

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO**

Rafael Saltz Gensas

**RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL TRABALHISTA: o rompimento  
injustificado das tratativas preliminares**

Porto Alegre  
2017

RAFAEL SALTZ GENSAS

**RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL TRABALHISTA: o rompimento  
injustificado das tratativas preliminares**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Departamento de Direito  
Econômico e do Trabalho da Faculdade de  
Direito da Universidade Federal do Rio  
Grande do Sul como requisito parcial à  
obtenção do título de Bacharel em  
Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Leandro do Amaral  
Dorneles de Dorneles

Porto Alegre  
2017

RAFAEL SALTZ GENSAS

**RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL TRABALHISTA: o rompimento  
injustificado das tratativas preliminares**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Departamento de Direito  
Econômico e do Trabalho da Faculdade de  
Direito da Universidade Federal do Rio  
Grande do Sul como requisito parcial à  
obtenção do título de Bacharel em  
Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Leandro do Amaral  
Dorneles de Dorneles

Aprovado em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2017.

Banca examinadora

---

Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

---

Profa. Dra. Sonilde Kugel Lazzarin

---

Prof. Ms. Breno Hermes Gonçalves Vargas

## **AGRADECIMENTOS**

A realização deste trabalho não seria possível sem o apoio de uma série de pessoas a quem quero agradecer.

Ao meu pai, meu maior exemplo de boa-fé e parceiro de Beira-Rio. Obrigado por sempre colocar a família em primeiro lugar e por me ensinar o que realmente vale na vida.

À Yael, meu amor, por me apoiar, motivar e me fazer feliz. Sem ti, nada seria possível.

Aos meus demais familiares, em especial minha irmã, pelo apoio nas horas necessárias e pelos bons momentos juntos.

Ao Professor Leandro, pela orientação séria, comprometida e dedicada. Agradeço, principalmente, pelas críticas construtivas.

Aos meus amigos, pelas risadas, pelas dicas e por ouvirem meus desabafos.

Aos colegas e amigos que fiz nos meus estágios no TRT, no Knijnik e no CCM, por terem me apoiado, me ensinado e me motivado a estudar.

Ao Dr. Ricardo Martins-Costa, que me apresentou ao tema deste TCC, por acreditar em mim, pela amizade e por sempre me lembrar que, por trás de cada processo, há uma pessoa.

Por fim, quero dedicar este trabalho à minha mãe, como uma homenagem pela sua brilhante carreira na Magistratura. Obrigado por ser um exemplo, por sempre me motivar a ir mais longe e pela nossa parceria.

## RESUMO

O presente trabalho aborda os fundamentos, as hipóteses e as consequências jurídicas do rompimento injustificado das tratativas preliminares, com foco no contrato de trabalho. Para realizar esse estudo, inicialmente abordamos os fundamentos da responsabilidade pré-contratual no Direito Civil. Nesse tópico, afirmamos que as partes, durante a fase negocial, devem respeitar um padrão de conduta que tenha a boa-fé objetiva como balizadora. Após, no capítulo seguinte, buscamos aplicar esses conceitos ao Direito do Trabalho e ao contrato de trabalho, discutindo casos e possíveis consequências jurídicas. Por fim, no último capítulo, analisamos como a jurisprudência do TST e a do TRT4 têm entendido a matéria, comparando com as visões doutrinárias explicitadas anteriormente. Pudemos concluir que uma possibilidade de contratação gera significativos efeitos no íntimo dos trabalhadores e de suas famílias, especialmente em períodos de crise econômica. Desse modo, as empresas, considerando a obrigação de respeitar a boa-fé objetiva, não podem gerar uma legítima expectativa de contratação no candidato e depois, injustificadamente, romper as tratativas. Trata-se também de decorrência da proibição ao *venire contra factum proprium*. Entendemos que, nessas hipóteses, atentando-se às peculiaridades do caso concreto, é cabível a condenação da empresa ao pagamento de indenização por dano moral, dano material e perda de uma chance. Além disso, em alguns casos, entendemos ser possível o reconhecimento da formação do vínculo de emprego pelo consenso negocial. Para a realização da pesquisa, foi adotado o método indutivo, partindo de premissas colhidas na doutrina, legislação e jurisprudência. Essas, ao final, foram aplicadas à hipótese de pesquisa, chegando às conclusões a respeito do tema.

