

A PRÉ-CONTRATUALIDADE NA RELAÇÃO DE EMPREGO

Luciano Augusto de Toledo Coelho^(*)

Em face da importância dada pela doutrina ao contrato de trabalho em si e suas conseqüências jurídicas, a fase pré-contratual sempre teve menos destaque nessa seara.

Na doutrina clássica, Manuel Olea já se referia à fase pré-contratual na disciplina *jus laboral*:

“La autonomía del Derecho del trabajo como disciplina jurídica reposa sobre la existencia de una realidad social generalizada y crítica para la vida de la comunidad, el trabajo humano productivo libre por cuenta ajena, que hace que su institución jurídica de configuración, el contrato de trabajo, tenga una realidad correlativa crítica y generalizada en el ordenamiento jurídico. Justificación ex post de la autonomía de la disciplina es que desde la misma pueden ordenamiento jurídico distintas de las reguladoras del contrato de trabajo estrictamente. Una de estas zonas, bien próxima por cierto, es la formada por el conjunto de actos jurídicos, en buena parte jurídico-administrativos, que preceden o pueden preceder a la celebración del contrato de trabajo y por las instituciones relativas a los mismos. Esta zona podemos dividirla en dos amplias parcelas:

*- La primera estaría formada por **los actos, relaciones e instituciones que preceden inmediata o próximamente a la celebración del contrato de trabajo**, englobados bajo el término colocación, en relación con la cual pueden ser estudiadas las migraciones interiores y exteriores del carácter laboral.*

- La segunda la formarían los actos, relaciones e instituciones en conexión precedente mediata con el propio contrato de trabajo,

^(*)Mestre pela PUC - PR. Juiz do Trabalho. Bacharel em psicologia.

fundamentalmente la formacion profesional, una modalidad de la cual es la que se adquiere a través del contrato de aprendizaje”¹. (negritos nossos).

A forma de abordagem, portanto, classificava visivelmente a fase precedente como alijada do contrato de trabalho, questionava-se, inclusive, a inserção desses fatos na disciplina do Direito do Trabalho como ciência autônoma.

Modernamente, a doutrina trabalhista identifica o problema da fase pré-contratual ligado predominantemente à discriminação.

Sandra Lia Simon, referindo-se à “fase de contratação”, aduz que é extremamente delicada a situação de um candidato a emprego, e que o princípio da igualdade deverá nortear o processo, sendo proibidos exames que visem a “desvendar” aspectos da personalidade que não atinentes ao campo profissional, lembrando ainda que exames de gravidez, HIV e, diante da evolução científica, a violação à intimidade genética, estariam terminantemente proibidos pelo sistema jurídico com base nos princípios da dignidade humana e da não discriminação².

Francisco Rossal de Araújo corrobora tal entendimento alegando que no contrato de emprego ocorre com frequência negociações preliminares e que mesmo a contratação informal não deixa de ter certo caráter dinâmico.

Nas entrevistas para emprego, defende que as perguntas devem guardar relação com o emprego ou função, reconhecendo, todavia, a difícil formulação sistemática dessa questão.

¹ OLEA, Manuel Alonso. *Derecho del Trabajo*. 7. ed., Madrid: Universidad Complutense - Facultad de Derecho, 1982, p. 387.

² SIMON, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, pp. 129-144.

Lembra que os limites entre o recrutamento racional e a invasão de privacidade são bem tênues e que, algumas vezes, ocorrem entrevistas estressantes, que ultrapassam os limites do razoável, bem como submissão do candidato a baterias de testes sem que ao final seja aprovado.

O tratamento vexatório e a criação de falsas expectativas podem ensejar dano moral ou patrimonial, e adverte que a aplicação de testes deverá atender a uma série de critérios, dentre os quais a concordância do candidato, a indicação da forma de realização, a disponibilização dos dados e aplicação por psicólogo habilitado³.

Alice Monteiro de Barros também aborda a questão aduzindo que, premido pela necessidade de emprego, o candidato abdica de aspectos da personalidade⁴. Lembra a Juíza do TRT Mineiro que a

³ ARAÚJO, Francisco Rossal. *A boa-fé no contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 1996, pp. 239-241.

⁴ Existem diversos endereços na internet que dão dicas que só fazem aumentar as agruras dos candidatos a emprego, sobre as dinâmicas de grupo, destaca-se o seguinte: A dinâmica de grupo é mais uma etapa do processo de seleção, que avalia as questões de comportamento do candidato em relação aos demais concorrentes. Nesse processo, não são analisados conhecimentos técnicos, mas a capacidade de expressar idéias e integrar-se. O objetivo é avaliar o desempenho do candidato e, como desenvolve o trabalho em grupo, verificar algumas habilidades que são necessárias para o preenchimento da vaga. O candidato deve ter jogo de cintura para lidar com imprevistos e saber improvisar, saber ouvir e principalmente saber se colocar, expor e defender suas idéias. Na dinâmica de grupo, normalmente os candidatos enfrentam situações desafiadoras e precisam representá-las de diversas formas, como: fazer propagandas, dramatizações e se colocar publicamente. O candidato deve saber que tudo o que for feito será avaliado, e **não deve se preocupar com os constrangimentos, não se preocupar com os vexames; ser o mais natural possível**. A “pérola” está disponível no sugestivo endereço de “rota do trampo”, em: <<http://www.cipo.org.br/rotadotrampo/dinamica2.htm>>. Acesso em: 21/06/2006, destaques nossos.

discriminação pode vir de um sentimento natural de antipatia ou preconceito, e que o ordenamento jurídico não possui uma norma dispondo sobre a licitude dos métodos utilizados na seleção de candidatos, sendo comuns os abusos no setor por parte dos futuros empregadores e seus prepostos⁵.

