

FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE UBÁ
FACULDADE DE DIREITO
2015

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR DECORRENTE DA VIOLAÇÃO
AO DIREITO À INTIMIDADE DO EMPREGADO NA FASE DAS TRATATIVAS DO
CONTRATO DE TRABALHO.**

Sílhia Mara Machado Vasconcelos – silhiamara@hotmail.com

Maria Inês Assis Romanholo – mariainesromanholo@yahoo.com.br

RESUMO

O presente artigo analisa a condição do trabalhador, que na sociedade capitalista, encontra-se em uma posição de hipossuficiência, face ao empregador, para negociar as cláusulas contratuais. Diante da dependência financeira que possui para a sua subsistência e de sua família, o trabalhador tende a se submeter a qualquer determinação do empregador, para conseguir a tão almejada vaga de emprego. O objetivo é discutir os fundamentos que acarretam a responsabilidade civil do empregador na fase das tratativas do contrato de trabalho, com o estudo do direito à intimidade, tendo por base a conduta ofensiva patronal. O direito à intimidade do trabalhador, juntamente com o direito à privacidade, que está entre os dois direitos da personalidade mais violados nesta fase pré-contratual, deve ser respeitado desde a tratativa do contrato de trabalho, tendo em vista que o poder diretivo não é ilimitado e a formação do contrato de trabalho não retira os direitos da personalidade do empregado. Ilustrativamente, o trabalho apresenta uma decisão que demonstra o constrangimento sofrido por um candidato à vaga de motorista, que teve sua intimidade violada no exame admissional para a verificação de eventual presença de hemorroidas. Conclui-se que os poderes empregatícios são limitados, também na fase das tratativas contratuais, pelos direitos da personalidade do empregado.

Palavras-chave: Contrato de Trabalho, Fase pré-contratual, Responsabilidade Civil, Direitos da Personalidade.

ABSTRACT

This paper analyzes the worker's condition, which in capitalist society, is in a hipossuficiência position against the employer to negotiate contract terms. Faced with the financial dependence that has for their livelihoods and their families, workers tend to submit to any determination of the employer, to get the coveted job openings. The purpose of this article is to discuss the reasons which lead to the liability of the employer in the pre-contractual phase of the work, the study of the right to privacy, based on the employer offensive conduct. The right to worker's privacy, along with the right to privacy, which is between the two personality rights most violated in this pre-contractual phase, must be respected from the dealings of the employment contract, given that the directive power is not unlimited and the formation of the employment contract does not deprive the employee's personality rights. Illustratively, the paper presents a decision

that demonstrates the embarrassment suffered by an applicant for the position of driver, who had their privacy violated in the admission exam for checking possible presence of hemorrhoids. We conclude that the Employing powers are limited, also at the stage of contract negotiations, the employee's personality rights.

Key-words: Employment contract, pre-contractual phase, Civil Responsibility, Rights of Personality.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto o estudo da possibilidade de indenização por danos morais decorrentes das relações de trabalho. Delimita-se, entretanto, à fase pré-contratual ou fase das tratativas, ocasião em que pode haver violação aos direitos da personalidade do candidato ao emprego.

Dessa forma, dedica-se à análise dos limites, impostos ao empregador, na eleição dos critérios para a contratação. Logo, o empregador não pode estabelecer critérios para a contratação que violem a intimidade do candidato. Como exemplificado, é proibida a realização de exames admissionais inadequados à atividade a ser desempenhada, que submetam o futuro empregado a situações vexatórias.

O problema está na exigência, cada vez maior, da parte contratante para a futura formação do contrato de trabalho, tendo em vista que o candidato ao emprego é a parte vulnerável na fase de contratação.

Nele procura-se demonstrar que a relação contratual não exclui os direitos da personalidade do trabalhador. O empregador não pode agir com abusos de poder, pois o poder empregatício não é ilimitado. Sendo que o direito à intimidade dever ser resguardado inclusive na fase das tratativas do contrato de trabalho.

Justifica-se a escolha deste tema, pela proteção constitucional dada aos direitos da personalidade, que não podem ser desconsiderados no contexto das relações de trabalho. Embora o empregador detenha os poderes empregatícios, não pode exercê-los de forma ilimitada.

Um estudo aprofundado da responsabilidade do empregador na fase pré-contratual poderá no futuro ajudar a evitar os abusos, que ocorrem no momento da contratação do trabalhador.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento do presente trabalho foram as pesquisas qualitativa, básica e bibliográfica e, ao final, o estudo de um caso prático de ofensa ao direito à intimidade, na fase pré – contratual.

1. DANO MORAL

1.1. Responsabilidade

Responsabilidade, do latim *respondere*, de *spondeo*, significa garantir, responder por alguém, prometer, é a obrigação de reparar o dano gerado em decorrência de uma ação ou omissão. Apesar de a noção de responsabilidade ser antiga, conforme a jurisprudência romana, o uso da palavra, somente, tornou-se comum no século XIX.