**Palavras-chave:** Responsabilidade pré-contratual. Confiança. Boa-fé. Contrato de Trabalho. Negociações preliminares.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>PARTE I – RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL</b> .....	<b>9</b>
<b>1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	<b>9</b>
1.1 CONCEITUAÇÃO BÁSICA .....	9
1.2 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA.....	10
1.3 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL .....	12
<b>2 FORMAÇÃO DO CONTRATO</b> .....	<b>13</b>
2.1 CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS QUANTO AO MODO DE CONSTITUIÇÃO .....	13
2.2 A OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO.....	15
2.3 A FASE PRÉ-CONTRATUAL.....	15
2.4 DEVERES ANEXOS DE CONDUTA.....	18
<b>3 DA BOA-FÉ</b> .....	<b>20</b>
3.1 CONCEITO .....	20
3.2 BOA-FÉ SUBJETIVA E OBJETIVA.....	22
<b>4 RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL</b> .....	<b>24</b>
4.1 CONCEITO E ENQUADRAMENTO.....	24
4.2 O ROMPIMENTO INJUSTIFICADO DAS TRATATIVAS: .....	27
4.2.1 Da confiança na conclusão do negócio .....	28
4.2.2 Do venire contra factum proprium .....	31
4.2.3 Da possibilidade de execução específica .....	32
4.2.4 Da indenização por perdas e danos.....	34
<b>PARTE II - RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NO DIREITO DO TRABALHO</b> .....	<b>36</b>
<b>1 DA RELAÇÃO DE EMPREGO</b> .....	<b>36</b>
1.1 ORIGEM.....	36
1.2 DISCUSSÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DE SUA NATUREZA .....	37
1.2.1 Anticontratualistas .....	37
1.2.2 Acontratualistas.....	38
1.2.3 Contratualistas.....	38
1.2.4 Teorias ecléticas ou mistas .....	39
1.2.5 Definição quanto à natureza .....	40
1.3 CONCEITO LEGAL.....	41
1.4 CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS .....	41
1.4.1 Subordinação.....	41

1.4.2 Onerosidade.....	43
1.4.3 Pessoaalidade.....	44
1.4.4 Não eventualidade .....	46
<b>2 DO CONTRATO DE TRABALHO .....</b>	<b>47</b>
2.1 CONCEITO DE CONTRATO DE TRABALHO E DE EMPREGO .....	47
2.2 DA FORMAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO.....	49
2.3 FORMAS DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE .....	50
2.4 DAS FASES PREPARATÓRIAS.....	51
2.4.1 Da Incidência da boa-fé.....	53
2.4.2 A boa-fé no rompimento das tratativas .....	53
2.5 METODOLOGIA DE ESTUDO.....	54
2.6 DO JUSTO MOTIVO PARA O ROMPIMENTO DAS TRATATIVAS.....	55
2.6.1 Do comportamento da empresa que cause dano ao candidato .....	56
2.7 DO RESPEITO AOS DEVERES DE CONDUTA .....	57
2.8 DO ROMPIMENTO INJUSTIFICADO DAS TRATATIVAS.....	58
2.9 DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO DA EMPRESA.....	61
<b>3 DAS POSSIBILIDADES DE REPARAÇÃO .....</b>	<b>63</b>
3.1 DA FORMAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO PELO CONSENSO .....	63
3.2 DO DANO MATERIAL.....	66
3.2.1 Do dano emergente .....	66
3.2.2 Do lucro cessante.....	68
3.3 DO DANO MORAL.....	69
<b>PARTE III - Responsabilidade Pré-contratual Trabalhista na Jurisprudência ...</b>	<b>71</b>
<b>1 METODOLOGIA.....</b>	<b>71</b>
<b>2 DA CONFIANÇA .....</b>	<b>72</b>
<b>3 DO JUSTO MOTIVO PARA O ROMPIMENTO DAS TRATATIVAS.....</b>	<b>76</b>
<b>4 DO DANO MATERIAL .....</b>	<b>78</b>
<b>5 DO DANO MORAL.....</b>	<b>82</b>
<b>6 PERDA DE UMA CHANCE.....</b>	<b>86</b>
<b>7 DA FORMAÇÃO DE VÍNCULO DE EMPREGO .....</b>	<b>88</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>91</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>94</b>

## INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho é a possibilidade de responsabilização de empresas pelo rompimento injustificado de tratativas. Mais especificamente, trataremos dessa possibilidade quando da seleção para uma vaga de emprego. O que acontece quando uma empresa desenvolve uma legítima expectativa de contratação no candidato, porém, após, rompe imotivadamente as negociações?

Tal situação tem se tornado cada vez mais recorrente em nossa sociedade. Vivemos um período de crise econômica, com um número crescente de desempregados e uma diminuição significativa de postos de trabalho. Assim, uma possível oportunidade de emprego gera uma grande expectativa em um trabalhador e em sua família, a qual, muitas vezes, possui um final indesejado. No entanto, a dignidade do trabalhador é tutelada em nosso ordenamento jurídico, e as Cortes já têm reconhecido que pode haver, em alguns casos, responsabilidade patronal pelo encerramento das negociações.

Partimos da hipótese de que nosso ordenamento jurídico veda a quebra imotivada da legítima confiança de contratação, uma vez que tal atitude viola o dever de boa-fé entre as partes. Pensamos que, embora não haja contrato formalizado, os dois lados devem se respeitar, evitando medidas que violem, em especial, a dignidade do trabalhador.

