obligatory and the employees have the right to refuse.</p> <p>Pre-employment drug testing of all applicants is prohibited by law; testing of the successful applicant is permitted in certain circumstances.</p>	<p>In March 1990, a cross-Ministerial government report stated that testing is possible only when the type of work justifies it.</p> <p>A WDT programme must be based on an agreed procedure between the employer and the workers council.</p> <p>The Working Conditions Act, Art.18, states that the employer should ensure the safety and health of his employees, and the employee is similarly obliged. It also permits the employer to offer employees periodic testing to prevent or limit health risks at work. This Act also obliges a risk evaluation concerning certain positions with a safety risk.</p> <p>The Works Councils Act (§27.1), gives works councils the right of consent (a kind of veto power) when the employer intends to introduce, change or abolish a rule on: the collection and</p>	<p>Constitution art. 10-11.</p>	<p>Personal Data Protection Act (Wet bescherming persoonsgegevens) of 6 July 2000 implements Directive 95/46/EC.</p> <p>A company doctor has the duty of confidentiality. This doctor is only allowed to inform the employer about the result of the examination in form of conclusions.</p>

		<p>processing of employees' personal data; or facilities aimed at, or suitable for, the observation or control of employees' presence, behaviour or performance.</p> <p>The Civil Code (§7:611) gives the employers the power to make an infringement on the civil rights of employees in certain circumstances, if they behave in a reasonable way.</p> <p>The Medical Examinations Act s.4, only permits drug tests if there is a justifiable cause connected with the job itself, such as risks to the employee or third parties. A contractual clause giving the employer a right to test the employee is generally not considered to be sufficient, though this may differ in special circumstances (the Court permitted it in a case dealing with a rehabilitation centre for drug addicts).</p>		
Norway	<p>Testing is regulated by the 2005 Act relating to Working Environment, Working Hours and Employment Protection. Subjection to medical examinations (eg drug testing) is a serious interference</p>	<p>The Act No. 62 of 17 June 2005 relating to Working Environment, Working Hours and Employment Protection s.9-4 states that the employer can only demand medical examinations (eg drug testing): when pursuant to law or</p>	<p>The Act no. 30 of 21 May 1999 relating to the Strengthening of the Status of Human Rights in Norwegian Law has made the European Convention on Human Rights art. 8 part of</p>	<p>The 2000 Act relating to the Processing of Personal Data (Personopplysningsloven) implements Directive 95/46/EC.</p>

	<p>with the personal integrity of the employee/ job applicant and should only be executed when strictly necessary</p>	<p>regulation</p> <ul style="list-style-type: none"> - for positions which are associated with special risk - when the employer finds it necessary to protect the life or health of employees or a third party. <p>These provisions apply both in relation to employees and to job applicants. Section 9-4 is exhaustive in the sense that the consent of the employee or job applicant does not provide a sufficient legal basis for drug testing. The testing must also comply with the general provisions in section 9-1, which state that all controlling measures must be objectively justified and not a disproportionate burden on the employee.</p> <p>Furthermore section 9-2 establishes an obligation for the employer to discuss controlling measures with the elected representatives of the employees as early as possible and to provide information to the employees themselves about certain aspects of the controlling measures.</p>	<p>Norwegian law.</p> <p>Courts have established a fundamental legal principle of 'protection of personal integrity.'</p>	
--	---	--	---	--

Fonte: *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction*

Com esse quadro demonstro que não só o Brasil como muitos outros países não apresentam legislação específica sobre o assunto, mas esse estudo comparado

serviu também para comprovar que o direito brasileiro e, principalmente, a jurisprudência brasileira segue no caminho correto.

3.3 LEGISLAÇÃO DO FUMO

De acordo com lei vigente que regula o fumo (lei 9.294, de 15 de julho de 1996), o fumo é proibido em recinto coletivo havendo a possibilidade de criação de área destinada a esse fim. Não há menção legislativa sobre a proibição total, por parte dos empregadores, do fumo no âmbito das empresa ou criação de um ambiente exclusivo para essa finalidade.

É contraditório o entendimento pela obrigação, do empregador, em criar ou manter estabelecimento próprio para a utilização de produto reconhecidamente prejudicial à saúde dos trabalhadores. A título de droga o cigarro é comparado à bebida alcoólica perante a lei, se diferenciando porém, em relação às conseqüências do seu uso, uma vez que o cigarro não gera efeitos imediatos que possam causar distúrbios no local de trabalho.

É, por obvio, legitimado a não permissão do fumo em ambientes sujeitos a risco (inflamáveis e explosivos) ou que em razão de sua finalidade mercantil (alimentícia ou hospitalar), o fumo se torne prejudicial ou perigoso à atividade desenvolvida.

Sendo assim, quando se proíbe o fumo em todo o ambiente empresarial baseado na segurança e saúde da coletividade não há violação legal, uma vez que o interesse e os bem jurídicos tutelados são, nesse caso, mais importantes que o direito de fumar.

CONCLUSÃO

Frente a tudo que foi exposto ao longo desse trabalho, fica evidente, como o princípio da proporcionalidade, presente implicitamente na Constituição brasileira, atua em relação ao direito trabalhista.

Percebe-se que o princípio da proporcionalidade transformou-se num limite à intervenção estatal na esfera da liberdade individual dos cidadãos, e esse limite ainda apresenta-se no ordenamento sob a forma de princípio jurídico, de onde se apreende a necessidade de que seja sempre levado em consideração. Ademais, o princípio da proporcionalidade cumpre o importante papel de orientar as atividades legislativas e judiciais.

Concluí-se que apesar da omissão legislativa a jurisprudência nacional vem conseguindo, de forma satisfatória, direcionar corretamente o entendimento sobre a matéria tratada, estando em consonância com as melhores escolas do direito ocidental.

Resumindo o meu entendimento sobre o tema, a Convenção nº. 111 da OIT, proíbe a discriminação no trabalho, de onde se pode interpretar de forma extensiva aos casos de trabalhadores dependentes de droga. A partir da observação de tal Convenção é possível concluir que o uso de drogas (lícitas ou ilícitas) por parte dos funcionários, em suas horas livres e fora dos locais de trabalho, não deve servir de base de aplicação de medidas disciplinares pelo empregador, se o consumo não gerar prejuízo para as atividades laborais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª Edição. 2011. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón practica. p. 139-151 Revista DOXA n. 05 1988.

BITENCOURT, Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

GOMES, Neusa Demartini. *Publicidade: comunicação persuasiva*. Porto Alegre: Sulina 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundametalns e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.