

## **5.2. Responsabilidade Pré-contratual**

**Adriano Wilhelms**

Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 4ª Região

### **INTRODUÇÃO**

O princípio da autonomia da vontade influencia todo o direito privado e, em especial, os contratos. O liberalismo, presente no processo de codificação do século XIX, assenta-se nele, conferindo às partes ampla liberdade para fazer as estipulações que lhes interessarem.

Todas as cláusulas são válidas, desde que não contrariem expressa disposição de lei. Nesse sentido, a própria CLT proclama em seu artigo 444 afirmando que

“As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos (atualmente convenções coletivas) que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”.

Portanto, respeitadas as normas de proteção, pode o contrato de trabalho ter cláusulas estabelecidas consoante a vontade das partes.

Mas, e antes da contratação? Podem as partes se portar de qualquer forma? Não existe qualquer padrão de conduta exigível? O direito de não contratar é realmente absoluto? Pode haver responsabilização pela recusa de contratar?

Essas questões atinentes à fase de formação do contrato de trabalho se constituem no objeto de nosso estudo que ora se inicia.

Discorreremos, num primeiro momento, sobre os contratos em geral, migrando, posteriormente, para um estudo do contrato de trabalho. A seguir, faremos uma breve exposição acerca da responsabilidade civil, culminando com o estudo da responsabilidade pré-contratual. Eis o nosso plano de trabalho.

### **1. O CONTRATO DE TRABALHO**

#### **1.1. CONCEITO DE CONTRATO**

- ◀ volta ao índice
- ▲ volta ao sumário

Observando o cotidiano, apercebemo-nos que estamos circundados por acordos de vontades. Essa convergência, quando dotada de caráter patrimonial e objetiva a aquisição, o resguardo, a transferência, a modificação ou a extinção de direitos com o amparo do ordenamento jurídico, recebe o nome de contrato. Podemos afirmar, por conseguinte, que estamos contratando quando desempenhamos as tarefas mais banais de nosso dia-a-dia como, por exemplo, tomar um ônibus ou comprar o pão para o desjejum.

Caio Mário<sup>1</sup>, em feliz síntese, assevera que

“... podemos definir contrato como o acordo de vontades com a finalidade produzir efeitos jurídicos”.

O contrato é, pois, negócio jurídico que sempre depende de, pelo menos, duas vontades de pessoas diferentes podendo ser classificado como bilateral ou plurilateral.

## 1.2. FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

É impensável o mundo moderno sem os contratos. Desde o momento em que acordamos, celebramos contratos. São eles os responsáveis pela circulação de riquezas.

Registra René David que nem mesmo na União Soviética, durante o regime comunista, o contrato foi abolido<sup>2</sup>. Porém, é no regime liberal, em que a propriedade é enaltecida, que eles alcançam seu apogeu. Não se consegue pensar esse tipo de regime sem o direito contratual.

Caio Mário chega a afirmar:

“O mundo moderno é o mundo do contrato. E a vida moderna o é também, e em tão alta escala que, se fizesse a abstração por um momento do fenômeno contratual na civilização de nosso tempo, a consequência seria a estagnação da vida social.

Podemos apontar, basicamente, duas funções para os contratos: a econômica e a civilizatória.

A primeira delas já referimos. É o meio pelo qual a riqueza circula. É utilizando contratos que celebramos a compra e venda de bens, a locação etc. A supressão do fenômeno contratual importaria, portanto, em estancar a própria atividade econômica.

Porém esta não é única função. Os contratos aproximam os homens. As cláusulas contratuais refletem a vontade das partes e, enquanto elas forem observadas, a paz social restará fortalecida. Note-se, como assevera César Fiuza, que:

“As cláusulas contratuais dão aos contratantes noção de respeito ao outro e a si mesmos, visto que, afinal, empenharam sua própria palavra”.

**Podemos até mesmo dizer que um contrato é a miniatura do próprio sistema jurídico. Esse é um conjunto de normas abstratas destinado ao grupo social. O contrato, *mutatis mutandis*, é similar. Segundo ele as partes estabelecem deveres e direitos que passam a vigorar e devem ser respeitados na forma da conhecida máxima “pacta sunt servanda”.**

## 1.3. O CONTRATO DE TRABALHO

### 1.3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O contrato de trabalho, como não poderia deixar de ser, também decorre do acordo de vontades com o fito de produzir efeitos jurídicos. Segundo ele as partes – empregado e empregador – ajustam as condições em que o primeiro colocará à disposição do segundo sua força de trabalho recebendo, em contraprestação, o salário.

<sup>1</sup> v. Instituições de Direito Civil, vol. III, 9ª edição, fl. 6.

<sup>2</sup> v. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 1986. “O direito soviético dá a mesma definição de contrato que os direitos da família romano-germânica; e, contudo, o contrato representa, no direito soviético, algo muito diferente porque, nas condições da economia soviética, o contrato cumpre uma função muitas vezes diferentes da que lhe é atribuída nos países burgueses”.

- ◀ volta ao índice
- ▲ volta ao sumário

Trata-se de um contrato informal que, via de regra, prescinde de forma escrita. Aliás, como acentua a doutrina, essa informalidade é a marca do contrato de trabalho. Desse modo, as partes têm liberdade de ajustar as cláusulas contratuais.

Contudo, o Direito do Trabalho e, por conseguinte o contrato de trabalho, é marcado pelo intervencionismo estatal. O princípio norteador de tal ramo do direito é o da proteção, tanto que alguns doutrinadores o chamam de megaprincípio da proteção. A lei cuida de colocar a salvo alguns direitos, do denominado contrato mínimo. A partir daí, resguardado um núcleo de direitos, a autonomia privada tem plena aplicabilidade.

### **1.3.2 CRÍTICA À DENOMINAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO**

Ainda que de forma breve, não podemos deixar de registrar uma crítica a tal denominação.

É notório que relação de trabalho e relação de emprego não se equiparam. A primeira é gênero da qual é espécie a segunda. Exemplos da diferenciação não faltam. Imagine um jardineiro que se oferece uma única vez para limpar e enfeitar o jardim. Aceita a proposta, teremos uma relação de trabalho, sem que haja a relação de emprego. Outro exemplo: a diarista que presta serviços eventuais. Não estamos diante de uma relação de emprego, mas de trabalho.

Isso porque a relação de emprego tem alguns requisitos especiais que a qualificam e a distinguem da mera relação de trabalho. Tais requisitos são aqueles citados no artigo 3º da CLT.

Pois bem, como se sabe, o nome do contrato deve corresponder ao nome da relação jurídica a que dá origem. Daí haver alguns doutrinadores que sustentam a impropriedade da denominação contrato de trabalho. Eloy José da Rocha, na tese em que defendeu para conquistar a cátedra de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Porto Alegre, afirmava a preferência pela denominação contrato de emprego. Mais recentemente, José Martins Catharino, escrevendo sobre o contrato de trabalho, utilizou a expressão "Contrato de Emprego" para titular sua obra.

Mas, não há como negar que a expressão contrato de trabalho é universalmente reconhecida, não figurando dentre as maiores preocupações do Direito do Trabalho a discussão acerca da definição.

Por fim, feliz sugestão traz a professora Carmen Camino, quando afirma que mais apropriado seria qualificar o trabalho acrescentando o adjetivo subordinado, redundando na denominação contrato de trabalho subordinado. Assim, teríamos a exata noção da relação jurídica surgida a partir do contrato.