O objetivo do presente trabalho é compreender os fundamentos e os exemplos de responsabilidade pré-contratual pelo rompimento imotivado das tratativas, com foco naquelas que envolvam seleção para vaga de emprego. Analisaremos suas consequências dentro de nosso ordenamento jurídico e buscaremos entender como a matéria tem sido tratada em nossas Cortes laborais. Ademais, quanto ao método de pesquisa, será adotado o indutivo, buscando-se obter conclusões sobre a responsabilidade pré-contratual trabalhista a partir de constatações mais particulares oriundas de decisões judiciais. As técnicas utilizadas serão a análise de jurisprudência, de doutrina e da legislação.

Inicialmente, refletiremos sob a perspectiva do Direito Civil. Para tal, começaremos tratando dos fundamentos e dos pressupostos básicos da responsabilidade civil. Após, analisaremos as visões acerca da existência e dos fundamentos da fase pré-contratual, bem como da incidência da boa-fé nesse período. Por fim, refletiremos sobre as consequências da violação, na fase pré-contratual, dos



deveres anexos de conduta impostos pela boa-fé. Em especial, abordaremos as consequências jurídicas no caso do rompimento imotivado das tratativas.

No capítulo seguinte, buscaremos aplicar ao Direito do Trabalho os conceitos de Direito Civil estudados. De início, buscaremos conceituar e diferenciar contrato de trabalho e relação de emprego, definindo uma linha a ser seguida quanto à natureza desta. Após, discutiremos a existência de uma fase pré-contratual no contrato de trabalho, analisando a incidência da boa-fé e dos deveres anexos de conduta sobre ela. Por fim, trataremos especificamente do rompimento injustificado das negociações para vaga de emprego, trazendo exemplos e discutindo quais as consequências jurídicas aplicáveis e seus fundamentos.

No último capítulo, iremos destacar como a jurisprudência pátria tem entendido o tema deste trabalho. Para isso, traremos acórdãos selecionados que representem a visão do TRT4 e do TST, procurando refletir e comparar a visão doutrinária exposta no primeiro e no segundo capítulos com as decisões judiciais.

## PARTE I – RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL

### 1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

#### 1.1 CONCEITUAÇÃO BÁSICA

Uma obrigação é um vínculo de conteúdo patrimonial, que se estabelece entre pessoas, colocando-as, uma em face da outra, como credora e devedora. Trata-se de uma situação na qual uma pode exigir uma prestação e a outra tem o dever de cumpri-la<sup>1</sup>.

Em uma sociedade complexa e de massas como a atual, uma obrigação pode surgir de diversas fontes, as quais, conforme Gonçalves<sup>2</sup>, se dividem em:

- a) Vontade humana: contratos, declarações unilaterais de vontade e atos ilícitos. Como exemplo, se decido comprar um carro, assino um contrato de compra e venda com a concessionária, advindo uma obrigação de pagar a qual dei origem por livre e espontânea vontade.
- b) Vontade do Estado: surgem por meio das leis, como as que instituem obrigações de pagar impostos.

Após instituída uma obrigação, a parte passa a ter o dever de adimpli-la. Entretanto, quando o cumprimento da obrigação não ocorre de forma livre e espontânea, há o inadimplemento, um ato ilícito do qual surge a responsabilidade. Quanto ao ato ilícito, Dantas<sup>3</sup> o define como "a transgressão de um dever jurídico". Assim, "a responsabilidade é, pois, a consequência jurídica do descumprimento da relação obrigacional"<sup>4</sup>, é "consequente à violação do primeiro"<sup>5</sup>. Entende-se, portanto,

---

<sup>1</sup> GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. v. 4. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 17-18.

<sup>2</sup> GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. v. 4. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 22.

<sup>3</sup> DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil: Parte Geral**. 4. tir. Rio de Janeiro: ed. Rio. p. 345 *apud* GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. v. 4. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 9.

<sup>4</sup> GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. v. 4. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 21.

<sup>5</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 2.

que a obrigação é um dever jurídico originário, enquanto a responsabilidade é um dever sucessivo, decorrente da violação do primeiro<sup>6</sup>.

Porém, para que haja responsabilidade civil do agente, nos termos acima explicados, é necessário que certos pressupostos estejam presentes. Fundamental ressaltar que há a necessidade da presença simultânea de todos os pressupostos para que se configure o dever de indenizar. São eles: uma ação ou omissão do agente; um dano experimentado pela vítima; e um nexos causal entre a ação ou omissão praticada e o dano sofrido. Cavalieri Filho divide os pressupostos em elemento formal (conduta voluntária do agente) e causal (dano e relação de causalidade)<sup>7</sup>. Já Venosa aponta que os pressupostos são a conduta antijurídica, a imputabilidade (possibilidade de imputar a conduta a alguém) e o nexos causal. Ainda, o descumprimento da obrigação deve ter causado dano a alguém<sup>8</sup>.

## 1.2 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA

Há, entretanto, outra característica da responsabilidade civil que deve ser abordada, dada a sua fundamental importância. Trata-se da distinção entre responsabilidade subjetiva e objetiva. Quando da análise dos pressupostos, Cavalieri Filho aponta a existência de mais um elemento, denominado de "subjetivo". Nada mais é do que a vontade do agente, que pode ser por culpa ou dolo. Distingue o autor que:

Tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico. (...) Enquanto que no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados. O juízo do desvalor no dolo incide sobre a conduta, ilícita desde a sua origem; na culpa, incide apenas sobre o resultado. Em suma, no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio acidental de conduta decorrente da falta de cuidado<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. v. 4. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 21.