Diante da diversidade de conceitos os autores tratam da responsabilidade civil como consequência de uma afronta ao interesse eminentemente privado, que sujeita o transgressor, no caso de impossibilidade de prestação *in natura*, ao pagamento de uma indenização monetária ao ofendido.

Silvio Rodrigues conceitua:

A responsabilidade civil vem definida por SAVATIER como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam. (RODRIGUES, 2008, p. 06)

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho expressam:

A palavra “responsabilidade” tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade, contendo, ainda, a raiz latina de *spondeo*, fórmula através da qual se vinculava, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais.

A acepção que se faz de responsabilidade, portanto, está ligada ao surgimento de uma obrigação derivada, ou seja, um dever jurídico sucessivo, em função da ocorrência de um fato jurídico lato sensu.

O respaldo de tal obrigação, no campo jurídico, está no princípio fundamental da “proibição de ofender”, ou seja, a ideia de que a ninguém se deve lesar – a máxima *neminem laedere*, de Ulpiano – limite objetivo da liberdade individual e uma sociedade civilizada. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 45/46)

Trata-se, portanto, de uma maneira de impedir que a vítima dos atos ilícitos fique sem reparação, restaurando, assim, sua estabilidade moral e/ou material. O sentido histórico e original, bem como o sentido jurídico da responsabilidade civil, está associado aos conceitos de obrigação, encargo e contraprestação.

Destaca-se, entretanto, que a obrigação se diferencia da responsabilidade. A obrigação retrata sempre um dever legal primário, enquanto a responsabilidade representa um dever legal sucessivo decorrente do desrespeito ao primeiro. Sendo assim, o responsável será aquele a quem a lei atribuiu uma obrigação ou um dever jurídico originário. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014)

A Carta Magna em seu artigo 5º inciso X¹ institui que, quando houver violação dos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem caberá indenização pelos prejuízos morais e materiais sofridos pela vítima. Trata-se, portanto, da responsabilidade civil constitucional nas situações de violação aos direitos fundamentais da pessoa humana, impondo a todos a obrigação de respeito a esses valores abstratos.

De acordo com a origem do dever jurídico e do elemento subjetivo da conduta voluntária violadora, a responsabilidade pode ser dividida em diferentes espécies. Não há distinção de conteúdo entre o ilícito penal e o civil, a única diferença está na quantidade ou gravidade de um em relação ao outro. Na responsabilidade civil o transgressor desrespeita uma norma de Direito Privado cuja conduta é menos grave. Já na responsabilidade penal o autor descumpre uma norma penal de Direito Público, que ofende aqueles bens de maior interesse social, por meio de uma conduta mais grave. Entretanto, a ilicitude, pode recair, cumulativamente, em ambas as esferas dependendo de sua gravidade, sendo que na esfera penal a sanção é de natureza repressiva, enquanto, que na esfera civil a sua natureza é reparatória.

A responsabilidade civil subjetiva tem a culpa como seu pressuposto principal, ela exige que a conduta culposa *lato sensu*, envolva a culpa *stricto sensu* e o dolo. A culpa *stricto sensu* ocorre quando o transgressor, provocador do dano, agir com negligência ou imprudência, enquanto que, o dolo é a vontade consciente de produzir o resultado ilícito. A culpa foi mantida como requisito da responsabilidade subjetiva pelo artigo 186 do Código Civil de 2002², sendo

1 Artigo 5º, inciso X, da CF/88: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

2 Artigo 186 do CC/02: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

assim, o ofendido deve provar a culpa do ofensor para obter a reparação do dano sofrido. Já a responsabilidade civil objetiva, baseada na teoria do risco³, que foi adotada pela lei brasileira expressamente no artigo 927, § único⁴ do Código Civil de 2002, independe de culpa. De acordo com essa teoria, a presença do dano e o nexo de causalidade são suficientes para responsabilizarem o autor do fato.

Na responsabilidade civil contratual ou negocial a obrigação de indenizar advém do descumprimento de um vínculo obrigacional, que decorre de um contrato ou dos atos unilaterais de vontade. Assim, o ilícito é contratual, pois se refere à violação da obrigação contraída em um negócio jurídico. O artigo 391 do Código Civil de 2002⁵ afirma que aquele que descumprir a obrigação originária responderá com todos os seus bens. Já na responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana o dever jurídico, imposto pela lei ou pela ordem jurídica, é violado por um ato ilícito ou abuso de poder. Conforme dispõe o artigo 187 do código Civil de 2002⁶ o titular de um direito possui limites expressos para o seu cumprimento. Nesta modalidade de responsabilidade o ilícito é extracontratual, pois o compromisso jurídico é originado distante dos negócios jurídicos, ou seja, a obrigação jurídica não está prevista em contrato. Ressalta-se que, o presente trabalho tem por objeto o estudo da responsabilidade civil, subjetiva e contratual. (CAVALIERE FILHO, 2008)