### **1.3.3 CONCEITO**

Não é difícil encontrar um conceito de contrato de trabalho.

Aliás, conforme faz referência Russomano, o jurista argentino Alfredo J. Ruprecht, em um dos seus escritos, chegou a catalogar mais de trinta definições.

Preferimos, dentre tantas, a definição utilizada por Orlando Gomes:

"Contrato de trabalho é a convenção pela qual um ou vários empregados, mediante certa remuneração e em caráter não eventual, prestam trabalho pessoal em proveito e sob direção do empregador."

Tal escolha deriva do fato de trazer para dentro da definição os elementos caracterizadores da relação de emprego advinda da estipulação do contrato.

Necessário é, nesse ponto, esmiuçar o conceito ofertado.

Dissemos que se trata de uma convenção. Como não poderia deixar de ser, o contrato de trabalho deriva de um pacto, de um acordo de vontades. É, em última análise, o acordo de vontades entre o empregado e o empregador que faz surgir o contrato de trabalho.

No entanto essa conjugação de vontades deve ser qualificada.

O contrato de trabalho é, por natureza, oneroso. O trabalho prestado deve ser remunerado, não sendo admissível um contrato de trabalho sem a devida contraprestação. O salário,

- ◀ volta ao índice
- ▲ volta ao sumário

denominação da contraprestação pelo trabalho, é de tal forma relevante que se constitui na principal obrigação do empregador.

Outra característica marcante diz respeito à continuidade da prestação de serviços. A existência do contrato de trabalho pressupõe uma prestação contínua, que se insira na atividade-fim da empresa.

Ensina Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena:

“Houve-se com extraordinária precisão Rezende Puech ao afirmar que resulta fundamental a importância do conceito da eventualidade, porque, mesmo prestando serviços sob dependência e mediante salário, o trabalhador deixará de ser empregado, caso sua prestação de serviços tenha caráter eventual.

Tem-se por trabalho eventual, na clássica lição de Barassi, que veio, posteriormente, frutificar no México, com o juiz Iñarrítu e, na doutrina, com Mário de La Cueva, aquele prestado em caráter transitório, acidental, isto é, o que não seja necessário como serviço por uma exigência permanente do tomador. Em razão de sua acessoriedade, não ocorre a integração técnica da atividade do trabalhador na atividade da empresa. Funda-se no casual. Por isso, diz-se excepcional.”

O trabalho eventual é aquele que ocorre ocasionalmente e não se integra nos fins da empresa. A transitoriedade da prestação de serviços, desse modo, afasta a existência da relação empregatícia.

Prosseguindo, temos o requisito da pessoalidade. O contrato de trabalho, com relação ao empregado, é constituído “intuitu personae”, isto é, somente o empregado contratado deve prestar o labor. Não se admite que o empregado envie outra pessoa para adimplir aquela que é sua principal obrigação.

Porém a nota característica do contrato de trabalho é a subordinação. Sem ela, definitivamente, não haverá contrato de trabalho.

O empregado está subordinado às ordens legítimas do empregador. Tal subordinação não tem, contudo, qualquer marca aviltante. Trata-se de uma subordinação jurídica decorrente do fato do empregador organizar e dirigir a atividade econômica. Deve o empregado submeter-se ao poder de comando do empregador, sujeitando-se às ordenações do patrão.

Por outro lado, apesar das severas críticas recebidas por parte da doutrina, não há como deixar de mencionar que a própria CLT traz um conceito de contrato de trabalho:

“Art. 442. Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.”

A doutrina, como asseveramos, não tem poupado tal dispositivo. Duras críticas têm sido feitas. Afirmam alguns que tal definição é tautológica, estabelecendo um círculo vicioso ao estabelecer correspondência entre relação de emprego e contrato de trabalho.

No entanto, a par da procedência das críticas, frente ao caráter protetivo que permeia todo o direito do trabalho até é salutar tal desapego à forma. Deve ser dada ênfase ao que realmente ocorreu e ser procedida à verificação se estamos diante dos requisitos legais para a configuração da relação de emprego.

#### **1.3.4 CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO**

Antes de prosseguirmos, interessante é classificarmos o contrato de trabalho.

É, sem dúvida, um contrato bilateral, pois gera direitos e obrigações recíprocas para os contratantes. Acentua a doutrina que essa bilateralidade é genética, ou seja, desde a formação do contrato ambas as partes contraem obrigações.

- ◀ volta ao índice
- ▲ volta ao sumário

A característica da consensualidade também é evidente. Aliás, os próprios termos em que foi redigido o artigo 442 da CLT não deixam qualquer margem. A forma foi relegada a um segundo plano.

De outra banda, como fizemos questão salientar quando apresentamos o conceito, a onerosidade é marca de tal tipo de contrato. Ambas as partes auferem vantagens oriundas do pacto laboral.

Mais do que isso, as prestações são equivalentes. Daí afirmarmos que o contrato de trabalho é comutativo. O empregador, quando remunera o empregado, o faz, ao menos em tese, na exata medida para contraprestar o serviço feito.

É, ainda, um contrato de trato sucessivo. Ou seja, a prestação se protraí no tempo, não se extinguindo em momento único.

Afirmam os autores alemães, em especial Gierke, que se trata de "relações de débitos permanentes", nas quais a prestação deve ser cumprida em um espaço de tempo.

Explica Orlando Gomes:

"... Essas relações de débito permanente produzem um 'estado de poder', cuja manutenção é essencial ao cumprimento da obrigação contratual. O 'estado de poder' pode ser conferido sobre uma coisa ou uma pessoa. No primeiro caso, entram as relações de locação, de custódia etc. Um poder sobre a pessoa do devedor do trabalho produz-se, ao contrário, na relação de trabalho".

Esse 'estado de poder' nada mais é do que o poder de comando do empregador, derivado da subordinação a que é submetido o empregado.

### **1.3.5 O CONTRATO DE TRABALHO COMO PROCESSO.**

Semelhantemente ao demonstrado pelo Prof. Clóvis do Couto e Silva na conhecida "A obrigação como processo", o contrato também tem uma dinâmica. Não pode ser visto como algo estanque, parado. Ao contrário, o contrato percorre todo um caminho. Existem diferentes atos que são realizados antes mesmo da celebração do contrato.

Os contratos, de uma forma geral, não se formam em ato único. No contrato de trabalho não é diferente.

Podemos, claramente, discernir todo um caminho, um *iter*, pelo qual passam as partes antes da formalização do contrato.

O contrato de trabalho pode envolver um longo "flerte" entre as partes. São as tratativas em que as partes estão em contato acertando os termos do futuro contrato.

Imaginemos, por exemplo, a contratação por uma empresa de São Paulo de um famoso publicitário gaúcho. Primeiro, surge o interesse da firma paulista. A partir daí, inicia-se um processo de sondagem que certamente envolve custos. Entretanto, sequer o publicitário gaúcho tem conhecimento do interesse.

Num próximo passo, podemos ter um contato, ainda inicial, dos representantes da firma paulista com o publicitário. Vêm os representantes a Porto Alegre, jantam uma ou duas vezes e, então, fazem a proposta.

Tal proposta, contudo, está aquém das expectativas. Além de não contemplar o salário almejado, as condições de trabalho não estão adequadas. Resolve, então, o publicitário deslocar-se até São Paulo e tratar diretamente com os representantes da firma. Mais uma ou duas reuniões e, finalmente, tudo acertado.