Com efeito, no contexto demonstrado, muitas vezes, o chamado “perfil ou cara da empresa”, pode indicar discriminação, seja estética, seja por personalidade. Afinal, não admitido por “tendências agressivas”, ou por “excessiva sociabilidade” deve o candidato, no mínimo, obter conhecimento de tal “diagnóstico”, seja por discriminação, no caso por exemplo de rejeição por “tendências homossexuais”, seja porque deve existir plausibilidade entre a rejeição e o perfil do cargo.

A Convenção 111 da OIT, sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação, foi ratificada pelo Brasil em 26.11.1965 e passou a vigorar em 26.11.1966. Tal norma menciona em seu artigo primeiro que toda a distinção, exclusão ou preferência fundada em raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem racial que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades para emprego, bem como qualquer outra distinção, exclusão ou preferência, ressalvadas apenas aquelas fundadas nas qualificações exigidas para o emprego, são consideradas discriminatórias.

O artigo 373 - A, da CLT, acrescido pela Lei 9.799/99, menciona, textualmente, que é vedado, visando à proteção ao mercado de trabalho da mulher, impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para o deferimento de inscrição, aprovação em concurso, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez. O conceito de “critério

⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo, LTr, 1997, pp. 54 e seguintes.

subjetivo”, introduzido no dispositivo, pode ser ampliado para todas as formas de exclusão ilegítima na fase de contratação. Nesse caso, destaca-se um “fator não relevante” definindo-o como o aspecto que gera rejeição mas que, naquele caso, irá influenciar pouco ou nada no desempenho das funções. Não se olvida que dentro das teorias motivacionais, a personalidade influencia o desempenho, todavia, vislumbra-se, no mesmo sentido, o direito do trabalhador e dever do empregador quanto ao esclarecimento pré-contratual, a possibilidade de haver confronto, contestação e mesmo contraditório com relação ao resultado obtido pela empresa, que gerou uma não contratação por qualquer fator.

Recente notícia no *Jornal Folha de São Paulo*⁶, menciona que um delegado foi considerado inapto em um teste psicotécnico por: “não atingir um determinado grau de heterossexualidade”. O exame aplicado, chamado de escala EPPS (Escala de preferência pessoal de Edwards), foi considerado pelo Conselho Regional de Psicologia como sem condições para avaliação, e se baseia em frases, às quais o candidato diz se concorda. Ora, a fragilidade desse tipo de testagem é evidente: a um, o teste é americano e a padronização brasileira é diferente, depois, meras perguntas e respostas são extremamente relativas para se avaliar um candidato a emprego, eis que dependem muito do momento e da opção que pode ser, inclusive, “chutada” ante a necessidade de terminar a prova. Testes psicológicos, por si só, nada provam, e não podem ser utilizados de forma exclusiva para avaliações, máxime se reprovados pelo

⁶ *Folha de São Paulo*, domingo, 18 de junho de 2006, p. C - 5.

conselho profissional dos psicólogos. Em artigo sobre o tema⁷, já escrevi:

Todos os dias, milhares de candidatos são submetidos a testes psicológicos, entrevistas, dinâmicas de grupo, e outras técnicas variadas, visando o preenchimento de uma vaga para emprego. Alguns desses instrumentos, como os testes, são operados por psicólogos, os quais deverão possuir a qualificação necessária. Outras técnicas são aplicadas por profissionais dos mais diversos ramos, inclusive psicólogos, pedagogos e administradores. No tocante especificamente aos testes, estes precisam ser revalidados pelo Conselho de Psicologia, e esta revalidação é feita a cada 10 anos, o que significa que um teste aplicado em um candidato hoje pode ser considerado não válido posteriormente. Na última avaliação feita, muitos dos testes avaliados foram reprovados.

Embora o tema apareça pouco na jurisprudência, localizou-se julgado nesse sentido:

CONCURSO PÚBLICO – EXAME PSICOTECNICO. Não se nega que os exames psicotecnicos possam detectar desequilíbrio psicológico serio patológico e exacerbado. por tais motivos é que o psicotecnico deve ser aplicado por varios psicologos e não por um unico psicologo, como no caso dos autos, pois pode haver grave erro no resultado, com prejuízo irreparável ao candidato bem classificado nas provas anteriores. Ademais, o resultado obtido num exame ou num teste psicologico, por sua vez, nem sempre reflete a aptidão ou

⁷ COELHO, Luciano Augusto de Toledo. “Testes Psicológicos e o Direito, uma abordagem à luz dos Direitos da Personalidade e da Dignidade da Pessoa Humana” – Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v16n2/a11v16n2.pdf> p. 94>. Acesso em: 14/06/2006.

não do indivíduo para o cargo a ser ocupado ou a atividade a ser desempenhada. TST, decisão: 17.12.1993, proc: ROMS 61911/1992, DJU data: 15.04.1994. Relator: Ministro Jose Calixto Ramos.

Observa-se no julgado acima que o fator tido como possível de erro incidiria na contratação. Trata-se de Mandado de Segurança manejado em face de concurso público, todavia, entende-se que o mesmo caso existe em empresas privadas. Quantos trabalhadores podem ter tido a chance de colocação obstada com base em um teste inválido? Inexiste nesse caso tutela jurídica? Por que esse tipo de ação ainda é rara no judiciário?