<sup>7</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 17-18.

<sup>8</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 473.

<sup>9</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 30-31.

Assim, enquanto a culpa é um mero "descumprimento de dever de cuidado", caracterizada por uma conduta voluntária com resultado involuntário, previsão ou previsibilidade e a falta de cautela, diligência ou atenção<sup>10</sup>, o dolo se caracteriza pela "vontade conscientemente dirigida à produção de um resultado ilícito"<sup>11</sup>.

A doutrina e a legislação tratam de forma diversa os casos de responsabilidade envolvendo culpa e aqueles em que não há necessidade da presença de tal elemento. Nas situações em que há necessidade de comprovação de conduta culposa, em que "a prova da culpa passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável"<sup>12</sup>, diz-se que há responsabilidade subjetiva. Nesse sentido dispõe o art. 186 do Código Civil (CC):

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

Por outro lado, nos casos em que a ação ou omissão, o dano e o nexo de causalidade são suficientes para que haja o dever de indenizar, não sendo necessária a configuração de dolo ou culpa, trata-se de responsabilidade objetiva. Nesse sentido o parágrafo único do art. 927 do CC:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.  
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Conforme Cavalieri Filho<sup>13</sup>, o Código Civil de 1916 era subjetivista, baseando-se na culpa provada (art. 159 CC/16). Porém, o Código de 2002, embora mantenha a responsabilidade subjetiva, optou pela objetiva, tão extensas e profundas as cláusulas que a consagram, como o abuso de direito (art. 187). Assim, muito poucas hipóteses sobraram para a linha subjetivista.

---

<sup>10</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 32.

<sup>11</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 31.

<sup>12</sup> GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. v. 4. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 48.

<sup>13</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 141.

Muitos negócios jurídicos, como o de transporte e o de trabalho, implicam a existência de riscos inerentes à atividade desenvolvida. Assim, impõe-se a responsabilidade objetiva de quem dela tira proveito. Evidente que, ao reconhecer a responsabilidade, deve-se levar em conta possível conduta culposa da vítima, a natureza gratuita ou não de sua participação no evento e o fato de terem sido tomadas as necessárias cautelas (com base em critérios técnicos).

Vê-se como exemplo claro dessa situação o acidente de trabalho, pois algumas atividades, como, por exemplo, o trabalho na construção civil, inerentemente implicam risco ao trabalhador, devendo esse ser indenizado em caso de acidente, independente de culpa da empresa. Responsabilidade objetiva, pois. Entretanto, se comprovado que o trabalhador desobedeceu ordens de segurança, ou não estava utilizando os Equipamentos de Proteção Individual fornecidos, por exemplo, pode-se entender que sua conduta concorreu para a ocorrência do evento, atenuando a responsabilidade da empresa ou até, em certos casos mais extremos, reduzindo o caso a culpa exclusiva da vítima.

### 1.3 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Ainda há outra distinção que deve ser feita quanto ao tema em estudo: trata-se da divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual.

Segundo Cavalieri Filho, quando preexiste um vínculo obrigacional e o dever de indenizar decorre do inadimplemento de tal conexão, trata-se de responsabilidade contratual<sup>14</sup>. Existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida, tornando-se inadimplente a parte por descumprir o avençado<sup>15</sup>. Decorre, pois, de relação obrigacional preexistente.

Já a responsabilidade extracontratual, também chamada de aquiliana, surge em virtude de violação a direito subjetivo, sem haver relação prévia que a possibilite. Decorre do descumprimento de dever legal, e não de ajuste entre as partes<sup>16</sup>. Neste

---

<sup>14</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 15.

<sup>15</sup> GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. v. 4. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 44.

<sup>16</sup> GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. v. 4. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 44.

caso, nenhum vínculo jurídico preexiste entre o causador do dano e a vítima, quando aquele pratica o ato ilícito.

Importante destacar fundamental distinção entre os dois institutos, feita por Cavalieri Filho:

A responsabilidade contratual, antes de emergir a obrigação de indenizar, já existe uma relação jurídica previamente estabelecida pelas partes, fundada na autonomia da vontade e regida pelas regras comuns dos contratos. Na responsabilidade extracontratual inexistente qualquer liame jurídico entre o agente causador do dano e a vítima (eles são estranhos) até que o ato ilícito ponha em ação os princípios geradores da obrigação de indenizar<sup>17</sup>.

Por fim, ressalta-se que a responsabilidade contratual possui um espectro menos abrangente do que a extracontratual, pois fica limitada apenas aos elementos constantes no contrato, enquanto a segunda permite a busca por fundamentos legais diversos, podendo ainda permitir o enquadramento em um genérico "dever de não lesar ninguém" ("*Neminem Laedere*"), que, de acordo com Gonçalves, está implícito no art. 186 do Código Civil<sup>18</sup>.