Celebram, então, o contrato de trabalho. Veja-se que, durante as tratativas, não havia contrato que os obrigasse a qualquer coisa. Existia, somente, um desejo de acertar o futuro contrato.

Essa primeira fase é o que chamamos de fase pré-contratual, pois antecede ao próprio contrato.

- ◀ volta ao índice
- ▲ volta ao sumário

Imaginemos, agora, que após todos esses passos que culminaram com a mudança do publicitário para São Paulo e o pedido de demissão da agência onde trabalhava, a empresa resolve não mais o contratar, pois descobre que ele é portador do vírus HIV. Será que o prejuízo do publicitário deve ser reparado pela empresa paulista já que inexistiu contrato de trabalho?

O que pretendemos estudar, a partir de agora, é exatamente a possibilidade de reparação de danos ocorridos na fase que antecede ao contrato.

## **2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL: UMA BREVE NOÇÃO**

### **2.1. CONCEITO**

A vida em sociedade é meio propício para conflitos. Não há como fugir dessa regra. Basta passarmos um dia olhando para fora de nossa janela para verificarmos os inúmeros incidentes. Colisões de automóveis, por exemplo, acontecem aos milhares. Derivado de tal acontecimento, alguém sofreu um gravame, uma perda. A questão a ser enfrentada diz respeito à indenização deste prejuízo. Há de fato um direito a ser ressarcido? Em caso positivo, quem deve fazê-lo? Em que limites?

Esse é o objeto de estudo da responsabilidade civil.

Apesar da importância do tema, os autores de um modo geral não chegam a um conceito do tema. Tal fato, como assinalaram os irmãos Mazeaud no *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*, "a matéria é tão difícil de definir que na própria conceituação já se apresentam as divergências dos autores, nela despontando a luta entre a doutrina tradicional da culpa e a teoria objetivista do risco (*Traité*, vol.I,n.1 *apud* Caio Mário).

Contudo, compulsando vários autores que tratam do tema, o que se verifica é que a responsabilidade civil pode ser resumida em uma palavra: indenização.

Este é o cerne da responsabilidade civil. Toda a teoria que se desenvolve visa a obter a resposta às seguintes questões: o dano causado deve ser indenizado? Por quem?

Com efeito, Savatier, cuja obra é reconhecida como monumental por Georges Ripert, definiu a responsabilidade civil como sendo a obrigação que pode incumbir uma pessoa de reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam.

Diz Caio Mário que a responsabilidade civil se enuncia como princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.

### **2.2. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL**

A doutrina clássica separa a responsabilidade em extracontratual, também chamada aquiliana, e contratual.

A primeira delas prescinde de uma prévia relação jurídica entre as partes. O requisito para a indenização é buscado no próprio ordenamento jurídico. No ordenamento francês, encontramos o artigo 1.382. No nosso sistema jurídico, temos o artigo 186<sup>3</sup> do Código Civil.

Tal dispositivo abrange genericamente toda a responsabilidade civil extracontratual. É uma cláusula geral que abarca uma série de possibilidades. Basta que alguém cause um dano por imprudência, negligência ou imperícia para atrair a incidência da norma.

Na responsabilidade contratual, ao contrário, as partes são vinculadas por uma convenção. Há uma relação jurídica preexistente. A responsabilidade civil derivada do contrato visa a indenizar o contratante lesado pelo inadimplemento. Basta o descumprimento contratual para fazer surgir o dever de indenizar. Não se cogita de culpa, pois esta é presumida.

Contudo, na essência, não há distinção a ser feita. Na responsabilidade contratual, a indenização é feita como substituição à prestação devida. Sílvio Rodrigues exemplifica dizendo que, quando um artista, contratado para diversos espetáculos se recusa a fazê-lo, fica obrigado a reparar o dano. A indenização abrangerá o prejuízo causado e o lucro cessante, mas de forma

<sup>3</sup> Art. 186 Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

- ◀ volta ao índice
- ▲ volta ao sumário

alguma pode-se confundir esse pagamento com o adimplemento da obrigação que era a apresentação.

Talvez o maior interesse prático da distinção seja o estabelecimento do ônus da prova. Enquanto na responsabilidade extracontratual a culpa deve ser provada pelo lesado na contratual, ela é presumida, competindo ao causador do dano a prova de que o fato da inexistência dela (força maior ou caso fortuito)

### 2.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Asseveramos nas linhas acima que a responsabilidade civil se preocupa com a reparação dos danos causados. Cumpre, agora, examinarmos quais seriam os elementos que compõem a disciplina.

De um modo geral, quatro são os elementos indicados: a ação ou omissão, o dano, a culpa e o nexo causal.

A responsabilidade pode advir tanto da ação quanto da omissão. Ainda, pode resultar de fato próprio ou de terceiros que estejam sob a responsabilidade do agente. A responsabilidade por fato próprio é buscada na própria essência da responsabilidade civil, pois todo aquele que causar dano a outrem, mediante uma conduta culposa, é obrigado a ressarcir o prejuízo.

Entretanto não só o causador do dano pode ser responsabilizado. A lei estabelece uma série de casos em que terceiros ficam como responsáveis pelos danos causados. Assim, os pais respondem pelos danos causados por seus filhos, os patrões pelos danos causados pelos empregados.<sup>4</sup>

Tal tipo de responsabilização, como alude Sílvio Rodrigues, inspira-se em um anseio de segurança, com o propósito de proteger a vítima. Dessa forma, busca a lei facilitar a reparação do prejuízo. Imagine que um operário venha a causar um dano num veículo importado. Sérias dúvidas surgiriam a respeito da solvabilidade do operário. A lei, percebendo tal fato, cuidou de criar uma forma de responsabilizar aquele que detém o empregado sob sujeição e que detém o capital capaz de suportar o prejuízo.

Por outro lado, não basta a conduta do agente. É necessário, na responsabilidade civil subjetiva, que ela seja, no mínimo culposa. O dever de indenizar pressupõe um comportamento doloso ou culposos (negligente, imperito ou imprudente).

É exatamente esse elemento anímico que caracteriza a responsabilidade civil subjetiva.

Diz-se que a conduta é dolosa quando o causador do dano age buscando tal resultado. O sujeito, pretendendo quebrar a vidraça, contra ela lança uma pedra. Não há qualquer dúvida da intenção do agente.

O comportamento culposos tem lugar quando o agente não queria causar o resultado. Contudo, em virtude de seu comportamento desastrado, acaba dando prejuízo. A culpa pode derivar de uma conduta negligente, imprudente ou imperita. Salientamos, como fez Sílvio Rodrigues e Carlos de Carvalho, que a rigor a idéia de negligência inclui a de imprudência e de imperícia, pois aquele que é imprudente negligencia em observar o dever de precaução.

Todavia, embora a responsabilidade subjetiva seja preponderante, é importante registrar a existência de uma responsabilidade na qual a culpabilidade do agente é irrelevante: a responsabilidade objetiva. Nesse tipo de responsabilização, o dever de indenizar independe de qualquer elemento subjetivo, prendendo-se à teoria do risco como se nota no parágrafo único do artigo 927 do CCB.

<sup>4</sup> Art. 932 São também responsáveis pela reparação civil:

- I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
- II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
- III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele;
- IV – os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos, onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
- V – os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até à concorrente quantia.