O Código Civil de 2002 em seu artigo 186 traz alguns pressupostos necessários para o surgimento da responsabilidade civil, que são o ato ilícito, a culpa, o dano e o nexo causal. Em conformidade com o referido dispositivo legal, fica obrigado a reparar o dano o agente que viola direito e provoca dano a alguém através de uma ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia. A responsabilidade civil pode derivar de ato pessoal ou de terceiro que se encontre sob a responsabilidade do sujeito, e inclusive dos prejuízos gerados por coisa ou animal de que este tenha a guarda. Nos termos da lei, para que o indivíduo seja obrigado a reparar o dano causado é fundamental a prova da conduta dolosa, ou ao menos culposa, do ofensor. (RODRIGUES, 2008)

³ A teoria do risco compreende que se alguém exercer uma atividade criadora de perigos especiais, responderá pelos prejuízos que ocasionar a outrem.

⁴ Artigo 927, § único, do CC/02: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

⁵ Artigo 391 do CC/02: “Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”.

⁶ Artigo 187 do CC/02: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

1.2. O dano como requisito da responsabilidade

O dano é requisito essencial para a propositura da responsabilidade civil, tendo em vista que a ação ilícita somente será analisada no âmbito civil se lesar alguém. Em rigor, a relação de causalidade entre o ato ilícito e o dano causado ao ofendido se faz necessária para a responsabilização do indivíduo, ou seja, se não provar que a conduta do agente resultou o prejuízo gerado, não haverá obrigação de repará-lo.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho definem:

Poderíamos então afirmar que, seja qual for a espécie de responsabilidade sob exame (contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva), o dano é requisito indispensável para a sua configuração, qual seja, sua pedra de toque. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 81)

Portanto, o dano é pressuposto obrigatório para a caracterização da responsabilidade civil, seja na modalidade contratual, extracontratual, subjetiva ou objetiva. Desta maneira, a obrigação de indenizar está condicionada ao evento danoso, que pode advir da ofensa aos direitos ou dos interesses extrapatrimoniais, como aqueles ligados aos direitos da personalidade, principalmente o dano moral.

Luiz Edson Fachin ilustra sobre o cabimento de indenização diante da violação ao direito natural da pessoa humana:

A pessoa, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico, de modo que se possibilite a mais ampla tutela da pessoa, em uma perspectiva solidarista que se afasta do individualismo que condena o homem à abstração. Nessa esteira, não há, pois, direito subjetivo arbitrário, mas sempre limitado pela dimensão coexistencial do ser humano. O patrimônio, conforme se apreende do exposto por Sessarego, não só deixa de ser o centro do Direito, mas também a propriedade sobre os bens é funcionalizada ao homem, em sua dimensão coexistencial. (FACHIN, 2001, p. 51)

Desta forma, o dever de reparar será devido quando houver o desrespeito aos bens que possuem valores econômicos e, do mesmo modo, quando houver violação àqueles direitos naturais do indivíduo, que não possuem um valor monetário intrínseco.

Nos casos de responsabilidade contratual, o descumprimento do dever jurídico

convencionado entre as partes presume a ocorrência do prejuízo gerado, diante da conduta do inadimplente.

Destaca-se, que a definição do *quantum* indenizatório deve ser realizada em conformidade com a dimensão do dano, de maneira que a quantia não seja irrisória, incentivando o ato de novos ilícitos pelo autor do ultraje, nem exagerada, estabelecendo o enriquecimento sem causa para a vítima.

O dano pode ser conceituado e detalhado em diversas espécies, quais sejam o dano material ou patrimonial, o dano moral e o dano estético.

O dano material ou patrimonial implica na ofensa às coisas e direitos de valor econômico para o seu titular. Salienta-se, que os bens personalíssimos ao serem atingidos podem gerar responsabilidade civil ao ofensor, conforme se entende pelo fenômeno chamado de despatrimonialização do Direito Civil.

Os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho definem que “O dano patrimonial traduz lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular. Assim ocorre quando sofremos um dano em nossa casa ou em nosso veículo.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 90)

O dano material pode ser classificado como dano emergente e lucros cessantes. O dano emergente equivale ao dano real sofrido pelo ofendido, isto é, aquilo que se perdeu. Os lucros cessantes representam o que a vítima deixou de ganhar por causa do estrago, isto é, o que deixou de lucrar.

Diante da chamada “indústria da indenização”, para se evitar o lucro excessivo e exorbitante, a vítima deverá provar o dano emergente e os lucros cessantes na ação de reparação civil proposta contra o causador do prejuízo. Desta maneira, evita-se que o ofendido obtenha sucesso em pedidos incongruentes, que extrapolam a base legal do ressarcimento devido.