## 2 FORMAÇÃO DO CONTRATO

### 2.1 CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS QUANTO AO MODO DE CONSTITUIÇÃO

Quanto à classificação dos contratos tendo por base o modo como são constituídos, é possível distinguir três categorias:

Os contratos consensuais são aqueles "para cuja constituição não se exige nada além do encontro de vontade dos contratantes", como expõe Coelho<sup>19</sup>. A generalidade dos contratos se enquadra nessa categoria, pois somente será necessário algo além do acordo de vontades nos casos especificados em lei. Ademais, a forma escrita é meramente facultativa, podendo o acordo ser entabulado de forma oral. Entretanto, a forma escrita se constitui em um importante meio de prova acerca das cláusulas e condições da contratação. Assim, nesse modelo, a formação

---

<sup>17</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 267.

<sup>18</sup> GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. v. 4. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 58; VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 471.

<sup>19</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 61.

se dá quando do consentimento, o qual Venosa define como "a adesão que uma parte dá à outra perante a oferta"<sup>20</sup>. Um exemplo é o contrato de compra e venda de bens móveis.

A segunda espécie de contratos é a dos formais, também chamados de solenes. Nessa categoria, para a formação, é necessário, além do consentimento, seguir forma predeterminada em lei. Assim, quando a forma escrita é necessária, não se admite contrato oral. São exemplos os contratos de constituição de renda e fiança. Há ainda casos em que o requisito formal é ainda mais específico, como para a compra e venda de imóveis cujo valor supere 30 salários mínimos, sendo necessária a formalidade da escritura pública<sup>21</sup>.

A última categoria é a dos contratos reais. Nesse modelo se enquadram aqueles que apenas se constituem mediante a tradição da coisa móvel, não bastando haver consenso e formalização. Segundo expõe Coelho<sup>22</sup>, "enquanto um contratante não entrega a coisa ao outro, o vínculo obrigacional não se constitui". São exemplos o contrato de mútuo e o estimatório. Nos contratos consensuais, por outro lado, a entrega do bem se insere apenas na eficácia do instrumento, como seu adimplemento, e não como condição de existência<sup>23</sup>. Em teoria, não poderia um cliente exigir do banco a entrega do dinheiro em um contrato de mútuo, pois se o bem não foi entregue, sequer há contrato. Porém, como aponta Coelho<sup>24</sup>, nas relações de consumo, tem sido deixada de lado tal rigidez formal em prol de uma valoração da manifestação de vontade. Nesse sentido o art. 48 do Código de Defesa do Consumidor (CDC)<sup>25</sup>.

Ainda, necessário destacar a ponderação de Farias e Rosenvald<sup>26</sup>, os quais afirmam que atualmente prepondera uma ideia de formação progressiva do contrato, segundo a qual, em muitos casos, não é possível precisar o exato local e momento em que ocorrem a proposta e a aceitação.

---

<sup>20</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 506.

<sup>21</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 62.

<sup>22</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 63.

<sup>23</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: contratos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 57.

<sup>24</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 63.

<sup>25</sup> Art. 48. As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos

<sup>26</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: contratos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 57.

## 2.2 A OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO

A referida lição expressa por Farias e Rosenvald acerca da formação progressiva do contrato remonta ao ensinamento destacado no direito brasileiro por Clóvis do Couto e Silva acerca das obrigações. Explica o professor que a relação obrigacional desenvolve-se como que em um processo. Tal significa sublinhar o seu dinamismo, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência. A obrigação, assim, como explica o professor, se compõe do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor<sup>27</sup>.

Desse modo, podemos entender que a relação obrigacional não se resume ao mero adimplemento da obrigação principal, ampliando-se de modo a incluir outros deveres às partes, deveres esses que se iniciam antes mesmo da formalização do negócio jurídico e esgotam-se após a finalização deste. Temos aqui, portanto, a noção de que toda relação obrigacional possui fases pré e pós-contratuais, bem como deveres anexos de conduta, os quais possuem relevância elevada dentro de nosso sistema.

## 2.3 A FASE PRÉ-CONTRATUAL

Inicialmente, trataremos de explicar em que se constitui a chamada fase pré-contratual. Segundo Farias e Rosenvald, pensando na obrigação como processo, o contrato se desenvolve em 3 fases: pré-contratual, contratual e pós-contratual. A fase pré-contratual se inicia com as negociações preliminares, indo até o acordo entre as partes (nos contratos consensuais) ou entrega da coisa (nos contratos reais). Entendem os autores que a fase prévia é o período propício para "pesquisas, reflexões, exames de dados e informações, propostas e contrapropostas, enfim, um conjunto de atos de esclarecimento de conteúdo necessário à implementação do negócio jurídico<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. **A Obrigação como Processo**. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 20.

<sup>28</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: contratos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 51.