- ◀ volta ao índice
- ▲ volta ao sumário

Não basta, ao surgimento do dever de indenizar, a existência de uma conduta culposa. É imperiosa a existência de um dano. Lalou chegou a proclamar “Pas de préjudice, pas de responsabilité civile” (Traité, apud Caio Mario, Responsabilidade Civil). Esse dano, que é o elemento da responsabilidade civil que menos suscita dúvidas, é o prejuízo suportado por uma das partes.

Por fim, há que haver uma relação entre a conduta e o dano. O dever de indenizar surge a partir de uma conduta culposa que dá origem a um prejuízo. Ou seja, a ação ou omissão do agente deve ser a gênese do dano. Sem essa relação de causa e efeito, não é possível pensar na responsabilidade civil.

### 3. DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

#### 3.1. DO HISTÓRICO. UMA BREVE E SUPERFICIAL NOÇÃO

Embora fosse conhecida no período romano, a teoria da responsabilidade pré-contratual foi pela primeira vez sistematizada em 1861 por Rudolph Von Jhering. Sob a denominação *culpa in contrahendo*, escreveu um artigo no ano de 1861 que, a partir do exame de casos, examina uma situação de erro no símbolo de medida de uma mercadoria encomendada e conclui pela invalidade do contrato em virtude de tal vício. Pergunta-se, então, se a parte culposa deve responder pela indenização dos prejuízos causados. A conclusão é positiva. É devido o ressarcimento baseado, inclusive, no sentimento de equidade.

Qual seria, então, o fundamento do dever de indenizar se o contrato é nulo? Conclui o citado autor que a responsabilização deve ocorrer porque, devendo a parte causadora ter conhecimento da nulidade, deixa de informar a outra sobre esse vício, causando-lhe prejuízo.

No que diz respeito ao ressarcimento, Von Jhering afirma que somente é indenizável o “interesse negativo”. Assim, a indenização não equivale à prestação prometida, mas se limita a repor as partes ao “status quo ante”, ou seja, naquele momento anterior à conclusão do contrato.

Contudo, não obstante a repercussão de tal artigo, o Tribunal alemão, na época denominado Reichsgericht (RG), negou a possibilidade de ressarcimento em virtude da responsabilidade pré-contratual, sendo tal situação modificada após a publicação, em 1910, da monografia de Franz Leonhard.

Não só na Alemanha o artigo foi conhecido. Acentua Régis Fichtner Pereira que tal escrito despertou a atenção do mundo jurídico para a formação defeituosa do contrato.

Na Itália Gabriele Faggella publica, em 1906, estudo<sup>5</sup> sobre o assunto. Na França, em 1907, Saileilles também publica artigo intitulado “De la responsabilité précontractuelle – a propos d’une étude nouvelle sur la matière”.

Mais recentemente outros trabalhos foram publicados sobre o tema, merecendo destaque em Portugal Mario Júlio de Almeida Costa na obra Responsabilidade Civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato. Na Espanha, se destaca a obra de Maria Paz García Rubio e Josep Llobet I Aguado.

No Brasil, Carvalho de Mendonça e Carvalho Santos negam a possibilidade de reconhecimento de uma responsabilidade pré-contratual. Depois deles, outros fizeram menção ao tema devendo ser destacada a obra de Eduardo Espínola e José de Aguiar Dias. Também se debruçaram sobre o tema juristas do porte de Pontes de Miranda e Judith Martins-Costa que dedicou um capítulo no seu conhecido livro sobre a Boa-fé no direito privado.

Antônio Chaves, no entanto, foi primeiro autor brasileiro a se dedicar ao estudo teórico e específico. Na Dissertação para o concurso à Cátedra de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o professor faz um estudo da responsabilidade pré-contratual baseando-se, principalmente, em Faggella. A partir daí, outros autores passaram a se dedicar sobre o tema, dentre os quais merece destaque Regis Fichtner Pereira com sua tese de Doutorado publicada pela editora Renovar.

<sup>5</sup> Dei periodi precontrattuali e della loro vera e esatta costruzione scientifica.

- ◀ volta ao índice
- ▲ volta ao sumário

### 3.2. CONCEITO.

A doutrina clássica divide a responsabilidade civil em dois grandes grupos: a contratual e a extracontratual.

Contudo há zonas limítrofes em que não é clara a existência de uma ou de outra. Em algumas delas, estaremos diante da chamada responsabilidade pré-contratual.

Durante as conversações que antecedem a celebração do pacto, as partes estão em contato. Entretanto, esse contato não é comum, mas trata-se de um "contato social qualificado"<sup>6</sup>. Há deveres atribuídos às partes que se envolvem em tratativas negociais. Tais deveres, acaso descumpridos, podem gerar danos à outra parte.

Exatamente desses prejuízos, causados antes da celebração do contrato, ocupa-se a responsabilidade pré-contratual.

Essa responsabilização pode derivar de quatro hipóteses:

a) quando tenha havido ruptura injustificada das negociações contratuais; b) quando durante o desenrolar das negociações um dos contraentes venha a causar danos à pessoa ou aos bens do outro contraente; c) quando tenha ocorrido o estabelecimento de contrato nulo ou anulável e um dos contraentes conhecia ou deveria conhecer a existência do vício no negócio jurídico; d) quando, mesmo instaurada a relação jurídica contratual, das negociações preparatórias tenham surgido danos a serem indenizados.

No presente trabalho nos ocuparemos somente da hipótese de ruptura das negociações antes da formação do contrato de trabalho.

#### 3.2.1. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL E PRÉ-CONTRATO

Importante, com o fito de evitar confusões, esclarecer que o pré-contrato não se confunde com a responsabilidade pré-contratual ora em estudo.

O pré-contrato já é um contrato perfeito e acabado. Estabelece uma relação obrigacional entre as partes cujo objeto é a realização de um contrato definitivo.

Ao contrário, na responsabilidade pré-contratual não há um contrato. Inexiste a relação obrigacional perfeita e acabada. As partes estão em um momento anterior ao contrato, ainda na fase preambular.

### 3.3. NATUREZA DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

Classicamente temos que a responsabilidade civil pode ser contratual ou extracontratual (aquiliana). No entanto como classificar a responsabilidade civil pré-contratual? Seguiria ela as regras da responsabilidade contratual? Ou da extracontratual?

Pois bem, a doutrina diverge a respeito da matéria. Há, ainda, aqueles que sustentam que seria um "tertium genus", devendo ser criado um sistema próprio para este tipo de responsabilidade civil.

#### 3.3.1. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL COMO RESPONSABILIDADE DE NATUREZA CONTRATUAL

Referimos acima que a teoria da responsabilidade pré-contratual começou a ser sistematizada na Alemanha como Von Jhering. Considerando que o Código Civil Alemão (BGB) acerca da responsabilidade extracontratual não adota um sistema de cláusula geral – como o francês e o nosso – não é difícil entender a dificuldade de utilização desse tipo de responsabilização. Isso porque somente é indenizável a ofensa a um dos bens relacionados no § 823 do BGB. As regras acerca da responsabilidade extracontratual são de difícil aplicação e, por esse motivo, é muito mais vantajosa a invocação das regras de responsabilidade contratual.

