

**A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO PRE-CONTRATO,
RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR E A APLICABILIDADE DO
DANO MORAL**

**A VIOLATION OF THE RIGHTS OF PERSONALITY ON THE PRE-CONTRACT
STAGE, THE CIVIL RESPONSIBILITY OF THE EMPLOYER AND
APPLICABILITY OF MORAL DAMAGES**

Leda Maria Messias Da Silva *

Maria Cristina Seara Veltrini**

RESUMO: O presente artigo pretende demonstrar como ocorre a violação da personalidade na fase de pré-contrato, a responsabilidade civil dos empregadores, bem como discorrer sobre a ocorrência de dano moral gerado por atitudes dos prepostos. Tem também por objetivo mostrar a relação do direito do trabalho com o direito civil no que tange às questões de responsabilidade pré-contratual. Assim, ressalta o artigo 422 do Código Civil, indicando que a boa-fé não é apenas exigível das partes durante a relação contratual, mas antes e depois dela, ou seja, nos momentos pré e pós-contratual. Este artigo ressalta que os processos mais frequentes de dano moral pré-contratual discutidos na Justiça do Trabalho são os de promessa de emprego, aprovação no processo seletivo, a não contratação do empregado e a falta de explicação condizente com relação aos resultados obtidos nos testes admissionais. Este estudo afirma que as promessas de emprego geram um pré-contrato entre empregador e empregado que, mesmo sem ter formado nenhum contrato formal, vinculam as partes e gera obrigações entre elas. Ademais, casos de promessa de emprego envolvem também a teoria da “perda de uma chance”, dependendo do resultado que tal promessa gera para a vida do trabalhador. Pretende demonstrar que durante um processo seletivo o empregado realiza exames médicos, psicológicos e testes específicos de aptidões, porém acontece em algumas situações que o candidato não é contratado, ou ainda é considerado inapto devido a condições de saúde ou mesmo por questões de natureza psicológica, porém os avaliados não recebem qualquer retorno a respeito da não aprovação, gerando o dano moral pré-contratual. As questões pertinentes ao dano moral pré-contratual são de competência da Justiça do Trabalho, sendo que os Tribunais vêm deferindo inúmeras decisões favoráveis ao empregado e aplicando indenizações que satisfazem os anseios daqueles que se sentiram lesados. A condenação por

* Pós-doutora em Direito do Trabalho, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Portugal, Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais, Subárea de Direito do Trabalho, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP; professora da Universidade Estadual de Maringá-PR (UEM); professora do Mestrado em Ciências Jurídicas e da Graduação em Direito do Centro Universitário de Maringá-PR (UNICESUMAR); ex-professora da Universidade Cândido Mendes, no Rio de Janeiro; ex-membro da Diretoria - PR, da Sociedade Brasileira de Bioética. Pertenceu, ainda, ao Comitê Permanente de Ética em Pesquisa do Cesumar-COPEC.

** Mestranda do Curso de Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR); Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura do Paraná; Bacharel em Direito pela Faculdade Maringá; Professora do Curso de Especialização de Direito da Pontifícia Universidade Católica – Extensão em Maringá - PR; Advogada e Psicóloga formada pela Universidade Estadual de Maringá; Especialista em Recursos Humanos – Reengenharia e Qualidade Total pelo Unopar em Londrina – PR. E-mail: crisveltrini@gmail.com.

danos morais deve, antes de qualquer coisa, atender os reclamos e anseios de justiça, não só do cidadão, mas da sociedade como um todo.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Seletivo; Dano Moral; Pré-contrato.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate how the personality violation occurs in the pre - contract, employers' liability, as well as the possibility of co-occurring damage moral generated by attitudes of subordinates. It also has the objective of showing the bond of labor law with the civil law in relation to issues of pre-contractual liability. So says the article 422 of the Civil Code, indicating that the good faith is not only required from the parties during the contractual relationship, but before and after it, in the pre and post-contractual. This article points out that the most frequent processes of pre-contractual damage discussed in labor courts are the promise of employment, passed the selection process, not hiring the employee and the lack of consistent explanation with respect to the results obtained in the admission test. In this study it is discussed that the promises of jobs generate a pre- contract between employer and employee, even without having made any formal contract, binding on the parties and creating bonds between them. Moreover, the promise of employment cases also involve the theory of "loss of a chance", depending on what generates such a promise for the life of the worker. It aims to demonstrate that during a selective process during the employee performs medical examinations, psychological tests and specific skills, but happens in some situation that the candidate is not hired, or is considered unfit due to health conditions or even psychological issues, but the evaluated person does not receive any feedback about the non-approval, generating the pre -contractual damage. Relevant issues to the pre-contractual damage are the responsibility of the Labour Court, and the Courts have deferred many favorable decisions to the employee severance and are applying that it satisfies the desires of those who felt aggrieved. A conviction for moral damages must, before anything else, meet the demands and desires for justice, not only for the citizens, but for society as a whole.