Analise-se outro julgado⁸, dessa vez sobre as técnicas chamadas de dinâmicas de grupo:

EMBRATEL. ASSÉDIO MORAL. DINÂMICA GRUPAL. DESVIRTUAMENTO. VIOLAÇÃO AO PATRIMÔNIO MORAL DO EMPREGADO. INDENIZAÇÃO. A dinâmica grupal na área de Recursos Humanos, objetiva testar a capacidade do indivíduo, compreensão das normas do empregador e gerar a sua socialização. Entretanto, sua aplicação inconseqüente produz efeitos danosos ao equilíbrio emocional do empregado. Ao manipular tanto a emoção, como o íntimo do indivíduo, a dinâmica pode levá-lo a se sentir humilhado e menos capaz que os demais. Impor “pagamentos” de “prendas” publicamente, tais como, dançar a dança da “boquinha da garrafa”, àquele que não cumpre sua tarefa a tempo, configura assédio moral, pois, o objetivo passa a ser o de inferiorizá-lo e torná-lo “diferente” do grupo. Por isso, golpeia a sua auto-estima e fere o seu decoro e

⁸ Com os termos “dinâmica de grupo” ou “dinâmica grupal”, esse foi o único julgado localizado na pesquisa unificada do site do TST: www.tst.gov.br acesso em 17.06.2006.

prestígio profissional. A relação de emprego cuja matriz filosófica está assentada no respeito e confiança mútua das partes contratantes, impõe ao empregador o dever de zelar pela dignidade do trabalhador. A CLT, maior fonte estatal dos direitos e deveres do empregado e empregador, impõe a obrigação de o empregador abster-se de praticar lesão à honra e boa fama do seu empregado (art. 483). Se o empregador age contrário à norma, deve responder pelo ato antijurídico que praticou, nos termos do art. 5º., X, da CF/88. (Recurso provido). TRT 17ª. Região. RO 01689.2004.008.17.00-0, AC. 08693/2005, Relatora Juíza Sonia das Dores Dionisio, DJU 18.11.2005.

O que se denota do julgado é o aviltamento à dignidade do trabalhador no contrato de trabalho. O trabalhador já empregado é exposto a tal situação, que dirá daquele que almeja um emprego, e não raro precisa demonstrar suas características e sujeitar-se a dinâmicas na seleção de pessoal. O candidato, já ansioso e angustiado em face da tormentosa busca por emprego no mercado atual, é colocado em um grupo, juntamente com outros candidatos, geralmente desconhecidos, tendo que desenvolver tarefas e se expor. A técnica, facilmente, pode se tornar abusiva. No julgado, entretanto, chama também a atenção à aplicação da CLT como a maior fonte estatal de direitos e deveres do empregado e empregador, em plena vigência do Código Civil e do Princípio da Confiança.

Daniela Lustoza faz excelente análise do mercado de trabalho no campo da discriminação etária. Através de gráficos e dados objetivos, demonstra toda a violência para com aqueles que julga inaptos. Retoma o tema dos grupos vulneráveis, aduzindo que mulheres e negros compõem esse extrato social, aduzindo ainda que, evidentemente, a mulher negra é quem sofre o maior

preconceito. Quanto à segmentação etária, todos os indícios numéricos da década de 1990 revelam uma segmentação dos trabalhadores considerados ultrapassados, não adaptáveis às inovações, de alto custo, sendo que o trabalhador acima de quarenta anos integra esse contingente. Os obstáculos colocados pelos empregadores são os custos maiores, a pouca flexibilidade e uma percepção de que o desempenho profissional começa a declinar a partir dos 35 anos⁹.

A lógica do mercado de trabalho pode, facilmente, tornar-se a lógica da discriminação: dentre outras, a estética, na medida em que exclui obesos, etária, porque exclui os mais velhos, e, porque não dizer, psíquica, na medida em que exclui, pelo prisma negativo, os não dinâmicos, os não ambiciosos, os não expansivos... pergunta-se: quem estará apto para trabalhar e, afinal, o mercado serve ao homem ou inverteu-se a equação e, agora, o mercado é o grande irmão que exclui o ser humano em seus planos de longo prazo? A solução desse problema está, portanto, na utilização com a máxima efetividade, de uma teoria da responsabilidade civil pré-contratual aplicada ao direito do trabalho.

O candidato a emprego que não consegue trabalhar por algum fator discriminatório precisa encontrar a tutela jurídica que incide na fase pré-contratual. Nesse sentido, na seara trabalhista, importa aprofundar o estudo da fase anterior ao contrato, uma vez que se trata de um campo aberto para o ilícito, ante a fragilidade do trabalhador nessa fase.