<sup>6</sup> A expressão é de Regis Pereira. Afirma o autor: "O contato que as partes desenvolvem com a finalidade de discutirem as bases de um eventual negócio jurídico a ser constituído é um *contato qualificado*. Embora não haja ainda relação jurídica contratual – afastando a cogitação de responsabilidade civil contratual – entre as partes há, não obstante, deveres jurídicos qualificados, que fazem surgir entre elas uma relação jurídica especial, cuja configuração afasta os preceitos da responsabilidade civil extracontratual.

- ◀ volta ao índice
- ▲ volta ao sumário

Observadas tais peculiaridades, Jhering já se posicionou no sentido de que a responsabilidade pré-contratual seguiria as regras da responsabilidade contratual. Isso porque, estando as partes em negociação para a conclusão de um contrato, o fundamento para a responsabilização encontrar-se-ia no próprio contrato a ser constituído. A tese denominada (Zielvertragstheorie) baseava-se na premissa de que, se as negociações têm por objetivo a formação de um contrato, a responsabilidade pelos danos cometidos nessa fase deve ser contratual.

Adiante, a doutrina alemã criou uma tese semelhante. Segundo ela, o vínculo estabelecido entre os contraentes durante as negociações ensejaria uma relação jurídica análoga à relação contratual, buscavam os doutrinadores visualizar uma relação jurídica das negociações. Hans Stoll<sup>7</sup> via nesse "contato social qualificado" a justificação para atração da responsabilidade contratual, na medida em que geraria uma situação de confiança entre as partes, que seria o fundamento para a aplicação dos deveres sociais de proteção. Contudo essas teorias foram criticadas por visualizarem na fase pré-contratual uma situação análoga àquela depois de celebrado o contrato. Como afirma Regis Pereira: "Qualquer tentativa de aplicar as regras de responsabilidade contratual a fatos anteriores à própria existência do contrato, com base na ficção, esbarrava na ausência de suporte lógico nesse raciocínio".

Passaram, então, os doutrinadores alemães a visualizar durante a fase pré-contratual uma relação obrigacional derivada da lei. Sustenta tal teoria, hoje dominante na Alemanha, que, durante as negociações, surgem obrigações para as partes, não em decorrência de um contrato que ainda não existe, mas em virtude da própria lei que impunha os deveres de cuidado e proteção. Houve um deslocamento do foco da natureza da responsabilidade "in contrahendo", passando a residir na obrigação oriunda da legislação.

### **3.3.2. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL COMO RESPONSABILIDADE DE NATUREZA EXTRA CONTRATUAL**

Ao contrário, em todos os países onde o sistema da responsabilidade civil adota o sistema de cláusula aberta, seguindo o exemplo do Código Napoleônico, a responsabilidade pré-contratual é considerada de natureza extracontratual.

Tal tese assenta-se na lógica pura: se ainda não há contrato, responsabilidade contratual não pode ser invocada. Logo, trata-se de responsabilidade extracontratual.

Essa é a teoria dominante no Brasil.

### **3.3.3. A TERCEIRA VIA**

Usualmente a classificação da responsabilidade pré-contratual limita-se a optar pela contratual ou extracontratual. No entanto, alguns doutrinadores vêm reconhecendo a necessidade de considerá-la um "tertium genus". Ou seja, em virtude das peculiaridades, deve ser criado um sistema próprio de responsabilidade civil.

Não há como deixar de citar a dissertação de doutorado do Prof. Regis Fichtner Pereira, cujo escopo é exatamente demonstrar a necessidade desse novo gênero de responsabilidade civil. Afirma o autor:

"O que esse trabalho procura demonstrar é que a responsabilidade civil pré-contratual possui natureza própria, não podendo ser aplicado, de forma pura, aos casos de danos perpetrados durante as tratativas, quer o sistema de responsabilidade contratual, quer o sistema de responsabilidade extracontratual.

O ideal, portanto, diante da sua autonomia, é que *de lege ferenda* se estabeleça um sistema próprio de responsabilidade pré-contratual."

Com efeito, durante as tratativas há mais do que um mero contato social entre as partes. Elas, no intuito de celebrar o contrato, se entregam a discussões, efetuam gastos, enfim, confiam que a outra parte também tem um comportamento sério. A estes não poderia ser aplicável as regras de responsabilidade extracontratual, previstas para quem sequer se conhece.

<sup>7</sup> "Halftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen" apud A responsabilidade-pré contratual, ob. cit.

- ◀ volta ao índice
- ▲ volta ao sumário

Por outro lado, também não se pode cogitar da existência de um contrato. As partes, ainda que na fase avançada das tratativas, ainda não chegaram a um acerto. Portanto inexistente um contrato capaz de atrair a incidência das regras da responsabilidade contratual.

Desse modo, é de se concluir que não estamos diante nem da responsabilidade contratual, nem da extracontratual. De fato, é se pensar em estabelecer um regramento próprio para a responsabilidade pré-contratual.

### 3.4. FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

Defendemos, no presente trabalho, a tese de que é indenizável o dano sofrido na fase de formação do contrato de trabalho. Porém será que sempre haverá o direito à indenização? Será que as partes não têm o direito de pura e simplesmente abandonar a negociação?

O primeiro aspecto que devemos esclarecer é que as partes podem, de acordo com a sua vontade individual, abandonar as tratativas. Têm elas, com esteio no princípio da autonomia da vontade, liberdade para se lançarem às negociações sem se comprometerem a ressarcir qualquer prejuízo.

Não resta qualquer dúvida, como salientou Cappelari, que, como princípio geral, ninguém é obrigado a aceitar propostas ou entabular negociações contra a sua vontade, pois, ao lado da liberdade de contratar, não há como deixar de reconhecer a liberdade de não contratar.

Aliás, eventuais estudos e gastos preparatórios via de regra fazem parte desse período contratual. Novamente, um exemplo pode ser esclarecedor: imaginemos um trabalhador que participa de um processo seletivo, cuja segunda fase pressupõe a demonstração de conhecimentos acerca de determinadas máquinas. Antes mesmo de terminar a primeira fase, acreditando na sua aprovação, matricula-se em curso de específico para a preparação para a segunda etapa. Contudo o candidato não logra aprovação, restando sem qualquer utilidade o curso feito.

À toda evidência o trabalhador não faz jus a qualquer reparação. Não pode a empresa se responsabilizar pelos gastos realizados pelo trabalhador durante o processo seletivo.

Diferente da situação acima ventilada é o caso do publicitário antes referido. O fato do pedido de demissão da agência em Porto Alegre e aluguel de um apartamento em São Paulo refletem a legítima expectativa do trabalhador em ser contratado. Entretanto, a empresa ao descobrir que o publicitário era portador do HIV, retira-se das negociações, não levando a efeito a contratação.

É intuitivo, como já salientou Jhering, a necessidade da reparação no segundo caso. Mas, no que ele se difere do primeiro, em que facilmente chegamos à conclusão de que nenhuma reparação é devida?

Eis o nosso objeto de estudo: os fundamentos da responsabilidade pré-contratual.

#### 3.4.1. A EXISTÊNCIA DE NEGOCIAÇÕES

É inconcebível tratar da responsabilidade pré-contratual sem a existência efetiva de negociações. Trata-se de um requisito de ordem lógica: não se pode romper o que não existe.

Asseveramos acima que o contrato de trabalho, assim como os demais contratos, não se forma ao acaso. A vida contratual tem início muito antes da celebração do pacto existindo um verdadeiro processo, que pode ser mais ou menos complexo.