KEYWORDS: Selection Process; Moral Damage; Pre-contract.

1 INTRODUÇÃO

A competência para julgar questões pertinentes à responsabilidade civil na fase pré-contratual é da Justiça do Trabalho, segundo demonstrado pelo artigo 114, inciso IV da Constituição Federal de 1988, introduzido pela Emenda Constitucional nº45 de 2004.

A Justiça do Trabalho é competente para apreciar e decidir os pedidos de reparação de dano causado pelo descumprimento de promessa de celebrar o contrato de trabalho, por tratar-se de controvérsia decorrente de uma relação de trabalho prometida e que não teria se consumado por culpa de uma das partes.

Embora alguns doutrinadores não aceitem a ideia da responsabilidade civil pré-contrato, decorrente de ação ou omissão culposa, existe a responsabilidade pré-contratual ocorrida entre a proposta e a aceitação.

Assim, a responsabilidade civil resulta da quebra de um dever específico de boa-fé negocial pelo qual o dano se vincula à responsabilidade contratual.

A responsabilidade civil do empregador relacionada aos processos de contratação está determinada quando ocorre a chamada promessa de emprego, solicitação de exames médicos que invadem a privacidade do indivíduo ou mesmo por discriminações de natureza sexual, muito embora a legislação trabalhista vigente reafirme que não deve ocorrer na fase de contratação qualquer distinção em relação a sexo, idade e estado de saúde física que não dificulte a realização das atividades propostas.

O instituto da responsabilidade civil está sempre presente no direito do trabalho, pois questões de natureza indenizatória de danos morais, assédio moral e sexual, acidente de trabalho e discriminações ensejam nos remeter para o direito civil.

Verifica-se que não é somente a frustração do avaliado que gera o dano moral, mas a violação de comportamentos, como por exemplo, a violação de sigilo e informações.

O método científico utilizado para a elaboração desta pesquisa, foi o sistêmico, pois buscou informações acerca da relação empregado versus empregador e levantou os vários tipos de problemas na fase de pré-contrato. A utilização deste método se deu em função da colocação da problemática que rege tal tema e pela procura de conhecimentos ou instrumentos relevantes para a solução do problema apresentado.

Pretendeu vislumbrar possibilidades de solução do problema do dano moral pré-contrato a partir da aplicabilidade do princípio da dignidade humana, nas relações pré, durante e pós contrato de emprego.

2 DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Os indivíduos adquirem a personalidade jurídica a partir do nascimento com vida, esta é a tese defendida pelo direito civil clássico, assim os direitos do nascituro encontram-se protegidos civilmente no artigo 2º do código civil de 2002. Este instituto define que a personalidade civil do indivíduo começa com o nascimento com vida, colocando a lei a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

O Código Civil de 2002 aborda os direitos de personalidade em seus arts. 11 a 21, bem como nos art.1609 onde ocorre o reconhecimento do filho antes de nascer, no art. 1779 garantindo a curatela do nascituro, no art. 1798 com a legítima como sucessoras as pessoas já concebidas no momento da abertura da sucessão. Os concepcionistas afirmam que o

concepturo, o embrião e o nascituro, é desde a fecundação, um ser humano individualizado, distinto da mãe, possuidores de autonomia genético-biológica, assim considerado um sujeito de direitos.

Assim os direitos de personalidade já estão garantidos para o nascituro, ou seja, todo ser vivo tem este direito garantido constitucionalmente, portanto, também o tem aquele que tenta um emprego, aquele que é admitido, durante o contrato e, se demitido, após o contrato, sofrer alguma lesão ao seu direito de personalidade.