Garcia esclarece que a fase pré-contratual compreende as negociações, a proposta e a aceitação, sendo essa última o derradeiro momento, marcando o início da fase contratual<sup>29</sup>.

Durante as tratativas, também chamadas de negociações preliminares, as partes desenvolvem contatos bilaterais, buscando um acordo contratual. Há propostas precedentes ao contrato, com as quais as partes demonstram vontade recíproca de contratar, sem obrigar-se<sup>30</sup>. As partes trocam informações, mensagens, documentos (às vezes até confidenciais), reúnem-se, despendem recursos em viagens, advogados, pesquisa, tudo de modo a avaliar o valor, a viabilidade e a qualidade do negócio que está em formação. São situações em que não há contrato, mas poderá haver<sup>31</sup>.

A fase pré-contratual pode ter início de diversas formas. Pode ocorrer quando uma parte se aproxima da outra e pergunta o preço de determinado produto, ou requer um orçamento, por exemplo. Evidentemente, hoje em dia, contrata-se muito de forma impessoal, especialmente com o desenvolvimento de meios eletrônicos de comércio. Nesse sentido, destaca Garcia que, hoje, "[a] internet e a globalização aproximam as partes do negócio, propiciando a conclusão de contratos nos quais as partes nunca conversaram pessoalmente"<sup>32</sup>.

Entretanto, mesmo em negócios quase que instantâneos, sem maiores negociações ou prolongamentos, como a compra de um refrigerante em uma lanchonete, sempre há um momento em que a parte pondera acerca da importância do negócio, se deve ou não concretizá-lo, se o preço é ou não justo, e tal fase constitui o período pré-contratual. Trata-se, por exemplo, do caso dos contratos de adesão.

Pode-se dizer com firmeza que há uma relação direta entre a complexidade do negócio em formação e a profundidade (qualitativa e quantitativa) de sua fase prévia. Em um contrato denso, com muitas cláusulas, muitos interesses em jogo, as partes dedicam maior quantidade de tempo e inclusive de dinheiro para garantir que tenham

---

<sup>29</sup> GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**. 1. ed. São Paulo: Juarez Oliveira, 2003. p. 18.

<sup>30</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. Fontes das Obrigações: Contratos. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. p. 69.

<sup>31</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. 1. ed: São Paulo, 2015. p. 384.

<sup>32</sup> GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**. 1 ed. São Paulo: Juarez Oliveira, 2003. p. 2.

grande conhecimento acerca das condições que estão sendo impostas, do objeto do contrato e de suas consequências.

Dessa forma, como visto, a fase das negociações preliminares não se adapta a um modelo idêntico em todos os contratos. Pode ser breve ou longa, pode incluir muitos gastos e investimentos, mas pode também demorar sem maiores custos, quando uma das partes deseja refletir individualmente por um tempo razoável acerca do objeto. Pode haver propostas e contra-propostas, bem como a elaboração de minutas não vinculantes, ou acertos parciais prévios acerca de cláusulas já definidas, cuja vinculação tem maior força.

Assim, pode-se ver que o período pré-contratual constitui uma fase rica e fundamental na relação jurídica entre as partes, sendo esse um dos motivos pelos quais tem sido tema cada vez mais recorrente de estudos e discussões tanto doutrinárias como jurisprudenciais.

Como pontua Garcia, apesar de não haver um vínculo obrigacional entre as partes durante as negociações, há uma situação jurídica decorrente da aproximação que ocorreu entre os possíveis futuros contratantes. E essa aproximação não é indiferente ao Direito<sup>33</sup>. No mesmo sentido se manifesta Martins-Costa ao dispor:

Ainda não há, nessa fase preliminar, relação contratual, pois as negociações preliminares configuram tratos, e ainda não contratos, nem negócios jurídicos. Porém, é preciso atenção: a fase formativa não é destituída de relevância jurídica. Aí já há a tutela do direito que impõe deveres de correção no comportamento dos negociadores<sup>34</sup>.

Uma conversa sobre negociação não pode ser considerada como uma conversa similar a qualquer outra. Isso se dá pois já há uma finalidade objetivamente verificável nos atos das partes, tendo uma natureza econômica. Trata-se de um contato qualificado, não havendo ainda uma relação obrigacional, mas sim uma relação jurídica entre as partes contraentes. Tal relação não gera uma obrigação de prestar algo a alguém, como nas contratuais. Porém, também não surge apenas com o dano, como nas extracontratuais. Tal consideração, porém, será aprofundada em momento oportuno.

---

<sup>33</sup> GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**. 1. ed. São Paulo: Juarez Oliveira, 2003. p. 2.

<sup>34</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. 1. ed: São Paulo, 2015. p. 383.

## 2.4 DEVERES ANEXOS DE CONDUTA

Voltando-se à teoria de Couto e Silva acerca do ser dinâmico da obrigação, como vimos, além de haver uma fase pré-contratual, temos como consequência que, nessa fase, surgem diversos deveres para as partes, além do principal, que é o adimplemento da obrigação. São os chamados deveres anexos.