No entanto, não é qualquer negociação que gera a responsabilidade pré-contratual. Necessária, como afirma Mário Júlio de Almeida Costa<sup>8</sup>, é a presença de *uma razoável base de confiança* requerendo, portanto, uma intensidade nas negociações que forneça à parte contrária sérias expectativas acerca da celebração do negócio jurídico. Assim, o mero contato entre duas pessoas, ainda que haja interesse na contratação, não enseja a responsabilidade que ora se está tratando.

#### 3.4.2. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

O principal fundamento da responsabilidade pré-contratual é, sem dúvida, o princípio da boa-fé. Sem a aplicação de tal princípio seria inimaginável imputar a alguém a responsabilidade pelo abandono das tratativas.

<sup>8</sup> apud Pereira, Regis Fichtner, pág.306.

- ◀ volta ao índice
- ▲ volta ao sumário

Récio Cappelari, nesse sentido, leciona que,

“Ao contrário, o princípio da boa-fé objetiva possui característica de ampliação de conceitos. Se incidir sobre uma situação, apanhada por uma cláusula geral, aumenta o campo de ação desta mesma norma e, por sua vez, aumenta os deveres aí inseridos, sendo, pois, fundamental na constituição da responsabilidade pré-contratual.

“Feitas essas considerações, podemos concluir que, se após a análise do caso concreto restar provada a inobservância da conduta estabelecida pelo princípio da boa-fé em conjunto com uma forma culposa ou um caso de responsabilidade objetiva, aí sim existirá a responsabilidade pré-contratual.”

Mas, que princípio é esse?

O atual Código Civil brasileiro – tal como o Código Alemão, no qual é expresso no § 242 – traz norma geral que consagrando o princípio da boa-fé. Nesse sentido, o artigo 422<sup>9</sup> determina que tanto na conclusão do contrato quanto na execução devem as partes agir de acordo com os ditames da boa-fé. Mesmo sob o regime do código anterior, onde não havia regra expressa, eram unânimes a doutrina e a jurisprudência em afirmar que tem o princípio da boa-fé aplicação como cláusula geral no direito pátrio. Tal condição – de cláusula geral – faz com que a aplicação ocorra em todas as relações jurídicas, principalmente nas negociais. A força deste princípio é de tal magnitude que pode, inclusive, criar direitos e deveres e influenciar na interpretação dos negócios jurídicos.

A idéia de boa-fé remonta à idéia de confiança, levando a uma conduta correta. Tal princípio traz ínsito um modelo de atitude, exigindo que as partes ajam de acordo com um padrão moral.

Consoante a boa-fé, devem as partes se comportarem de forma leal durante toda a relação mantida, gerando, como afirmamos, deveres e direitos anexos aos principais.

Observa-se, de pronto, que não se cogita da boa-fé subjetiva prevista em vários dispositivos de nosso Código Civil. Prescinde-se, desse modo, da consciência do agente a respeito de sua conduta. A boa-fé que devemos considerar como fundamento da responsabilidade pré-contratual é a objetiva, definida como um padrão de conduta a ser seguido. Devem as partes se portar com honestidade e clareza durante todo o “iter” contratual.

Trata-se de um mínimo ético exigido das partes que se colocam em contato para a celebração do negócio. Surgem obrigações secundárias como prestar informações verdadeiras, guardar alguns segredos revelados etc.

Desse modo, incide o princípio da boa-fé sobre as relações contratuais fazendo surgir um vínculo obrigacional entre as partes, ainda que o contrato sequer se perfectibilize. Há, em virtude desse princípio, o surgimento de obrigações acessórias que podem ensejar eventual reparação em virtude de seu descumprimento.

Durante o período das tratativas, há o dever de cooperação e seriedade que são tutelados pelo Direito. O rompimento desses deveres faz surgir à parte lesada o direito ao ressarcimento.

Por tudo isso, acolhemos a conclusão de Cappelari que afirma que a recusa de contratar, uma vez entabuladas as negociações preliminares, só gera responsabilidade pré-contratual quando uma das partes incorre em inobservância do princípio da boa-fé, ou seja, conduzindo as negociações de forma desleal e traíndo a confiança existente entre as partes.

Exatamente o desrespeito ao dever de agir de boa-fé revela culpabilidade do agente. Afirmamos, com isso, que a responsabilidade civil pré-contratual é de cunho subjetivo, não havendo como cogitar de uma responsabilidade objetiva. É mister, para a caracterização do tipo do tipo de responsabilidade ora em análise, que um dos contratante obre com culpa. Essa culpa pode ser *lato ou stricto sensu*, mas nunca poderá ser desprezada.

<sup>9</sup> “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

- ◀ volta ao índice
- ▲ volta ao sumário

Por isso, tanto pode ser responsabilizado aquele que age dolosamente causando prejuízo a outrem quanto àquele que deixa de agir conforme a boa-fé objetiva durante as tratativas.

### 3.4.3 O DANO

A existência de prejuízo é essencial ao surgimento da responsabilidade civil. Sem tal requisito não há como cogitar sobre eventual indenização.

No entanto no que consistiria o dano em sede de responsabilidade pré-contratual? Ou mais especificamente, qual o dano indenizável?

Rudolph Von Jhering, para explicitar o que seria o dano indenizável na responsabilidade pré-contratual, formulou a teoria do interesse negativo. Segundo tal teoria, o responsável não é obrigado a indenizar o equivalente à execução do contrato (interesse positivo) que sequer existiu ou foi nulo. A indenização, segundo Jhering, visa a colocar o contratante lesado na mesma situação em que iniciou as tratativas. Assim, tem direito à indenização pela não-conclusão do contrato (interesse negativo). Desse modo, a indenização limitar-se-á às despesas levadas a efeito para a elaboração do contrato.

Tal teoria é plenamente aplicável à ruptura das negociações. As partes não têm direito ao estabelecimento da relação contratual que poderia advir das negociações. Contudo àquele que de boa-fé empreende esforços, inclusive efetivando gastos, não pode ficar à mercê do outro que ardilosamente leva a negociação. Aquele que culposamente causar danos deve por eles responder, limitando-se, a princípio, a indenização à despesa levada a efeito durante as tratativas e, eventualmente, os prejuízos decorrentes da perda de algum outro negócio de que tenha desistido em virtude das negociações.

O próprio Supremo Tribunal Federal já proclamou, em decisão de lavra do Min. Villas Bôas, a aplicabilidade da teoria do interesse negativo:

“CULPA IN CONTRAHENDO – Conceito. A verificação de responsabilidade dela derivada se faz pela soma dos prejuízos efetivos, diretamente emanados da sua ocorrência, excluídos os lucros cessantes e outras parcelas não compreendidas no denominado “interesse negativo”. Recurso não conhecido, sem embargo do provimento do agravo para a subida dos autos” (RTJ 137, pág. 278).

Modernamente, porém, tal limitação ao dano vem sofrendo críticas. Na Alemanha, embora a maioria da doutrina limite a indenização ao interesse negativo, Karl Larenz chega a defender, em casos excepcionais, a indenização do interesse do positivo.

No Brasil, Régis Pereira, afirma:

“É sustentável, portanto, a tese, segunda a qual, em situações excepcionais, se pode deferir a indenização do dano positivo no campo da responsabilidade pré-contratual pela ruptura das tratativas.”

Tal seria possível em duas hipóteses excepcionais. A primeira delas, como salientado por Larenz, quando o contrato já estiver acordado, mas pendente de formalização especial. A segunda, quando houver uma proposta obrigatória e depois vem a romper as tratativas, tornando inviável um contrato com terceiro.