2.1. DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana já se encontrava prevista no Antigo e no Novo Testamento, onde podemos verificar que a premissa básica é de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa esta que o Cristianismo extraiu de que o ser humano - e não apenas os cristãos - é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dependia, em regra, da posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas.

Para São Tomás de Aquino, a noção de que a dignidade encontra seu fundamento na circunstância de que o ser humano foi feito à imagem e semelhança de Deus, mas também radica na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana, de tal sorte que, por força de sua dignidade, o ser humano, sendo livre por natureza, existe em função da sua própria vontade. (HERDEGEN, 1998, p. 7)

Importante ressaltar a concepção de Kant, onde afirma que a autonomia da vontade racional do ser humano, deve ser entendida como a maneira de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana. (KANT, I. 1970, p. 134 e 141) Sustenta Kant que "o Homem, e, de maneira geral, que em todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser

considerado simultaneamente como um fim. Ainda segundo Kant, a qualidade peculiar e insubstituível da pessoa humana, “no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer coisa, e, portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade [...]”.

Assim, dignidade não tem preço, encontra-se acima de qualquer “quantum”, nunca pode ser posta em cálculo ou em confronto com qualquer coisa que tenha preço, sem de qualquer modo ferir sua integridade. O que implica dizer que dignidade tem um valor intrínseco, infungível, próprio de cada ser humano e não pode ser tratada como objeto ou coisa.

A doutrina jurídica baseia-se no pensamento de Kant para identificar as bases de uma fundamentação e de uma conceituação da dignidade da pessoa humana. Até que ponto, contudo, tal concepção efetivamente poderá ser adotada sem reservas ou ajustes na atual quadra da evolução social, econômica e jurídica, constitui, sem dúvida, desafio fascinante. Assim, poder-se-á afirmar que tanto o pensamento de Kant quanto todas as concepções que sustentam ser a dignidade um atributo exclusivo da pessoa humana - encontram-se, ao menos em tese, sujeitas à crítica de um excessivo antropocentrismo, notadamente naquilo em que sustentam que a pessoa humana, em função de sua racionalidade ocupa um lugar privilegiado em relação aos demais seres vivos.

Para o Direito Constitucional contemporâneo a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais se vinculam naturalmente. Os direitos de personalidade estão contemplados na Constituição Federal de 1988 e considerados como direitos fundamentais, sendo que a violação dos deveres e direitos vinculados à proteção e respeito à dignidade foi assumida pelo Constituinte, quando da efetivação por meio dos órgãos jurisdicionais.

A compreensão do conteúdo e significado da dignidade da pessoa humana para a ordem jurídica é ainda um tema polêmico e que tem ensejado farta discussão no âmbito doutrinário e até mesmo jurisprudencial. De fato, como bem averbou Antônio Junqueira de Azevedo, o acordo a respeito das palavras "dignidade da pessoa humana" infelizmente não afasta a grande controvérsia em torno do seu conteúdo. (GEWIRTH, 2003, p.10)

Além disso, em se levando em conta que a dignidade, acima de tudo, diz com a condição humana do ser humano,¹ cuida-se de assunto de perene relevância e atualidade, tão perene e atual for à própria existência humana.

¹ Neste sentido o entendimento de M-I. Paiva. Le principe de dignité de La personne humaine: um nouveau principe constitutionnel. In: R. Cabrillac/M. A. Frison-Roche/T. Revet (Dir), *Droit des Libertés Fondamenteux*, p. 105.

Neste sentido só seria deixada de lado a preocupação com a dignidade humana, se e somente o ser humano renunciasse à sua condição de ser humano e deixasse de possuir as qualidades intrínsecas e indissociáveis da própria natureza humana.

Mesmo que o ser humano desejasse abandonar um direito à dignidade, isto não seria possível, pois a humanidade, o Estado e o Direito têm como meta permanente à proteção e o respeito pela dignidade da pessoa humana.