Enoque Ribeiro dos Santos menciona que a fase pré-contratual refere-se ao momento inicial das conversações entre o empregador, ou seus prepostos, e o empregado, e reconhece que os processos de seleção devem cingir-se às informações necessárias,

⁹ LUSTOZA, Daniela. *Mercado de trabalho e discriminação etária. A vulnerabilidade dos trabalhadores "envelhescentes"*. São Paulo: LTr, 2006, pp. 90-99.

com razoabilidade e pertinência à finalidade do contrato, bem como aborda práticas discriminatórias e danos morais possíveis nessa fase. Cita Amauri Mascaro, mencionando que quando há contrato escrito para início futuro da relação de emprego e esta não começa haveria competência da Justiça do Trabalho¹⁰. A hipótese levantada por Mascaro não é de responsabilidade pré-contratual e sim de contrato preliminar e, hoje, conforme se verá, não é mais fato que a lei não resolva a questão. Por outro lado, Ribeiro dos Santos, até por não ser o objetivo principal de sua obra, sobre dano moral, não soluciona a questão de como se caracteriza e quais as delimitações dessa fase, eis que “refere-se ao momento inicial das conversações...”, menção que desconsidera toda a complexidade do instituto¹¹.

Em obras recentes, após a EC 45/2004 que positivou no texto constitucional a competência da Justiça do Trabalho para julgar o dano moral decorrente da relação de trabalho, Paroski não aborda o dano moral na fase pré-contratual em sua casuística, mencionando todavia as questões do assédio moral, da discriminação ao empregado com HIV e as revistas pessoais¹². Oliveira aborda a questão da responsabilidade civil, mas não a pré-contratual, apontando todavia os abusos nas relações de consumo como inscrição indevida em serviços de proteção a crédito¹³.

Marcelo Roberto Bruno Válio, em obra sobre direitos da personalidade nas relações de trabalho, menciona o uso abusivo, por parte de determinados empregadores, de informações

¹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 1993, p. 130.

¹¹ SANTOS, Enoque Ribeiro. *O dano moral na dispensa do empregado*. São Paulo: LTr, 1998, pp. 125-127.

¹² PAROSKI, Mauro Vasni. *Dano moral e sua reparação no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006, pp. 115 e seguintes.

¹³ OLIVEIRA, Milton. *Dano moral*. São Paulo: LTr, 2006, pp. 112 e seguintes.

processuais dos Tribunais disponibilizadas via internet, criando listas de empregados que acionam as empresas. Aborda ainda a questão das entrevistas vexatórias nas quais, segundo ele, não poderá haver intromissão na vida íntima, e teria o empregado direito à reparação judicial por danos. Aduz por outro lado que testes grafotécnicos ou grafológicos violentam a intimidade do candidato¹⁴.

O que se observa, em regra, é que as obras que tratam de discriminação ou danos morais com relação ao contrato de trabalho abordam os eventos anteriores ao contrato de emprego, todavia, sem delimitar, de forma exata, os pressupostos e a natureza do instituto, nem que tipo de responsabilidade poderia ensejar o dano anterior ao contrato, ou o tipo de reparabilidade cabível. Tem-se, aí, um círculo vicioso em que a doutrina não esclarece como seria responsabilizada a empresa nessa fase, e trabalhadores não acionam a Justiça do Trabalho visando a tal reparação. Por outra face, seria efetiva a indenização por perdas e danos para um candidato excluído de uma vaga a emprego que resistisse a ter seu direito de personalidade violado na fase pré-contratual?

Baracat, em obra sobre boa-fé no contrato de trabalho, traz luzes ao tema, ao aludir à sistematização feita por Martins-Costa sobre o princípio da boa-fé objetiva, vinculando-a aos deveres laterais de conduta¹⁵, dedicando um capítulo à fase pré-contratual como decorrente da evolução das teorias do contato social e da confiança, verificando-se na violação aos deveres de proteção, informação e lealdade. Com relação ao dever de informação, ao qual voltaremos em tópico específico, Eva Sônia Moreira da Silva

¹⁴ VÁLIO, Marcelo Roberto Bruno. *Os direitos da personalidade nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006, pp. 73-101.

¹⁵ BARACAT, Eduardo Milléo. *A boa-fé no direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, p. 221.

afirma que a assunção voluntária da entrada em negociações seria a fonte dos deveres pré-contratuais, e que a responsabilidade pré-contratual ocorre tanto no caso de interrupção das negociações, que Baracat chama de *atuação conseqüente*¹⁶, como no caso do contrato vir a celebrar-se com vícios ou invalidade, pelo fato da celebração provocar danos a uma das partes. Nessas situações pode haver um fato culposo da contraparte ou que viole o dever de informar à qual estaria adstrita. Essencial que o comportamento seja censurável à luz da boa-fé, do ponto de vista da culpabilidade, conforme se verá adiante¹⁷.

É o mesmo pensamento de Escudero, Frigola e Corbella, ao mencionarem que as partes, embora não obrigadas a chegar a um acordo, devem manter conduta correta no desenvolvimento das negociações e na investigação das possibilidades do contrato. Mencionam que, embora seja livre a possibilidade de contratar do empregador no contrato de trabalho, há de se comportar com boa-fé na seleção de trabalhadores¹⁸.

Para o ordenamento jurídico, assim, dentro dos limites à autonomia privada, tais possibilidades são um meio de afirmar o direito posto no Estado Democrático, usualmente não levado em conta quando se fala em pessoas as quais, via de regra, não acionam as empresas. Como é notório, a ação trabalhista pós-contrato é a regra no processo do trabalho e mesmo a prescrição endocontratual trabalha contra o trabalhador e a favor do mau empregador, eis que jamais aciona seu empregador enquanto vigente o pacto, a não ser

¹⁶ BARACAT, Eduardo Milléo. *A boa-fé no direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr p. 238.

¹⁷ SILVA, Eva Sónia Moreira. *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 75.