E o dano moral? Seria indenizável quando ocorrente na fase pré-contratual?

Pensamos que não há óbice para a indenização do dano moral, ainda que ocorrente na fase pré-contratual. Havendo prejuízo, ainda que de ordem extrapatrimonial, deve ser ressarcido pela parte que o causou.

Aliás, as hipóteses de violação da intimidade dos trabalhadores na fase pré-contratual são inúmeras. Basta que o empregador, ao dirigir a etapa de seleção, discrimine determinado trabalhador por ser homossexual ou negro. Tal atitude fere a dignidade da pessoa humana e deve ser repudiada pelo Judiciário ensejando a respectiva reparação.

- ◀ volta ao índice
- ▲ volta ao sumário

A ocorrência desse tipo de lesão é de tal freqüência que Sandra Lia Simon chega a afirmar que é principalmente na fase pré-contratual que o trabalhador se submete ao abuso do empregador.

#### **3.4.4 O NEXO DE CAUSALIDADE**

Não basta, entretanto, a existência de culpa e dano para o surgimento do dever de indenizar. É imperioso que entre eles haja uma relação de causa e efeito que denominamos nexo de causalidade.

Tal requisito é extraído do art. 186 do CCB, pois é estabelecido que o dever ressarcitório somente ocorrerá quando o prejuízo decorrer de ato ilícito.

Assim, para o êxito em eventual demanda envolvendo a responsabilidade pré-contratual passa, necessariamente, pela prova de que foi a retirada repentina das negociações a causadora dos prejuízos.

Realizada de modo satisfatório tal prova, ter-se-á presente o nexo causal que se constitui em elemento da responsabilidade civil.

#### **4. COMPETÊNCIA**

Qual seria a Justiça competente para apreciar o pedido de indenização por danos sofridos na fase pré-contratual de um contrato de trabalho?

Essa é a questão sobre a qual nos debruçaremos a seguir.

À primeira vista, não tendo havido contrato de trabalho em virtude da ruptura das negociações, a competência seria da justiça comum que abarca toda a matéria residual.

Contudo tal orientação deriva de uma análise açodada do assunto ora em exame e de uma visão ultrapassada do conceito de obrigação.

Nos termos da Carta Magna (art. 114), compete à Justiça do Trabalho o exame dos litígios decorrentes dos contratos de trabalho. A distribuição da competência teve como propósito criar um órgão especializado para o julgamento dos conflitos oriundos da relação obrigacional relacionados, principalmente, com o contrato de trabalho.

Dissemos que a moderna doutrina das Obrigações se pauta pelo conceito de processo. Ou seja, a partir dos ensinamentos de Clóvis do Couto e Silva, não se concebe a Obrigação como ato instantâneo. Há uma de série outros atos polarizados para o adimplemento.

Nessa perspectiva, podemos visualizar no contrato uma fase pré-contratual, uma fase de execução e uma fase pós-contratual.

Vista a obrigação trabalhista dessa forma, já se pode pensar, na fase que antecede à formação do contrato de trabalho (pré-contratual), na existência de uma eficácia contratual ditada pelo princípio da boa-fé. Isso porque as partes, quando iniciam as tratativas, têm o dever de se portar com lealdade e clareza, sendo irrelevante a sua vontade.

Não se trata, como advertiu Cappelari com base em Pontes de Miranda, de uma pré-eficácia do contrato que sequer existe. Ocorre que as partes, ainda nessa fase inicial, já estão vinculadas e sob os efeitos do princípio da boa-fé. Existe, em realidade, uma eficácia especial ou eficácia de primeiro grau<sup>10</sup>. Dita eficácia não "deriva da vontade, mas da incidência de princípios objetivos e ativos do ordenamento jurídico".

O princípio da boa-fé incide sobre a relação fazendo surgir, como asseveramos, deveres anexos sem considerar a vontade ou consciência das partes que estão em tratativas. Surgem, como advertiu Clóvis do Couto e Silva "independentemente da existência de uma regra de direito nesse sentido uma vez que constituem uma peça funcionalmente necessária de toda a solução concreta".

<sup>10</sup> ver MARTINS-COSTA, Judith, A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexos em torno de uma notícia jornalística.

- ◀ volta ao índice
- ▲ volta ao sumário

Existem, dessa maneira, efeitos jurídicos antes mesmo de ser formalizado o contrato de trabalho: trabalhador e empregador já estão vinculados por obrigações anexas ao contrato de trabalho advindas da incidência do princípio da boa-fé.

As partes durante as tratativas não ocupam posições antagônicas, mas, ao revés, tem uma vinculação jurídica de cooperação durante todas as etapas do processo contratual.

Vale a transcrição dos ensinamentos de Judith Martins-Costa:

“Diferentemente, hoje se tem como assente que, do vínculo obrigacional, defluem deveres para ambos os participantes do vínculo, à medida em que a relação obrigacional é vista como uma totalidade que se encadeia e desdobra em direção ao adimplemento, que é o seu fim, formando uma ‘cadeia de processos’ teleologicamente interligados.

‘Na base de tal concepção está a perspectiva hegeliana do termo *processus* – um suceder fases, polarizado por uma finalidade – e onde resta acentuado o caráter de relação formada pelo vínculo. (...)

O traço inovador de tal perspectiva parte do conceito do vínculo como uma ‘ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem’- vale dizer, o crédito e o débito – ‘e onde credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas’, porquanto o traço relevante para a sua conformação é ‘o fim a que se dirige o vínculo’.

Assim considerado, mesmo que o contrato de trabalho não venha a existir em virtude do rompimento das tratativas, a competência para apreciar a respectiva demanda é da justiça laboral porquanto o dano existente foi causado pelas partes do contrato de trabalho em virtude de uma obrigação já existente. Estavam, desse modo, trabalhador e empregador vinculados juridicamente, ainda na fase antecedente à formação do contrato de emprego.

Ademais, as condições que justificam as medidas de proteção do trabalhador também estão presentes na fase pré-contratual. Não é necessário apresentar dados estatísticos para se concluir que o trabalhador, antes mesmo da contratação, já se encontra em situação de inferioridade perante o empregador. O desemprego é fato notório e disso, muitas vezes, vale-se a parte mais forte causando prejuízos ao hipossuficiente.

Tal realidade justifica a incidência de normas protetivas afetas ao Direito do Trabalho e diretamente vinculadas à experiência da Justiça do Trabalho.

Sustentando a competência da Justiça obreira há renomados juslaboralistas do porte de Amauri Mascaro Nascimento que afirma:

“Pré-contratual é a fase em que o vínculo entre empregado e empregador não está constituído, como o período de testes, aquele em que o empregado está aguardando, após concluir contrato escrito para início futuro da relação de emprego, começo desta e, de modo geral, de todas as questões que podem ocorrer entre o potencial empregador e o empregado com ele compromissado, enquanto a prestação dos serviços, acertada por meio epistolar ou de qualquer outro modo válido, não tem início. É que, como mostra João Oreste Dalazem, ‘sucede, às vezes, de os futuros sujeitos de um contrato de emprego entabularem tentativas preparatórias, ou negociações preliminares, que culminam num pré-contrato, ou contrato promessa de contrato de trabalho’.