Para CANTALI existe uma “preocupação com a valorização do ser humano protegendo sua dignidade existencial, dignidade esta que, elevada a fundamento da República, colocou o indivíduo como o centro do ordenamento [...]” (CANTALI, 2009, p.50)

Sobre a dignidade da pessoa humana, Szaniawski ensina:

Um conceito exato de *dignidade* que expresse todo o seu significado é difícil, se não, impossível. O conceito de dignidade é fluido, multifacetário e multidisciplinar. O conceito de *dignidade* da pessoa humana é, frequentemente, confundido com o próprio conceito de personalidade. Assim, a *dignidade* da pessoa humana, sob o ponto de vista jurídico, tem sido definida como um atributo da pessoa humana, o "fundamento primeiro e a finalidade última, de toda a atuação estatal e mesmo particular", o núcleo essencial dos direitos humanos. (SZANIAWSKI, 2005, p.140)

Para Tepedino o ser humano “requer proteção integral, que supere a dicotomia direito público e direito privado e atenda à cláusula geral fixada pelo texto maior, de promoção da dignidade humana.” (TEPEDINO, 2001, p. 50)

Ainda sobre a relação entre os direitos humanos e a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, Comparato ressalta a sua base e seus destinatários:

Com base no princípio da solidariedade, passou a serem reconhecido como direitos humanos os chamados direitos sociais, que se realizam pela execução de políticas públicas destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aquelas que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente. (COMPARATO, 2013, p.78).

Ademais a dignidade da pessoa humana é inerente a toda e qualquer fase da vida independente da pessoa querer ou não ser considerada como pessoa digna.

Em complemento a este pensamento, Sarlet destaca:

Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade,

sendo, portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade), constatação esta que remete a uma conexão com o princípio da subsidiariedade, que assume uma função relevante também neste contexto. (SARLET, 2009, p.53).

Assim, a dignidade continua a ocupar um lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico, sendo esta como um valor fundamental da ordem jurídica. Portanto, violar direitos da personalidade, que garantem a dignidade da pessoa humana, em quaisquer das fases, seja no pré-contrato, é violar a dignidade da pessoa humana e exige reparação, ainda que esta não possa efetivamente ser mensurada, ao menos é uma forma de amenizar o problema.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Existem controvérsias na doutrina quanto ao fato da responsabilidade civil do empregador ser objetiva ou subjetiva.

Ao analisar a responsabilidade civil do empregador por dano causado ao empregado verifica-se que o foco encontra-se nas ações oriundas de acidente de trabalho ou ainda de doenças profissionais decorrentes da falta de atributos de segurança e prevenção quanto à saúde do empregado. Diversas são as hipóteses e causas deste problema, ou seja, negligência, imprudência ou imperícia do empregado ao lidar com equipamentos com certo grau de complexidade, falta de aplicação de programas de saúde e segurança no trabalho, bem como aquelas que impliquem em ato de discriminação, desrespeito à vida privada do empregado, prática de atos que atinjam a dignidade e a honra do trabalhador.

Para Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano apud Hebe M. Sá Silva (2007, p. 243): Em verdade, acreditamos que, em condições normais, a responsabilidade, nesses casos, é sim, objetiva, salvo alguma previsão legal específica de objetivação da responsabilidade, como a do Estado (art. 37, § 6º, da CF/88).

A responsabilidade pré-contratual se enquadra na responsabilidade civil extracontratual, pois embora não tenha se formado o vínculo trabalhista existiu uma relação entre empregador e empregado.

Para José Affonso Dallegrave Neto apud Hebe M. Sá Silva (2007, p. 111) o dano pré e pós-contratual não decorrente de violação do contrato de trabalho e sim da ofensa a um dever de conduta, ou seja, ao princípio da boa-fé objetiva, inserido no artigo 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da boa-fé”.

A não contratação do funcionário na fase pré-contratual, após a realização do processo seletivo ter sido concluído, bem como as promessas e expectativas geradas para o futuro funcionário e a não efetivação do contrato de trabalho, geram violação dos direitos de personalidade, tais como, de sua intimidade, de sua honra, do seu direito não discriminação arbitrária previsto nos seus art. 17, 20 e 21 do Novo Código Civil Brasileiro de 2002.

Desta maneira há um dever determinado e aceito pelas partes contratantes, assim se ocorrer à quebra do contrato, seja ele pré ou pós-contrato implica, na existência da culpa presumida por parte do empregador, chamada de *culpa in contrahendo*, igualmente prevista no código civil no artigo 422.