¹⁸ ESCUDERO, J.F., FRIGOLA J., CORBELLA, T. *El principio de buena fe en el contrato de trabajo*. Editorial Bosch, Barcelona: 1996, p. 67.

que detenha uma forte garantia estabilitária permanente, exceção no sistema atual.

Em caso recente, o Ministério Público do Trabalho do Paraná, nos autos de Ação Civil Pública 09/2004¹⁹, demandou em face da empresa GVT - Global Village Telecom, a qual se utilizava dos serviços da empresa INNVESTIG para obter listas contendo informações sobre existências de ações na justiça do trabalho bem como registros criminais de possíveis candidatos a emprego. A empresa em questão detinha um rol de 40 clientes dentre empresas conhecidas no Paraná, cobrando pelo fornecimento dos dados.

Na fundamentação da ação, consta que as consultas criminais apontavam dados referentes à existência de inqueritos, e que foram contratados também os serviços “básico comercial”, para fins de investigar a inserção de candidatos a emprego no sistema de emitente de cheques sem fundo, telebloqueio, protestos ou SERASA. O Ministério Público fundamentou a ação nos limites à liberdade de contratar, uma vez adotado critério discriminante, bem como na intromissão indevida na vida dos candidatos a emprego.

A sentença de primeiro grau da lavra do Juiz Felipe Calvet, julgou procedente o pedido e condenou a empresa a abster-se da utilização de banco de dados ou de se utilizar de informações trabalhistas, criminais ou creditícias de candidatos a emprego, bem como a abster-se de adotar qualquer critério de seleção de pessoas fundado em sexo, idade, cor ou estado civil.

O Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, no Acórdão 04500-2006, publicado em 14.02.2006, reformou, em parte, a

¹⁹ Os dados do procedimento investigatório e da ação foram obtidos em pesquisa no Ministério Público do Trabalho do Paraná, com a colaboração do Procurador Doutor Ricardo Tadeu Marques da Fonseca.

sentença. A decisão de segundo grau foi no sentido de excluir a determinação para que a ré se abstenha de exigir de empregados e candidatos a emprego certidões ou atestados de antecedentes criminais e excluir da condenação a determinação para pagamento de indenização por danos morais coletivos²⁰.

Manteve, assim, o Tribunal Regional do Trabalho do Paraná²¹, o entendimento de que é indevido o acesso a dados

²⁰ O dano moral coletivo é de sistematização relativamente nova no Direito Brasileiro, e ainda depende de uma construção doutrinária, em que pese seja uma possibilidade de avanço nas tutelas coletivas. Sobre o assunto o conteúdo da obra de: MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. *Dano Moral Coletivo*. São Paulo: LTr, 2004.

²¹ TRT-PR-98912-2004-014-09-00-9-ACO-07268-2006-publ-14-03-20061) **AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO** - O fim precípua desta **Ação Civil Pública** foi determinar que a ré se abstinhasse de utilizar banco de dados e exigir certidões ou atestados para tomar informações trabalhistas e criminais de empregados ou candidatos a emprego, bem como se abstinhasse de adotar qualquer outro critério discriminatório de seleção de pessoal. A necessidade da **Ação Civil Pública** para esta pretensão se justifica porque visa a proteção de interesses e direitos difusos. Trata-se, pois, de uma coletividade indeterminada de pessoas, que, em tese, poderia ter direitos personalíssimos violados, não se limitando apenas àqueles empregados e candidatos a emprego que se habilitaram a uma vaga de emprego e aceitaram submeter-se a eventual processo de seleção da recorrente. Assim, a presente ação visou precipuamente evitar uma conduta social indesejável por parte da ré. Daí se justifica a legitimidade do Ministério Público do Trabalho. 2) LEI n° 9029/1995 - INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA DA EXPRESSÃO "QUALQUER PRÁTICA" - INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DA EXPRESSÃO "POR MOTIVO" - A interpretação adequada do artigo 1° da Lei n° 9029/1995 deve ser feita de forma ampliativa no sentido de que é vedada "qualquer prática discriminatória". Neste aspecto, portanto, deve-se coibir qualquer espécie de prática discriminatória. Contudo, a interpretação deve ser restritiva quanto aos motivos (que são taxativos e não exemplificativos), ou seja, limita-se apenas às hipóteses de discriminação em razão de "sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade", o que não alcança, por óbvio, o caso

creditícios dos empregados e que imprópria a investigação de reclamações ajuizadas. Entendeu, entretanto, não haver danos morais ante seu caráter difuso no caso, e legitimou o acesso a dados de antecedentes criminais, com base na Lei 9.051/1995 artigo 2º., entendendo razoável que em determinadas situações a condenação criminal seja óbice ao emprego. Utiliza o julgado de um exemplo de uma escola de educação infantil que tenha intenção de admitir supervisores e que acesse informações acerca de antecedentes criminais dos candidatos para verificar condenações por atentado ao pudor ou corrupção de menores.

Os fundamentos do julgado não esgotam a questão da investigação de antecedentes com a recusa ilegítima, ou seja, pela mera existência de procedimento investigatório ou do ex-condenado cuja pena já tenha sido cumprida e que já tenha tido registros sigilosos. Em tais casos, também importa o estudo da responsabilidade pré-contratual ante a recusa em contratar por fator não legítimo. Quanto ao argumento de que uma escola infantil poderá exigir antecedentes criminais de suas supervisoras, é válido, todavia, deve-se ter cuidado ao transferir a afirmação para o contrato de trabalho como regra.