O dano moral, por sua vez, presume dor física ou moral e se caracteriza quando uma pessoa aflige outra, impedindo ou reduzindo, injustamente, os bens que possuem um significado essencial na vida humana, quais sejam a honra, a integridade física, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, dentre outros princípios.

Nas palavras de Paulo Nader:

Danos morais são as práticas que constroem, injustamente, outrem, causando-lhe sofrimentos na esfera moral. São os que atingem a honra,

nome, reputação; são também, os que ferem os sentimentos mais profundos da pessoa humana. De acordo com Voirin e Goubeaux, o dano moral “résulte de l’atteinte à un droit de lapersonnalité”. Na prática o dano moral se manifesta de inúmeros modos: com a injúria, calúnia, difamação, homicídio de parentes próximos ou cônjuges, companheiros, entre outras hipóteses. (NADER, 2010, p. 45/46)

Seus requisitos são a ação lesiva, o dano de fato acontecido e o nexo de causalidade entre eles. Por consequência, para que seja acolhido o pedido indenizatório, é necessário perceber se ocorreu a prática ilícita e se esse feito ocasionou em dano moral.

É perfeitamente possível que a pessoa jurídica, além da pessoa física, sofra os efeitos do dano moral, isto está fundamentado na súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça – STJ⁷. A pessoa jurídica tem direito ao ressarcimento por dano moral quando sofrer ofensas ao seu bom nome e sua credibilidade. Conforme estatui o artigo 52 do Código Civil de 2002⁸, a pessoa jurídica não possui direitos da personalidade, mas sim abalo de crédito.

O Supremo Tribunal Federal inovou o entendimento ao classificar o dano estético como uma categoria de dano independente, segundo a súmula 387⁹. O dano estético é classificado na forma do artigo 5º, “V”, da Constituição Federal, como sendo uma ofensa ao direito à imagem da pessoa. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 45/46)

2. DANO MORAL E O CONTRATO DE TRABALHO

2.1. A responsabilidade nas diversas fases (momentos) do contrato de trabalho: pré-contratual, contratual e pós-contratual.

A fase pré-contratual é entendida como uma etapa antecedente ao contrato de trabalho. Nesse estágio são realizados os processos de seleção do candidato, que envolve testes, exame médico, psicotécnico, análise de currículo, questionário, dinâmica de grupos e ainda os ajustes para a futura contratação.

Atitudes de desrespeito aos direitos da personalidade do empregado podem ocorrer já no processo de seleção do trabalhador, como, por exemplo, a interrogação sobre opiniões religiosas,

7 Súmula 227 do STJ: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

8 Artigo 52 do CC/02: “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

9 Súmula 387 do STF: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

políticas, sindicais e todas as que forem inadequadas para a formação do vínculo trabalhista. Sendo assim, as perguntas realizadas pelo empregador, durante as entrevistas de emprego, devem se limitar às exigências técnicas do trabalho a ser executado.

O artigo 1º da Lei nº 9.029/95¹⁰ veda a discriminação e a limitação ao vínculo de trabalho, ou sua continuidade, em razão de sexo, estado civil, raça, origem, cor, idade ou situação familiar.

A Consolidação das Leis do Trabalho em seu artigo 373-A, inciso IV¹¹, proíbe a exigência de atestado ou exame, de qualquer natureza, para a comprovação de esterilidade ou gravidez, na etapa de admissão ou na permanência no emprego. A realização de exames médicos, que não estejam ligados à atividade a ser desempenhada pelo empregado viola os direitos da personalidade do trabalhador.

Os excessos cometidos por parte do empregador, ao expor o empregado à situação constrangedora, atingindo sua honra e intimidade, geram a obrigação de reparar o dano moral sofrido pela vítima, mesmo que este ocorra na fase das tratativas do contrato de trabalho.

Também, haverá obrigação de reparar, quando o empregador com base na chamada “lista negra”, impossibilitar a admissão do trabalhador, tendo em vista as informações constantes sobre o contrato de trabalho anterior. O artigo 23 da Declaração dos Direitos do Homem¹² assegura ao indivíduo direito ao emprego, sua livre escolha, condições justas e favoráveis, bem como assistência em caso de desemprego. Sendo assim, obstar que o obreiro consiga o emprego fere a garantia internacional do direito ao trabalho que lhe foi dada.

Segundo o Princípio da boa-fé objetiva, previsto no artigo 422 do Código Civil¹³, os prejuízos sofridos nas fases pré e pós - contratual não derivam de violação do contrato de trabalho, mas sim da ofensa a um dever de conduta dos contratantes, que deve ser fundada na lealdade, colaboração, confiança e honestidade. Destaca-se que o objeto de discussão deste trabalho será o dano moral na fase pré-contratual das relações trabalhistas.