Assim, diante da existência da responsabilidade do empregador frente ao empregado, observa-se que o direito civil, através da responsabilidade existente, adentra a esfera do direito do trabalho devido à ocorrência da quebra de um dever específico de boa-fé negocial o que torna possível o dano moral não só durante o contrato, mas, também, no pré e pós contrato de trabalho.

4 DO DANO MORAL NA FASE PRE-CONTRATUAL

O dano moral é um instituto que vem ganhando evidências no direito do trabalho, assim podemos observar que existia uma situação sobre dano moral antes da existência da Constituição de 1988, onde pouco se falava deste assunto, pois tudo era ainda novo e obscuro para os doutrinadores. Após a Constituição de 1998 verificou-se que o instituto do dano moral vem sendo tratado de maneira mais evidenciada, igualmente para o Direito do Trabalho a valorização deste instituto vem ganhando maior espaço e a tratativa vem sendo feita o sentido de dar maior ênfase nas questões de ordem psicológica vinculadas aos direitos de personalidade (honra, imagem, proteção ao nome, etc.). A evolução do direito do trabalho e as incidências de assédio moral, dano moral e discriminações, possibilitaram maior ênfase à matéria e os doutrinadores passaram a analisar sob outro prisma as consequências ocasionadas por estes atos por parte do empregador.

O dano moral, atualmente, tem sido contemplado pela Constituição Federal de 1988 no seu artigo 5º:

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

[...]

V – é assegurada a intimidade, a vida privada, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

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

Após o reconhecimento deste instituto a doutrina passa a considerar o dano moral trabalhista como uma ocorrência de ofensa aos atributos físicos, valorativos, psíquicos e intelectuais, decorrentes da relação de trabalho, sendo estes causados pelos empregadores ou mesmos por seus prepostos.

Muito discutido pelos doutrinadores é o conceito de dano moral como sendo “aquele que inflige ao violar-se algum direito da personalidade”, porém não podemos deixar de considerar o conceito de dano moral empregado por Valentim Carrion, onde “entende que o dano moral é aquele que atinge os direitos da personalidade, sem valor econômico, tal como a dor mental, a dor psíquica ou física.” (CARRION, 2004, p.359)

Importante ressaltar que a Constituição de 1988 em seu artigo 5º, X estende o dano moral a outros ramos do Direito, inclusive ao Direito do Trabalho. No Código Civil de 2002 em seus artigos 186, 953 e 954 fazem referência expressa ao dano moral. Isto procede quando se atenta contra os princípios axiológicos do Direito (igualdade/liberdade) e/ou contra os direitos de personalidade.

Para o funcionário que está concorrendo a uma vaga de emprego, tem como seu maior patrimônio, neste momento, sua capacidade laborativa, que deriva de sua reputação conquistada no mercado de trabalho, do profissionalismo, da dedicação, da produção, da assiduidade e de sua capacidade. Assim, considera-se lesivo à moral do empregado na fase de pré-contrato tudo aquilo que afete sua vida profissional insultando, de forma leviana, a sua imagem profissional, impedindo sua ocupação profissional no mercado.

Na fase de pré-contrato, não raras vezes, os candidatos são submetidos e coagidos por assédios morais, danos morais, discriminações ou até exames de natureza psicológica e médicos vexatórios, caracterizando a possibilidade de indenização por dano moral.

De acordo com Alice Monteiro de Barros (1997, p.61), o empregador deve proceder da seguinte maneira:

O empregador tem a faculdade de escolher a pessoa que deseja contratar, não fazendo uso de agências de colocação. Entretanto, a avaliação prévia da aptidão do candidato torna-se frequente, sendo comum submetê-lo a exames de seleção, que poderão compreender entrevista pessoal, questionário, prova grafológica ou testes psicotécnicos, os quais, em geral, consistem em questionamentos sobre o caráter e personalidade do candidato, como objetivo de aferir não só a aptidão para desenvolver a atividade a contento, mas também as suas características psíquicas, a fim de averiguar se poderão repercutir sobre a regularidade de execução do contrato de trabalho. A ilicitude desses métodos dependerá das cautelas que forem adotadas para não interferir na vida privada do candidato, além do que for necessário. Logo, nesse sentido devem ser dirigidas as entrevistas e questionários. As perguntas formuladas precisam estar relacionadas com a aptidão profissional exigida para a prestação do trabalho oferecido. O candidato, por sua vez, deverá responder às indagações com sinceridade, agindo ambos em clima de boa-fé e respeito. O aspirante ao emprego poderá, entretanto, recusar-se a responder a questões sobre aspectos pessoais, desde que a veracidade das informações não seja de fundamental importância para a execução do serviço.