Não se defende, portanto, que o empregador não possa se utilizar de técnicas ou de processos de seleção avançados visando a contratar o melhor candidato, muito menos não se pretende chegar ao não razoável, vedando a investigação básica de antecedentes ou de fatores essenciais.

A contratação de um motorista, por exemplo, não deve prescindir de um teste de concentração ou atenção concentrada, de

dos autos. Rel. Juiz Sérgio Murilo Rodrigues Lemos.

um teste para se verificar potencial agressividade ou personalidade inadequada para condução de veículos.

A contratação de vigilantes, vigias, pessoas que irão exercer cargos de responsabilidade de cuidado com patrimônio, deve ser precedida de verificação de antecedentes. Pessoas que cuidam de crianças, ou mesmo de adolescentes, devem ser submetidas a testes ou investigações para verificação de aptidão para a função, antecedentes, referências. Trata-se de procedimento normal, usual e aceitável, no sentido do julgado. Por outro lado, tal direito do empregador deve ser exercido dentro de certos limites razoáveis.

É comum, até pela lista de clientes demonstrada na ação, a não admissão pelo fato de o empregado estar com “nome sujo” na praça. Além de incompreensível, uma vez que o desempregado usualmente não tem mesmo como quitar dívidas, também é forma de preconceito, de discriminação e, ao mesmo tempo, invasão de privacidade e do que chamo de “dado não relevante” para a admissão na maioria das empresas. Mesmo no sistema bancário, aliás, onde usualmente o nome em cadastro de devedores impede o contrato ou gera desligamento por justa causa, não se justifica tal postura generalista e discriminatória, eis que se parte do princípio que o trabalhador devedor é um ladrão em potencial.

Exatamente sobre tal tema, em mais um julgado, paradigmático, do TRT-PR-98905-2002-002-09-00-5(RO), relatado pelo Juiz Marco Antonio Mansur, além de expor a competência da Justiça do Trabalho para a fase pré-contratual, menciona:

“Um dos princípios mais importantes na seara dos contratos em geral é o da boa-fé. Ele possui duas acepções: a subjetiva, que corresponde ao estado de consciência do indivíduo de estar de acordo com o direito e nos limites do que foi estabelecido em contrato; e a objetiva, segundo a qual

cada pessoa deve ajustar-se a um modelo geral de conduta social, pautado na honestidade, na lealdade e na probidade.

Depreende-se do conceito de boa-fé objetiva que ela abrange não o conteúdo específico do contrato, mas as circunstâncias que o cercam, as que dele decorrem e as que fazem com que ele possa ser executado satisfatoriamente (considerando fatores éticos). Considerando que as relações pré e pós contratuais se revestem destas qualidades, são também regidas por este princípio.

Este dever de agir com honestidade, lealdade e probidade é na verdade uma cláusula geral do direito, disciplinada expressamente no atual Código Civil (art. 422) e que tem perfeita aplicação ao Direito do Trabalho. A Constituição Federal também possui cláusulas gerais aplicáveis ao Direito do Trabalho, consubstanciadas nos artigos 7º e 170 e que orientam as relações de emprego (e as delas decorrentes).

O art. 170, VIII, da CF, especificamente, assegura a busca do “pleno emprego”. Entendo que a prática da reclamada de investigar antecedentes creditícios e criminais, impede a realização do pleno emprego, pois muito embora a ré diga que esta avaliação não implicará necessariamente em discriminação do candidato, é evidente que se não fosse ser aplicado critério diferenciado (no sentido depreciativo) para tal trabalhador, não haveria razões para se realizar tal pesquisa.

A própria ré cita em suas razões de recurso, a expressão popular, de que “a ocasião faz o ladrão”. Como se vê, no seu entendimento, o fato do candidato possuir dívidas pressupõe que não será confiável na realização do trabalho. Tal procedimento é gritantemente discriminatório e, pior, desprovido de fundamento lógico, pois a situação financeira da pessoa não é indicativa da sua capacidade profissional.

Aliás, como muito bem destacado na decisão de origem, a empresa, ao selecionar candidatos a emprego tem o direito (limitado pelos princípios da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana)

de investigar informações ligadas à força de trabalho que será prestada, não questões ligadas à vida privada do trabalhador. Bem porque se o raciocínio desenvolvido pela ré se tornasse usual, a pessoa que possui dívidas acabaria sendo impedida de quitá-las, porque não conseguiria nova colocação profissional.

Sobre o argumento de que a própria lei possui hipóteses em que se exige atestado de bons antecedentes, é preciso ressaltar que a exigência deste documento, em algumas hipóteses, não faz regra geral. Ao contrário, se o legislador cuidou de enumerar os casos em que tal informação seria necessária (diante da especificidade das funções), é certo que nos demais casos não há autorização legal para este procedimento. Isto ocorre justamente para se impedir que a pessoa que já pagou pelo crime que cometeu possa se livrar deste estigma, reintegrando-se à sociedade.

Ademais, a divulgação de informações desta natureza afronta o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII da CF), tornando-se ainda mais grave porque feita sem o conhecimento do envolvido. Ainda, inverte a ordem natural de seleção, pois faz com que todos os candidatos sejam previamente considerados inaptos até que se confirme que contra eles não consta qualquer acusação.

Diante de todo o exposto, resta claro que a decisão de primeiro grau não ofende o direito à informação da reclamada, posto que este seu direito não possui o alcance pretendido e esbarra em diversas outras garantias constitucionais asseguradas ao cidadão.”