A competência para decidir essas questões é da Justiça do Trabalho ou da justiça comum? Em princípio, poder-se-ia negar competência à Justiça do Trabalho para conhecer essas lides, em especial quando se sustenta que as reparações eventualmente devidas não são de natureza trabalhista, mas fundadas no princípio da reparação de danos, mediante indenização, do direito civil, pois sem o começo da relação de emprego não há ressarcimento trabalhista, não havendo, ainda, incidência das leis trabalhistas, o que apenas ocorre quando o contrato individual de trabalho se dinamiza; silente a lei seria inviável deslocar para o Judiciário Trabalhista a competência para apreciar indenizações de natureza civil em questão. Todavia, a natureza cível das reparações não é obstáculo à atuação da

- ◀ volta ao índice
- ▲ volta ao sumário

Justiça do Trabalho, porque o direito civil é fonte subsidiária do direito do trabalho e inúmeras são suas aplicações na relação de emprego. A Justiça do Trabalho decide até mesmo questões de empreitada em que o empreiteiro seja operário ou artífice, aplicando o Código Civil. De outro lado, a necessidade de lei autorizando limita-se às hipóteses de lide derivada da relação de emprego, não sendo esse o caso, porque pré-contrato é um contrato, um contrato de trabalho, obrigando como tal e não a outro título, com o que o fundamento constitucional é o nuclear do art. 114 da Lei Magna.

No mesmo sentido, defendendo a competência da Justiça do Trabalho para as lides pré-contratuais, diz Délio Maranhão nas Instituições de Direito do Trabalho: "Consideramos perfeitamente cabível uma ação desta natureza na Justiça do Trabalho, em face do artigo 114, da Constituição que fala em 'outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho'. Dir-se-á que relação não chegou a se completar. Mas o dano se apura, na hipótese, em função de sua previsível formação e a culpa ocorre na fase preliminar de um contrato de trabalho: a controvérsia se origina, pois, de uma relação de trabalho, embora no nascedouro."

Tratando do dano moral na fase pré-contratual Alice Monteiro de Barros leciona que

"Outros, aos quais me filio, concluem pela competência da Justiça do Trabalho, também quando o dano ocorre na fase pré-contratual, ou seja, quando o empregador deixa de admitir o trabalhador por um ato que configura atentado à intimidade, como, por exemplo, alegando que ser ele homossexual, cleptomaniaco, prostituta, portador do vírus HIV, por estar a mulher grávida, por apresentar tendência genética a uma determinada doença, sempre que tais circunstâncias não tenham repercussão direta na função que vai exercer".

Dessarte, outra não pode ser a conclusão: a Justiça do Trabalho tem competência para apreciar os casos de responsabilidade pré-contratual.

### **CONCLUSÃO**

O presente trabalho não pretende esgotar o tema. Ao contrário, almeja iniciar um debate a respeito da matéria.

Examinando a literatura trabalhista, não encontramos nenhuma obra tratando especificamente da matéria. Alguns autores a abordam, de forma sucinta, incorrendo em alguns deslizes terminológicos, o que confirma a pouca divulgação que a responsabilidade pré-contratual tem nos meios jurídicos, em especial trabalhista.

De tudo o que foi tratado, resta a convicção de que o assunto ainda não é pacífico, em especial no que diz respeito à competência para apreciar o dano ocorrido na fase das tratativas. Tanto a Justiça do Trabalho quanto a Comum tem decidido acerca da matéria sem que se tenha uma preocupação em estudar mais a fundo.

Procuramos dar uma abordagem técnica ao tema demonstrando que o contrato de trabalho, assim como os demais contratos, não surgem ao acaso. Há uma série de atos antes mesmo da formação que não passam ao largo do ordenamento jurídico.

O princípio da boa-fé faz surgir deveres acessórios ao contrato que está nascendo, criando um padrão de conduta exigível das partes (trabalhador e empregador) que estão vinculadas juridicamente.

O desrespeito a essas obrigações renderão à parte lesada o direito à reparação dos prejuízos suportados como forma de manter o equilíbrio social.

### **OBRAS CONSULTADAS**

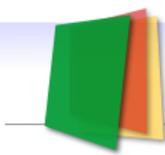
ARAÚJO, Francisco Rossal de. *A Boa-fé no contrato de emprego*. Ltr, São Paulo, 1996.

- ◀ volta ao índice
- ▲ volta ao sumário

- BARROS, Alice Monteiro de. *A proteção à intimidade do empregado*. Ltr Editora, São Paulo, 1997.
- BREBBIA, Roberto H. *Responsabilidad Precontratual*. Zavalla Editor. Buenos Aires, 1957.
- CAMINO, Carmen. *Direito Individual de Trabalho*. Editora Síntese. 2ª Edição.
- CAPPELLARI, Récio Eduardo. *Responsabilidade Pré-contratual*. Aplicabilidade ao direito brasileiro. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 1995.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*, 10ª Edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2000.
- CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. Lejus, 2ª Edição, São Paulo, 1997.
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*; [tradução Hermínio A. Carvalho]. – São Paulo: Martins Fontes, 1986.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 8ª Edição atual. de acordo com o novo código civil, São Paulo: Saraiva, 2002.
- FIUZA, César. *Direito Civil. Curso Completo*. Editora Del Rey. 2ª Edição.
- GIGLIO, Wagner D. *Direito Processual do Trabalho*, 11ª Edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2000.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. Editora Forense. 17ª Edição.
- GOMES, Orlando. *Curso de Direito do Trabalho*. Editora Forense. 14ª Edição.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Editora Martins Fontes.
- MARANHÃO, Délio. *Instituições de Direito do Trabalho*, 12ª Edição, São Paulo. Editora Ltr.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999. 544 p.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, 18ª Edição. Editora Saraiva, São Paulo, 1998.
- OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Consolidação das Leis do Trabalho Comentada*. Editora RT. 2ª Edição.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume I, 12ª Edição. Rio de Janeiro. Forense, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Civil*. Volume II, 13ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Civil*. Volume III, 13ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 1993.
- PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Renovar, Rio de Janeiro, 2001.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Vol. 4. Editora Saraiva.
- \_\_\_\_\_. *Direito Civil*. Vol. 3. 28ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Vols. I e II. Editora Forense. 17ª Edição.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito do Trabalho*. Editora Juruá. 5ª Edição.
- SANCHES, Gislene A. *Dano Moral e suas implicações no Direito do Trabalho*. Ltr Editora, São Paulo, 1997.
- SIMON, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privado do empregado*. Editora Ltr, São Paulo, 2000.

#### **ARTIGOS:**

- MACIAS, Asdear Salinas. *A cláusula geral da boa-fé objetiva no projeto de código civil brasileiro: suas conseqüências na formação e execução dos contratos*. Porto Alegre: PUC, v.22, n.22,2000.



- ◀ volta ao índice
- ▲ volta ao sumário

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *A responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum*. São Paulo: RT, 1996. 23-31 p. (Revista Direito do Consumidor n. 18).

CACHAPUZ, Maria Claudia. *Algumas notas sobre a responsabilidade pré-contratual*. Revista da Ajuris. Porto Alegre: Ajuris, v.26, n.76, 1999. Nova série.

FRADERA, Vera Jacob. *Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte*. Brasília: Senado Federal, 1997. 34. p. 169-181 p. (Revista de Informação Legislativa).

MARTINS-COSTA, Judith. *A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística*. São Paulo: RT, 1992. 140-172p. (Revista Direito do Consumidor)