O dano moral atinge o patrimônio imaterial ou não patrimonial da pessoa física e pode se consubstanciar na forma de dano pré-contratual. Este ocorre, por exemplo, quando a empresa ilude o trabalhador, causando-lhe expectativa exacerbada de contratação, mormente quando a fase das tratativas inclui a realização de exames admissionais, gerando no obreiro a quase certeza da admissão, que, por fim, não ocorre.

O dano moral na fase de pré-contrato pode ser gerado também quando por atitudes levianas de um selecionador ocorre discriminação de pessoas com tendências homossexuais ou mesmo por maus tratos durante o processo seletivo.

Para Alexandre Agra Belmonte, *apud* Hebe M. Sá Silva (2007, p.117-118):

São danos morais trabalhistas as ofensas aos atributos físicos, valorativos e psíquicos ou intelectuais, decorrentes da relação de trabalho, suscetíveis de gerar padecimentos sentimentais ou ainda como decorrência do uso não autorizado da imagem ou da violação do bom nome da pessoa jurídica e, finalmente, os causados aos valores culturais de certa comunidade.

A Lei nº 9.029/95 veda a discriminação praticada ao empregado, sendo aplicada a indenização correspondente quando tal ato é praticado. A discriminação ao empregado pode ser passível de indenização tanto na questão moral quanto patrimonial, basta que seja comprovada a discriminação, isso quando não gera, também, uma ação penal. A lei nº 9.263/96 proíbe ato atentatório à dignidade da trabalhadora, quando o empregador exige teste de esterilidade (beta HCG). E a CLT proíbe revistas íntimas, discriminação e abusos contra os trabalhadores em geral.

A legislação trabalhista e a jurisprudência têm caminhado no sentido de estruturar, criteriosamente, as maneiras de indenização quando o empregador atenta contra o trabalhador através de controles inclusive de correio eletrônico, verificando se existe violação de sua intimidade e privacidade.

Os Tribunais do Trabalho tem entendido que o dano moral no pré-contrato é passível de indenização quando acontece discriminação, exames de aptidão além do necessário, assim diante da importância do tema apresentamos os dois julgados a seguir:

DANO PRE-CONTRATUAL. PROCESSO SELETIVO. EXAME MEDICO ADMISSIONAL DE INAPTIDÃO. SEGUNDA CHANCE DE EXAME MEDICO ADMISSIONAL COM RESULTADO DE APTIDÃO. CONFIANÇA NA CONTRATAÇÃO. ABALO DA CONFIANÇA PELA DETERMINAÇÃO POTESTATIVA DE TERCEIRO EXAME MEDICO ADMISSIONAL COM RESULTADO DE INAPTIDÃO. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. DEVER DE INDENIZAR. INTELIGENCIA DO ARTIGO 422 DO CODIGO CIVIL. (TRT 2ª Região - RO – 01325004220085020463 – 4ª Turma - Relatora Ivani Contini Bramante, DJ em 21.01.2011).

E, ainda:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PRÉ-CONTRATO DE TRABALHO. FRUSTRAÇÃO NA CONTRATAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. O recurso de revista merece ser admitido por divergência jurisprudencial. Agravo de instrumento a que se dá provimento para determinar o processamento do recurso de revista. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL EM FASE PRÉ-CONTRATUAL. O contrato de trabalho não impõe obrigações nem produz efeitos apenas enquanto vigente formalmente. A responsabilidade civil do empregador não está limitada ao período contratual, mas igualmente alcança as fases pré e pós-contratual - (2ª Turma, acórdão da lavra do Min. José Simpliciano). Da leitura do acórdão do TRT extrai-se que não se tratou de mera possibilidade de preenchimento de vaga, mas de efetiva intenção de contratar. O rompimento injustificado das negociações revela a quebra do