10 Artigo 1º da Lei nº 9.029/95: “Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal”.

¹¹ Artigo 373-A, inciso IV, da CLT: “exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego”.

¹² Artigo 23 da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

¹³ Artigo 422 do CC/02: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

A fase contratual é a fase de vigência do contrato de trabalho, que cria a relação de emprego, gerando, para ambas as partes, direitos e obrigações, desde a sua celebração. Nela o empregador tem o dever de assegurar ao obreiro um ambiente de trabalho sadio, com segurança e medicina do trabalho; e não pode exercer os seus direitos com abusos de poder ou realizar atos que ultrapassem os limites da lei. De acordo com o Decreto 62.150/68, que promulgou a convenção 111 da OIT, o empregador será responsabilizado pela discriminação do empregado em virtude de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, no decorrer do contrato de trabalho.

Já a fase pós-contratual é a fase posterior ao contrato de trabalho. Mesmo com o término do vínculo contratual, o empregador terá o dever de indenizar, se afirmar falsamente sobre a conduta profissional e ferir a boa fama do empregado. O dano moral também será devido, quando o contrato de trabalho deixar de ser firmado, por causa de ação ajuizada na Justiça de Trabalho pelo empregado, e este sofrer referências falsas e negativas de seu ex - patrão. (MARTINS, 2008)

2.1.1. A competência da Justiça do Trabalho.

A Emenda Constitucional 45/2004, com a nova redação dada ao artigo 114 da Constituição Federal de 1988, em seu inciso VI¹⁴, pôs fim às divergências existentes quanto à competência da Justiça do Trabalho, para apreciar as ações em que se discute a reparação de danos morais, em razão dos contratos trabalhistas.

A Carta Magna em seu artigo 114 ainda ampliou a competência deste ramo especializado, para julgar e processar as ações de danos morais, resultantes de acidente de trabalho ou doença ocupacional.

Esse entendimento foi cristalizado na Súmula 392¹⁵ do Tribunal Superior do Trabalho, no qual afirma que a Justiça Especializada é competente para processar e julgar ações de indenização por dano moral, oriundas das relações trabalhistas.

14 Artigo 114, inciso VI, da CF/88: "as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho".

15 Súmula 392 do TST: "Nos termos do art. 114, inc. VI, da Constituição da República, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ações de indenização por dano moral e material, decorrentes da relação de trabalho, inclusive as oriundas de acidente de trabalho e doenças a ele equiparadas".

De acordo com a Lei 9.029/95 é proibida toda discriminação contra o obreiro, no que diz respeito ao contrato de trabalho e ao estágio de admissão, assegurando ao empregado os direitos referentes à sua condição de pré - contratado.

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região julgou procedente o pedido de reparação de danos morais na fase das tratativas do contrato de trabalho, por decorrer das relações trabalhistas:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. A responsabilidade civil do empregador não está limitada ao período contratual, podendo alcançar também a fase pré-contratual, à luz do disposto no artigo 422 do CCB, que garante a seriedade nas negociações preliminares, criando uma confiança entre as partes, de modo a possibilitar o reconhecimento da responsabilidade daquela cuja desistência na concretização do negócio ensejou prejuízos a outrem. Existindo nos autos provas de que a ré tenha garantido a contratação do autor, inclusive fazendo esse se desligar da possibilidade de outro emprego na busca de melhores oportunidades, fica caracterizado o dano moral. Esse, por sua vez, exige reparação compatível com o mal causado, devendo servir, também, de desestímulo para que atos como tal não continuem a acontecer. (Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região; RO 790/2008-143-03-00.9; Turma Recursal de Juiz de Fora; Rel. Juiz Conv. Paulo Maurício R. Pires; DJEMG 27/05/2009)

Portanto, a competência da justiça do trabalho é reconhecida, para processar e julgar as ações de indenização por danos morais em todos os momentos das relações trabalhistas, tanto na fase pré-contratual, quanto no curso do contrato ou na fase pós- contratual do trabalho.

3. O DANO PRÉ-CONTRATUAL NA SELEÇÃO DE EMPREGO

3.1. Os poderes empregatícios na fixação dos critérios para contratação

3.1.1 Poderes empregatícios: conceito, modalidades e fundamentos.

O poder diretivo é considerado como aquele que permite ao empregador controlar, disciplinar e organizar o trabalho do empregado de maneira hierarquicamente superior.

Sendo assim, os poderes hierárquicos são de titularidade do empregador. O empregado executa a prestação de serviços de modo subordinado por causa da utilização do poder de direção pelo patrão.

No entanto, esse poder deve ser realizado dentro dos padrões previstos na lei e no ordenamento jurídico, pois não é ilimitado. O poder de direção utilizado com abuso, pelo empregador, enseja em reparação pelos danos morais e materiais causados ao empregado.