Evidente que, na vida em sociedade, espera-se que as pessoas se abstenham de causar injustamente dano a outrem. Porém, como visto, quando duas partes estão negociando, surge entre elas uma relação mais intensa, com caráter jurídico, advindo imposições além dessa ideia básica de "*Neminem Laedere*". São deveres positivos (diferentemente da ideia de "não causar dano a outrem", que é uma imposição negativa) e se aproximam mais de deveres contratuais do que daqueles genéricos ligados à vida em sociedade<sup>35</sup>. Porém, na fase pré-contratual, esses deveres, cuja origem será posteriormente analisada, não são acessórios a outros, como ocorre na fase contratual, eis que ainda não há um dever principal de prestação.

Os deveres mais importantes que devem ser destacados são o de informação, o de lealdade e correção, o de proteção e cuidado e o de segredo ou sigilo.

Quanto ao de informação, baseia-se na ideia de que, para as partes terem a possibilidade de deliberar acerca da realização ou não de um contrato, elas devem ter acesso às informações de que necessitam para embasar sua decisão. Ocultar dados relevantes seria, portanto, ferir o dever de informação.

Parece ser uma ideia até certo ponto simples. Por exemplo, uma parte que tem consciência acerca de um ponto ensejador de nulidade ou anulabilidade em um dado contrato e não informa a outra, infringe o dever de informação, especialmente se a outra parte vem a sofrer prejuízos devido a essa vulnerabilidade. Porém, há casos mais complexos que envolvem esse tema. No caso de uma compra e venda de um carro, por exemplo, se o vendedor exagera nas virtudes do veículo, ou omite certos defeitos, a partir de que ponto tal atitude deixa de ser meramente uma forma de impulsionar a venda (portanto, legítima) e passa a ser um meio de ludibriar a outra parte, de modo a convencê-la a realizar um negócio que, se tivesse plena consciência

---

<sup>35</sup> Adaptado de PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 88.

acerca da realidade do objeto, não realizaria? Trata-se de um tópico complexo e cujo limite é difícil de ser identificado, como bem destaca Pereira<sup>36</sup>.

Resume Araújo:

Os deveres de informação e esclarecimento decorrentes do princípio da boa-fé, na formação e execução do contrato, envolvem lealdade e confiança recíprocas. Note-se que a informação deve ser contínua, desde os contatos preliminares até a celebração definitiva do contrato. No caso de dúvida de qualquer das partes, a outra deve prestar os esclarecimentos necessários<sup>37</sup>.

Como posteriormente será explicitado em capítulo próprio, no contrato de trabalho, também há uma dificuldade relevante em estabelecer os limites do dever de informação, especialmente na fase da pré-contratação, como em entrevistas para seleção de emprego.

Já o dever de lealdade e correção, por sua vez, determina que as partes somente iniciem e deem continuidade às negociações se tiverem real interesse em formar o contrato, tendo plenas condições legais e econômicas de estabelecê-lo<sup>38</sup>. Mais uma vez, tem-se um ponto sombrio, pois, em muitos casos, a parte não tem certeza se quer ou não firmar o contrato quando inicia as negociações. Muitas vezes, em verdade, a parte deseja entrar em negociações justamente para conhecer mais sobre o objeto, suas qualidades e defeitos (confiando no cumprimento do dever de informação pela outra parte), para, assim, decidir se quer ou não realizar o negócio.

O dever de proteção e cuidado impõe que, em decorrência das negociações, as partes devem cuidar, tomar precauções para evitar que sua contraparte sofra qualquer tipo de dano à sua pessoa ou ao seu patrimônio. Tal se liga a uma ideia de cooperação, em alta na doutrina e jurisprudência atual. Em contratos nos quais haja disparidade entre as partes, em que haja considerável assimetria, como naqueles relacionados ao direito do trabalho e ao direito do consumidor, tal dever de proteção se intensifica. Isso ocorre pois a hipossuficiência de um dos contraentes lhe coloca

---

<sup>36</sup> PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 90-92.

<sup>37</sup> ARAUJO, Francisco Rossal de. **A Boa-fé no Contrato de Emprego**. 1. ed. LTr: São Paulo, 1996. p. 250.

<sup>38</sup> PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 93-95.

em posição de considerável vulnerabilidade perante o outro, o qual tem o dever de não explorá-lo, de protegê-lo de possíveis danos decorrentes do negócio<sup>39</sup>.

Por fim, destaca-se o dever de segredo, também chamado de dever de sigilo. Como dito anteriormente, durante a fase das negociações, especialmente em negócios complexos, pode ocorrer a troca de informações confidenciais, desde balanços financeiros e análises de mercado até, por exemplo, fórmulas de produtos. Ao trocarem tais informações com a outra parte, os contraentes, na expectativa da realização do negócio, depositam no alter a confiança de que tais dados serão mantidos em sigilo. Se o agente divulga tais informações ou faz uso inapropriado delas, viola o dever de segredo, atentando contra a lealdade e, em muitos casos, trazendo prejuízos ao outro, os quais também violam o dever de proteção<sup>40</sup>.