princípio da boa fé objetiva, que deve estar presente, inclusive, nas tratativas contratuais preliminares. O Reclamante apresentou documentação, fez exames admissionais, forneceu conta bancária e pediu demissão do emprego, sendo em seguida surpreendido com a decisão da reclamada em não admiti-lo. Diante disso, resta configurada a conduta ilícita da reclamada e, consequentemente, o alegado dano moral. -Pode-se determinar a figura jurídica da responsabilidade pré-contratual quando uma pessoa entabula negociações com outra, induzindo-a a preparar-se para contratar e depois, injustificadamente, deixa de celebrar a avença-. (Caio Mário, citado por Pinho Pedreira, op. cit.) Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RECURSO DE REVISTA RR 16863720105180006 1686-37.2010.5.18.0006.TST). Disponível em: <<http://tst.jus.br/web/guest/consulta-unificada/>>. Acesso em: 16 jun. 2014)

Os Tribunais Trabalhistas têm dialogado cada vez mais com a doutrina do Direito Civil, principalmente no tocante às questões de responsabilidade pré-contratual. Baseada no artigo 422 do Código Civil, esta teoria compreende que o respeito à boa-fé não é apenas exigível das partes durante a relação contratual, mas também antes e depois dela, ou seja, nos momentos pré e pós-contratual.

O empregador na fase de pré-contrato não deve analisar o passado do futuro funcionário, sob risco de discriminá-lo. Os responsáveis pelos processos seletivos não devem procurar antecedentes criminais ou trabalhistas, pois estes quesitos violariam a vida privada do trabalhador. Esta investigação por parte do empregador ensejaria o dano moral no pré-contrato e a possibilidade de indenização, caso o futuro funcionário entenda que foi lesado.

Porém uma simples análise do *curriculum vitae* e a realização de entrevista, desde que esta não enseje a busca de questões de natureza pessoal e psicológica, não caracteriza um dano moral pré-contrato, sendo este o entendimento da jurisprudência dominante, senão vejamos:

FASE PRÉ-CONTRATUAL. NÃO EFETIVAÇÃO DA CONTRATAÇÃO. DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. A análise de currículo e verificação da experiência profissional de candidatos a emprego são atitudes legítimas tomadas pelas empresas, que não gera o direito à contratação. Efetivamente, não existe no ordenamento nacional dispositivo que imponha a contratação de candidatos a emprego. Não se está com isso a desconhecer que existem situações pré-contratuais que, embora legalmente não esteja o empregador obrigado a efetivar a contratação, moral e eticamente fica compelido a materializá-la, sob pena de acarretar danos, morais e materiais. Contudo, esta não é a hipótese dos autos. (TRT-6 - RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA RO 748782010506 PE 0000748-78.2010.5.06.0102 - TRT-6), publicado em 05.05.2011. Disponível em:

<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Dano+Moral+Pr%C3%A9-contratual+Configurado&c=>>. Acesso em: 16 jun. 2014)

O dano moral atinge o patrimônio imaterial ou não patrimonial da pessoa física e pode se consubstanciar na forma de dano pré-contratual. Este ocorre, por exemplo, quando a empresa ilude o trabalhador, causando-lhe expectativa exacerbada de contratação, mormente quando a fase das tratativas inclui a realização de exames admissionais, gerando no obreiro a quase certeza da admissão, que, por fim, não ocorre.

Para Caio Mário da Silva Pereira apud Sússekind (2005, p. 639) “a indenização pelo dano moral tem natureza de satisfação do ofendido, ou seja, de reparar o dano”. Agostinho Alvim entende, assim como a corrente majoritária da área civil, que a natureza é de compensação. Um prazer diminui a dor, traz alegria, desvia a atenção do sofrimento.

Já Cavalieri entende que “a reparação do dano moral tem caráter de compensação e de pena privada”. (CAVALIERI, 2004, p.95)

Assim, os atos atentados contra o empregado geram dano moral passível de indenização, sendo que a natureza desta punição é educativa, assim acredita-se que o empregador se sente inibido para praticar o mesmo ato no futuro.

5 CONCLUSÃO

A violação dos direitos de personalidade pode ocorrer na fase de pré-contrato, quando por negligência, imprudência ou imperícia de quem está realizando o processo seletivo ou o próprio empregador, ofende o princípio da boa-fé e quebra a relação contratual, antes mesmo de se iniciar um vínculo empregatício propriamente dito.