O referido poder está fundamentado na Consolidação das Leis Trabalhistas em seu artigo 2º, caput, e qualifica o empregador como aquele que dirige a prestação de serviços pessoal do trabalhador, podendo ser dividido em três diferentes modalidades.

O poder de organização assegura ao empregador o direito de organizar o trabalho executado pelos empregados, determinando e distribuindo o horário, o local de trabalho e as tarefas a serem desenvolvidas.

Por intermédio do poder de controle, o empregador gerencia a atividade laboral dos trabalhadores, observando as ordens e regras exigidas por ele e pelo ordenamento jurídico. Entretanto, o mencionado controle, não pode invadir a intimidade dos trabalhadores e demais direitos de ordem fundamental.

Por sua vez, o poder disciplinar possibilita ao empregador penalizar o empregado que não observar as regras e ordens estabelecidas para a realização da atividade laboral. A penalidade é aplicada no âmbito Trabalhista, portanto, não se confunde com a punição na esfera criminal. O empregador pode utilizar como medida disciplinar a advertência, a suspensão e a dispensa por justa causa. (GARCIA, 2012)

3.2. Os direitos da personalidade como limites na seleção de empregados.

3.2.1. Conceito de direitos da personalidade

Os Direitos da personalidade asseguram aqueles direitos inatos à pessoa humana, que são os direitos reconhecidos, pelo ordenamento jurídico, como o direito à vida, à honra, à intimidade, à intelectualidade, dentre outros.

Diante das divergências entre os autores, o direito da personalidade recebe várias denominações, sendo também chamado de direito individual, pessoal, de estado, privado da personalidade, inato, subjetivo essencial ou personalíssimo.

Alexandre Angra Belmonte conceitua:

Direitos da personalidade são os direitos subjetivos destinados a garantir a integridade física, intelectual e moral do indivíduo, em prol de uma existência livre, igualitária, valorizada, justa e solidária na ordem política, econômica e social, e tendo por fundamento a dignidade da pessoa humana. (BELMONTE, 2014, p. 57)

Diante disso, pode-se dizer que, esse direito subjetivo, fundamentado na dignidade da pessoa humana, protege aqueles direitos indispensáveis à dignidade e à integridade moral, física e intelectual do indivíduo. Segundo Maria Celina, a integridade física da pessoa humana abrange a proteção ao direito à vida; ao próprio corpo vivo ou morto; ao corpo alheio vivo ou morto; às partes separadas do corpo vivo ou morto; à liberdade física ou de locomoção; ao aspecto físico da estética humana e aos alimentos. (SARLET, 2010)

A integridade intelectual, por sua vez, está relacionada àqueles direitos que visam à liberdade de pensamento, bem como àqueles direitos pessoais de autor científico, artístico e inventor.

Já a integridade moral ampara os direitos que envolvem a imagem; a honra; a liberdade civil, política e religiosa; ao segredo pessoal, doméstico e profissional; ao recato; a honorificência; ao respeito; a identidade pessoal, social, sexual e familiar; a segurança moral; ao aspecto moral da estética e a intimidade.

A Constituição Federal de 1988 prevê os direitos da personalidade, denominados direitos fundamentais, que são característicos dos trabalhadores e outros direitos que asseguram a melhoria de sua condição social.

Os direitos da personalidade recaem sobre os valores encontrados no interior do homem para proteger a dignidade e a integridade do sujeito. A sua natureza é erga omnes, pois os direitos subjetivos absolutos incidem sobre as características físicas, intelectuais e morais do empregado.

Segundo Alexandre Angra Belmonte:

Os direitos da personalidade são interiores, absolutos, extrapatrimoniais, necessários e vitalícios, intransmissíveis (extinguem-se com a morte do titular), indisponíveis, irrenunciáveis e ilimitados. (BELMONTE, 2014, p. 60)

Esses direitos não podem se dispensados pelo indivíduo, pois são irrenunciáveis. Além disso, não são pecuniários, eis que insuscetíveis de análise econômica, sendo assim a admissão de valores econômicos possui efeito casual.

Os direitos da personalidade são intransmissíveis desde o nascimento até a morte do indivíduo. Portanto, são indisponíveis, inalienáveis, irrenunciáveis e impenhoráveis, isto é, o titular do direito não tem poder jurídico sobre ele. (BELMONTE, 2014)

3.2.2. Direito à intimidade

O empregado ao ser inserido no local de trabalho sofre algumas restrições em seu direito à intimidade, pelo poder diretivo. Entretanto, é inaceitável que o ato do empregador se estenda de maneira a ofender a dignidade da pessoa humana, pois a colocação do trabalhador no ambiente de trabalho não afasta o direito da personalidade.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso “X”¹⁶, ampara a reparação de dano moral e material em caso de violação à intimidade do indivíduo nos seus valores e na realidade universal.