O Código Civil de 2002 fixou, em seus artigos 11 a 21, os direitos da personalidade, e tais dispositivos não existiam no diploma anterior. Trata-se de mudança paradigmática do Direito Civil que reconhece a importância da proteção da pessoa humana e

ressalta o papel de tais direitos na sistemática valorativa do Código Civil²².

Mas o campo da responsabilidade pré-contratual no Direito do Trabalho não se limita à seleção abusiva. Aprofundando mais as tratativas de emprego, a frustração de uma expectativa real de trabalho, conforme o grau de avanço nas negociações²³, muitas vezes após cinco ou seis entrevistas, pode gerar responsabilidade de ressarcimento de despesas ou em face de compromisso rejeitado em outro emprego. No mínimo, gera-se a necessidade de cumprimento de um dever de conduta, qual seja, o de informar o motivo da não aceitação do candidato possibilitando eventual contraditório ou questionamento em juízo.

Novamente, entende-se que a discriminação, aqui, pode ser a razão da não contratação, o que pode gerar, inclusive, a nosso ver, a obrigatoriedade da contratação pela empresa. Existe doutrina acerca da perda de uma chance e da quebra de promessa, dentro da proteção do interesse negativo ou confiança depositada na outra parte da relação contratual. O empregado que se desloca e tem despesas de viagens visando à promessa de emprego que não se concretiza, o trabalhador que se vincula a determinada empresa em face de alguma informação relevante no anúncio de emprego (possibilidade de ascensão, por exemplo), e se vê frustrado ante a ausência total dessa possibilidade na empresa. O trabalhador que se vincula em face de determinado salário que lhe é pago em valor

²² DONEDA, Danilo. "Os direitos da personalidade no novo Código Civil". Em TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte Geral do Novo Código Civil, estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro, 2002, p. 35. V. Ainda: CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*. Em FACHIN, Luis Edson. *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 31-56.

²³ Partindo-se da premissa, para efeitos aqui, de que existe negociação e não mera imposição de condições contratuais.

menor, e que em face do vínculo no primeiro mês deixou de se vincular a outra empresa, todos teriam em princípio um direito a ressarcimento ou compensação.

Ao lado empresarial, pode-se aventar a hipótese de o empregador pretender contratar um empregado em face de um *curriculum* com uma informação falsa descoberta posteriormente e que fez com que o empresário não considerasse outros candidatos realmente habilitados e tenha causado danos materiais²⁴, antes do contrato efetivado.

Levanta-se ainda a hipótese do trabalhador que participa de todo um processo seletivo mas posteriormente é descartado sem qualquer motivo plausível, e que posteriormente fica ciente de que um candidato que não participou do processo, mas com relações dentro da empresa, foi contratado para a vaga.

Todos esses fatos ocorrem na fase anterior ao contrato e geram danos seja em face de comportamento anterior ao contrato, seja em face de o contrato não se realizar, o que torna ainda mais complexa a questão uma vez que todos os fatores de responsabilidade incidem nas fases de negociação, muitas vezes sem que haja um contrato posterior.

Entende-se que é competente a justiça trabalhista para julgar a demanda daquele que tem seus direitos violados nas fases

²⁴ Arriscamos alguns exemplos de responsabilidade do candidato empregado: um cozinheiro para um grande jantar, por exemplo, que tenha supervalorizado suas habilidades para conseguir o trabalho, mas desmascarado antes do contrato, todavia, sem tempo para contratação de outro profissional. Outra hipótese é a do *curriculum* que menciona “fluyente em inglês” e que posteriormente, após perda de tempo do empresário em processos de seleção e já com compromissos marcados para o futuro empregado, descobre-se que tal não era fluyente como dizia no *curriculum*, e devido a isso, por exemplo, cancela-se um compromisso com clientes do exterior.

anteriores a um contrato de emprego. Não é a posição de Dalazen, após traçar um panorama do caso no direito comparado, aduzindo que Portugal, Alemanha e Espanha atribuem à Justiça do Trabalho a composição desse litígio, entende que é incompetente a especializada trabalhista no caso:

“Efetivamente, escapa à competência material da Justiça do Trabalho brasileiro o dissídio do promissário empregado frente ao promitente empregador. Silente a lei, ao revés do que se observa nos países supramencionados, forçoso seguir a regra geral: o Judiciário Trabalhista soluciona a lide do atual ou do antigo empregado e o atual ou antigo empregador. Não, contudo, de quem não logrou alcançar-se à condição jurídica de empregado e deduz pretensão que, de modo incontroverso, não tem fundamento jurídico no contrato de emprego”²⁵.

A Emenda Constitucional 45/2004 alterou profundamente o quadro anterior, acresceu a expressão “relação de trabalho” utilizada no inciso I do artigo 114 da CLT, a nosso entender mais se justifica após a emenda a competência quanto à fase pré-contratual. Entende-se que essa já se fixava anteriormente no sentido de abrangência da competência material trabalhista na fase pré-contrato, mesmo diante daquele texto, eis que, o que se depreende, na realidade, é o reconhecimento da desnecessidade do aperfeiçoamento contratual para atração competencial. Com efeito, fixada a natureza *sui generis* da responsabilidade pré-contratual, não se podendo enquadrá-la como aquiliana nem tampouco contratual, não se justifica o deslocamento da competência para a Justiça Comum unicamente porque ainda não se formou um contrato de trabalho típico. Do contrário, também não seria competente a

²⁵ DALAZEN, João Oreste. *Competência material trabalhista*. São Paulo: LTr, 1994, p. 105.