Os danos morais trabalhistas ocorrem quando a ofensa aos atributos físicos, valorativos e psíquicos ou intelectuais, decorrentes da relação de trabalho, geram, sobretudo, “dor psicológica”, ou ainda aquela dor que fere a “alma” e o sentimento do empregado envolvido aquela que lhe tira o sossego e a esperança de conquistas melhores.

Ao violar estes direitos o empregador gera o dano moral passível de indenização ao trabalhador, e isto já vem sendo contemplado de forma ampla pelos Tribunais Trabalhistas.

Ocorre quando o empregado acredita na possibilidade de “conseguir” uma oportunidade de emprego, ou mesmo quando da promessa de uma vaga. Destarte, verifica-se que o dano moral, também, pode ocorrer na fase pré-contratual e na pós-contratual, sendo que

ambas geram o abalo psicológico passível de indenização, sendo esta pacificada na Justiça do Trabalho.

A Justiça do trabalho encontra-se plenamente competente para julgar os danos morais causados, não só durante o contrato, mas, também no pré e pós-contrato, pois a Emenda nº45 da Constituição assim a prevê.

Importante ressaltar que o artigo 422 do Código Civil Brasileiro contempla o princípio da boa-fé entre os contratantes, razão pela qual, tanto empregado quanto empregadores devem respeitar os direitos de personalidade em seus diversos aspectos, sejam eles de privacidade, proteção à imagem, nome, honra, etc.

Assim, conclui-se que o dano moral no pré-contrato pode existir quando uma das partes deixa de observar o princípio da boa-fé objetiva, fazendo com que o Direito Civil se vincule ao Direito do Trabalho possibilitando a este julgar o dano causado a partir da responsabilidade civil, e assim indenize a parte lesada, num tentativa de se restabelecer a dignidade desse trabalhador, a qual foi aviltada por atitudes que lesam seus direitos de personalidade.

REFERÊNCIAS

BELMONTE, Alexandre A. *Danos Morais no Direito do Trabalho*: identificação e composição dos danos morais trabalhistas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2009.

_____. *Proteção à Intimidade do empregado*. São Paulo: Ltr, 1997.

BOMFIM CASSAR, Vólia. *Direito do Trabalho*. E ed. Niterói: Impetus, 2009.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 2º. e 3º. Regiões. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Dano+Moral+Pr%C3%A9-contratual+Configurado&c=>>>. Acesso em 16 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://tst.jus.br/web/guest/consulta-unificada/> Acesso em: 16 jun. 2014.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CANTALI, Fernanda. *Direitos da Personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das Leis do Trabalho*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALLEGRAVE, Jose Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Mauricio G. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

DIAS, José Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, t. II.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – Técnica, decisão e dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GEWIRTH, Alan. Human Dignity as the Basis of Rights. In: MEYER, Michael, J; PARENT, William, A. *The Constitution of Values*, Ithaca/London: Cornell University Press, 1992.

HERDEGEN, M. Neuarbeitung von Art. 1 Abs.1 - Schutz der Menschenwürde. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz Kommentar*.

KANT, Immanuel. *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009, v. 10.

MELO, Nehemias Domingos de. *Dano Moral Trabalhista*. São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PAMPLONA, Rodolfo F.; GAGLIANO, Pablo Stolz. *Responsabilidade civil do empregador por ato do empregado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *O dano moral na relação de emprego*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2002.

PINTO, Mónica. *Temas de derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998.

SAVATIER, René. *Trainé de la responsabilité civil em droit français*. E. ed. Paris: Librairie generale de Droit et jurisprudence, 1951.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia, do Direito e Direito Constitucional*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SEGURANÇA Social. Disponível em: <<http://www4.seg-social.pt/pensao-social-de-velhice1>>. Acesso em: 03 out. 2013.

SILVA, Luiz de Pinho Pereira. *A reparação do dano moral no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2004

SILVA, Hebe M. Sá. *Danos Morais na fase pré-contrato das relações individuais trabalhistas*, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Título I - 1, 2 e 3)

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. Regime Geral de Previdência Social e Regimes Próprios de Previdência Social. 10. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.