Conforme o artigo 373-A da Consolidação das Leis do Trabalho, o empregador é proibido de realizar revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. Ocorre que o artigo 5º, inciso “I”, da Constituição Federal declara a igualdade de direitos entre homens e mulheres. Essa igualdade se entrelaça pela Consolidação das Leis do Trabalho com a revista íntima vedada às mulheres e a dignidade da pessoa humana. Portanto, em conformidade com o mencionado texto constitucional essa proteção também é garantida aos homens, quando houver violação à sua intimidade.

A Consolidação das Leis do Trabalho em seu artigo 483 veda a ofensa à honra e à boa fama do empregado pelo empregador. Sendo assim, além dos crimes contra a honra também são proibidas as condutas capazes de magoar o empregado na sua dignidade pessoal e à exposição do empregado ao desprezo alheio.

¹⁶ Artigo 5º, inciso X, da CF/88: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O direito à intimidade tem por objetivo preservar a vida privada das pessoas dos sentidos alheios, resguardando o indivíduo da intromissão na esfera íntima. A intimidade pode ser violada, mesmo que não haja a presença física do transgressor, por meio da utilização de dados informativos e de escutas telefônicas.

Alice Monteiro de Barros expressa que:

O direito à intimidade é, portanto, o direito a não ser conhecido em certos aspectos pelos demais. É o direito ao segredo, a que os demais não saibam o que somos ou o que fazemos. (BARROS, 2009, p. 35)

Os doutrinadores não chegaram a uma concordância sobre a distinção entre os conceitos de intimidade e vida privada. Em geral, a esfera privada tem conteúdo mais amplo, compreendendo outras manifestações, pois não é tão espiritual como acontece com o direito à intimidade.

A vida privada pressupõe o direito à liberdade e à vida pessoal e familiar do trabalhador. Nela, a privacidade compreende as manifestações na esfera íntima, privada e da personalidade.

De acordo com o artigo 168 da Consolidação das Leis Trabalhistas o exame médico deve ser realizado no momento da admissão e despedida do trabalhador, como também deve ser realizado no decurso do contrato de trabalho. Entretanto, o resultado do exame deve ser informado ao empregado, considerando a ética médica.

A violação ao direito à intimidade, geralmente, ocorre durante o contrato de trabalho, entretanto, essa ofensa ao direito da personalidade também pode ser verificada na fase pré-contratual da relação trabalhista. A conduta do trabalhador enseja em dano moral, sempre que este deixar de contratar o empregado, por ser portador do vírus HIV, homossexual, cleptomaniaco, prostituta, por estar grávida ou apresentar predisposição genética a certa doença, quando essas particularidades não repercutirem diretamente nas atividades a serem executadas. A obrigação de reparar está fundamentada na teoria da culpa *in contrahendo* ou responsabilidade pré-contratual, onde ambas as partes devem agir com lealdade nas relações trabalhistas, tendo em vista o princípio da boa-fé objetiva. (BARROS, 2009)

3.2.3. Caso prático de dano pré-contratual por ofensa ao direito à intimidade

O acórdão em estudo foi julgado pela 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, objetivando a reforma da sentença proferida pelo Juízo da 14ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, diante do pedido de indenização por danos morais postulado pelo reclamante. Trata-se de constrangimento sofrido no exame admissional, com decisão proferida em 2014.

Um trabalhador concorrendo a uma vaga de motorista de ônibus, durante a realização de exame admissional, realizado individualmente, foi coagido a ficar nu e mostrar o ânus, para que o médico da empresa detectasse a presença de hemorroidas. Temeroso de não conseguir a vaga de emprego, o trabalhador sentiu-se constrangido a permitir a realização do exame. O citado exame foi efetuado sem contato físico, o médico apenas olhou.

O requerente afirmou que o exame lhe causou “enorme constrangimento e humilhação”, ferindo sua dignidade, por este motivo impetrou ação de reparação por danos morais, na quantia de cem salários mínimos.

Em defesa, a requerida afirmou não serem verdadeiras as afirmações feitas pela requerente e pugnou pela improcedência do pedido, assegurando que a realização do exame não gerou “enorme constrangimento e humilhação” para o requerente, sendo que outros funcionários também foram submetidos à realização deste exame.

O pedido de indenização por danos morais foi julgado improcedente pelo juízo de primeiro grau, por concluir que o exame serviria para identificar casual anormalidade que se agravasse, pelo fato do motorista ficar assentado durante muito tempo, alegando que sua privacidade foi conservada.

O empregado teria direito à reparação pelo alegado constrangimento sofrido durante a realização do exame admissional? Qual decisão visa à proteção dos direitos do trabalhador?

A sentença foi reformada, tendo em vista os abusos praticados pelo empregador na fase pré-contratual, que repercutiram na intimidade e na honra do trabalhador, ao atingirem os direitos da personalidade deste.