Justiça Especializada para os conflitos oriundos de um contrato especial de experiência.

A questão está intimamente ligada à natureza e aos pressupostos da responsabilidade pré-contratual, os quais, por paradoxal que possa parecer, são contratuais.

Aqui, incidem os argumentos já expostos quanto às limitações à inserção do contrato de trabalho na categoria negocial, não se podendo sequer incluir a categoria em um negócio jurídico típico, buscar o fundamento da competência na existência do contrato de emprego implica deferir excessiva importância à autonomia da vontade. Existindo o contato qualificado, tratativas prévias entre candidato a emprego (trabalhador), e a empresa ou profissional liberal que pretenda contratar, inafastável concluir que uma interpretação do dispositivo que limite a competência em fase da fase contratual incorreria em equívoco de segmentar a competência dentro de um mesmo processo obrigacional, o que a nosso ver fere a lógica.

Mesmo em interpretação gramatical, o artigo 114 da Constituição Federal utilizava a expressão “trabalhador” e não “empregado”.

Nesse sentido os seguintes julgados:

FASE PRÉ-CONTRATUAL – NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES AO CONTRATO DE TRABALHO – TRABALHO – Os efeitos jurídicos decorrentes das conversações preliminares entre um candidato a emprego e um futuro empregador, apesar de não obrigarem a conclusão do contrato, podem produzir, em certos casos, efeitos jurídicos. Nestes casos, não se pode afastar a competência da Justiça do Trabalho para apreciar eventuais danos decorrentes do não aperfeiçoamento do contrato de trabalho. A

competência para tanto decorre do artigo 114 da CF. Conforme se extrai do referido texto constitucional, a Justiça do Trabalho é competente para julgar os dissídios individuais entre “trabalhadores e empregadores”, não se exigindo, para atração desta competência, necessariamente, que exista um contrato de trabalho aperfeiçoado. **TRT-PR-09772-2003-011-09 002 (RO). AC 4ª. Turma, Juiz Sérgio Murilo Rodrigues Lemos, data publicação: 29.07.2005**

(...)

PROMESSA DE CONTRATAR - PRÉ-CONTRATO - DESCUMPRIMENTO - REPARAÇÃO DE DANOS - A Justiça do Trabalho é competente para apreciar e decidir pedido de reparação de dano causado pelo descumprimento da promessa de celebrar 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 refutada por muitos, existe a chamada **responsabilidade pré-contratual**, decorrente de ação ou omissão culposas ocorridas entre a proposta e a aceitação. Se a aceitação da proposta é manifestada no tempo oportuno, o contrato estará perfeito e acabado pelo simples acordo de vontades. Mas em se tratando de proposta que não exige aceitação imediata, pode o peticitante retratar-se antes de manifestar o peticitado sua vontade. Entretanto, se este foi ilaqueado em sua boa-fé e frustrado na sua fundada esperança de contratar, tem ele o direito à reparação dos prejuízos sofridos. O dever de indenizar, no caso, explica-se, segundo alguns, pela teoria da culpa "*in contrahendo*" ou, segundo outros, pelo abuso de direito, mesmo que nessa fase não se entenda já existirem direitos. **TRT 3ª. Região. Decisão:**

08.11.2000, Tipo: RO, n.: 17739, ano: 2000, Número Único Proc.: RO - Turma: 4ª., Relator: Luiz Otávio Linhares Renault, DJMG data: 25-11-2000, p. 22.

Com a inclusão das relações de trabalho ao dispositivo, uma interpretação lógica, sistemática e teleológica do dispositivo, conforme propõe Silveira Boson, citando Canotilho, deverá levar em conta a máxima efetividade e a unidade interpretativa. Nesse sistema, afastar o trabalhador que se candidata a emprego e sofre um dano da tutela da Justiça que agora deverá abranger diversas outras “relações de trabalho”, inclusive diante da possibilidade da conclusão do contrato pela via judicial²⁶, seria cindir competências conforme a fase do processo obrigacional e submeter o trabalhador mais fragilizado à justiça comum.

Tal tarefa, de avaliar as possibilidades, no caso concreto, de limitação ao direito de não-contrato da empresa, e mesmo de aplicação de critérios para a incidência da tutela da confiança na fase pré-contratual no direito do trabalho, por certo é mais bem desenvolvida sob o olhar treinado do Juiz do trabalho, atento para problemas específicos da tutela do trabalhador e da relação de trabalho, não apenas daquele que tem emprego, mas também daquele que pretende se colocar no mercado e tem seu direito violado nessa fase, em em diversas outras lides anteriores e posteriores ao “contrato” específico.

Conclui-se, portanto, que a fase anterior ao contrato merece um tratamento especial da doutrina justrabalhista, em face dos

²⁶ BOSON, Mirna Savou Silveira. “A teoria da interpretação jurídica e a expressão “relação de trabalho”, contida no novo inciso I do art. 114 da Constituição da República de 1988”. Em DELGADO, Maurício. TEODORO, Maria Cecília e PEREIRA, Vanessa (coord.). *Relação de Trabalho. Fundamentos Interpretativos para a Nova Competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo, LTr, 2005, pp. 73-88.

novos paradigmas que a cercam em face do próprio avanço da ciência do direito e da ampliação da competência da Justiça do Trabalho.