Os Desembargadores deram ênfase aos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil de 2002, ao afirmarem que a reparação é cabível quando houver violação de direito, decorrente da relação trabalhista, mesmo que exclusivamente moral. Ressaltou que a indenização tem a finalidade compensatória ao indivíduo, como também o caráter punitivo, pedagógico e preventivo ao infrator.

Fundamentou nos Princípios da Probidade e da boa-fé objetiva, expressos no artigo 422 do Código Civil, por força do artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como no artigo 187 do Código Civil diante da conduta abusiva do empregador, pois a ré não justificou a necessidade ou a relação entre o exame com a vaga desejada pelo trabalhador e não houve qualquer reclamação neste sentido pelo requerente.

Diante de todos os argumentos citados foi julgado parcialmente procedente o pedido de indenização por danos morais requeridos pelo autor. Aduzindo que a reclamada violou a dignidade do trabalhador, agindo fora de seus poderes diretivos ao coagir o reclamante a se submeter à realização de exame íntimo, desconfortável, constrangedor e desnecessário, com absoluta violação à sua intimidade. Dessa maneira, respeitando o princípio da razoabilidade, fixou a indenização na quantia de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) em favor da parte requerente.

Em tal caso, há um conflito entre o direito à livre iniciativa do empregador e o direito à intimidade do empregado. A empresa possui liberdade para contratar e selecionar o candidato, que tiver maior capacidade para desenvolver a função, sendo que é de sua responsabilidade proteger o trabalhador do aparecimento ou aumento de doença profissional, que decorra da atividade desempenhada no ambiente de trabalho. A realização do exame poderia identificar possível anormalidade que se agravasse, pelo fato do motorista ficar assentado durante muito tempo, provocando ou agravando as hemorroidas, pela falta de circulação sanguínea. Diante disso, é viável que a empresa tivesse conhecimento sobre casual anormalidade, diante da atividade a ser exercida. Entretanto, o exame foi realizado de maneira excessiva, pois houve abuso de poder diretivo pelo empregador. Durante a contratação, as partes devem agir com lealdade e boa-fé, mesmo antes da formação do contrato de trabalho. Sendo assim, a empresa poderia obter esse conhecimento, sem submeter o empregado à realização deste exame, por meio de um questionário, tendo em vista a confiabilidade que deve existir entre as partes, contratada e contratante. Portanto, a realização do exame, com total violação à intimidade do empregado, poderia ser dispensada pelo empregador.

CONCLUSÃO

O artigo em lume abrange o direito de indenização por danos morais, que o trabalhador possui ao ter a sua intimidade violada na fase das tratativas do contrato de trabalho.

A Emenda 45 da Constituição Federal pôs fim às divergências sobre a competência da Justiça do Trabalho para julgar e processar as ações de indenização por danos morais, resultantes da relação trabalhista, abrangendo todas as fases contratuais.

O dano moral se caracteriza quando uma pessoa aflige outra, impedindo ou reduzindo, injustamente, aqueles bens, que possuem um significado essencial na vida humana, como a honra, a integridade física, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a intimidade, dentre outros princípios e presume dor física ou moral.

O poder diretivo permite ao empregador controlar, disciplinar e organizar o trabalho do empregado de maneira hierarquicamente superior. Entretanto, esse poder não deve ser utilizado com abuso, pois não é ilimitado.

Conforme ao princípio da boa-fé contratual, previsto no artigo 422 do Código Civil, o dano pré-contratual decorre da ofensa a um dever de conduta, e não da violação ao contrato de trabalho.

Os tribunais de Justiça do Trabalho, na tentativa de conservar a paz social, têm penalizado aqueles que cometem ações ofensivas na fase pré-contratual das relações trabalhistas, por meio de significativas indenizações.

Referências Bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

BELMONTE, Alexandre Agra. Tutela da composição dos danos morais nas relações de trabalho: Identificação das ofensas morais e critérios objetivos para qualificação. São Paulo: LTr, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 17 de agosto de 2015.

BRASIL. **Decreto nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 21 de agosto de 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995**. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM>. Acesso em 03 de novembro de 2015.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 26 de setembro de 2015.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho.** Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em 23 de outubro de 2015.

CAVALIERE FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 8ª ed. – 2. reimpr.- São Paulo: Atlas, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil 3. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Manual de direito do trabalho. 5º ed. Rev. E atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2012.

MINAS GERAIS. **Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.** Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=24517>>. Acesso em 12 de outubro de 2015.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil vol. 7: Responsabilidade Civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RIO DE JANEIRO. **Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.** Disponível em: <http://bd1.trt1.jus.br/xmlui_portal/bitstream/handle/1001/593749/00012148320105010014%2311-11-2014.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 04 de dezembro de 2014.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Responsabilidade Civil vol. 4. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.