Desse modo, pela análise anterior, podemos concluir que a relação obrigacional é complexa, tendo diversas fases que se conectam e que têm por fim o adimplemento. Como decorrência dessa ideia sequencial, tem-se que as relações obrigacionais possuem uma fase pré-contratual, na qual as partes negociam as condições do futuro contrato, enquanto avaliam internamente se desejam ou não concluí-lo. Para tal, dependendo da complexidade do negócio, podem ou não realizar despesas e investimentos que lhe auxiliem no processo negocial. Do mesmo modo, extrai-se da noção de obrigação como processo a existência de diversos deveres anexos de conduta, como os analisados anteriormente.

### **3 DA BOA-FÉ**

#### **3.1 CONCEITO**

Porém, entendida a existência de uma fase pré-contratual, bem como que nessa fase há deveres de conduta diferentes do dever principal de adimplemento (que se constituirá após a formalização do vínculo), é preciso compreender com maior profundidade de onde surgem esses deveres, qual a base legal e doutrinária deles.

---

<sup>39</sup> PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 95-96.

<sup>40</sup> PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 97.

Esses deveres de conduta são decorrentes da presença da boa-fé na fase pré-contratual.

O instituto jurídico da boa-fé vem obtendo cada vez mais destaque no meio jurídico, integrando doutrina, decisões judiciais, contratos e a própria legislação pátria. Vejamos o que dispõe o art. 187 do CC, por exemplo:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Do mesmo modo, a disposição do art. 422 do referido Código:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Vê-se assim que o legislador pátrio optou por positivizar a boa-fé, sendo os artigos acima apenas alguns daqueles em que o tema é tratado. Assim, valorizou-se ainda mais a sua importância.

Inicialmente, é necessário entendermos de que trata, de modo geral, o princípio da boa-fé. Nesse sentido, Venosa ensina que:

Coloquialmente, podemos afirmar que esse princípio da boa-fé se caracteriza pelo dever das partes de agir de forma correta, eticamente aceita, antes, durante e depois do contrato (...) Na análise do princípio da boa-fé dos contratantes, devem ser examinadas as condições em que o contrato foi firmado, o nível sociocultural dos contratantes, o momento histórico e econômico<sup>41</sup>.

Pereira<sup>42</sup> afirma que o conceito de boa-fé varia de acordo com a natureza da relação jurídica entre as partes, entendendo ser possível distinguir a atuação do referido instituto como elemento interpretativo, elemento de criação de deveres jurídicos (no sentido de criar deveres além dos expressos e dos que constituem o objeto principal do negócio, tal qual no caso aqui estudado) e elemento de limitação e ruptura de direitos<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 372.

<sup>42</sup> PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 71.

<sup>43</sup> Para mais informações, ver PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 79-86.

Ainda, Couto e Silva deixa clara a relação entre a boa-fé e os deveres de conduta:

A boa-fé possui múltiplas significações dentro do direito. (...) Com relação ao das obrigações, manifesta-se como máxima objetiva que determina o aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui. Endereça-se a todos os partícipes do vínculo e pode, inclusive, criar deveres para o credor, o qual tradicionalmente, era apenas considerado titular de direitos (...) O princípio da boa-fé contribui para determinar o que e o como da prestação e, ao relacionar ambos os figurantes do vínculo, fixa, também, os limites da prestação<sup>44</sup>.

### 3.2 BOA-FÉ SUBJETIVA E OBJETIVA

É possível aprofundar mais o conceito de boa-fé partindo-se da distinção feita entre o conceito de boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva.

Sobre a boa-fé subjetiva, Farias e Rosendal<sup>45</sup> afirmam não se tratar de um princípio, mas sim de um estado psicológico no qual a pessoa entende ser titular de um direito que apenas existe na aparência. São situações em que o sujeito se encontra em escusável situação de ignorância sobre a realidade dos fatos e da lesão a direito alheio.

Trata-se de "[u]m estado de ignorância sobre características da situação jurídica que se apresenta, suscetíveis de conduzir à lesão de direitos de outrem"<sup>46</sup>. Ou ainda, nas precisas palavras de Martins-Costa:

Em todas as situações, há um estado de fato, a crença legítima, de modo que a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica denotando estado de fato habitualmente concretizado no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio ou, ainda, numa crença errônea, mas justificável<sup>47</sup>.

Desse modo, vê-se que o conceito de boa-fé subjetiva privilegia um estado mental, uma crença de que se está agindo de maneira idônea. Porém, deve ser destacado que essa crença há de ser justificada ou justificável. Não pode o agente, em meio a diversos elementos que destaquem certa incorreção em sua conduta e que

<sup>44</sup> COUTO E SILVA, Clovis. **A Obrigação como Processo**. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 33-34.

<sup>45</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: contratos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 142.

<sup>46</sup> NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 132.

<sup>47</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação**. 1. ed. São Paulo, 2015. p. 262.

eram plenamente compreensíveis por ele, alegar que estava de boa-fé pois pensava que agia corretamente. A boa-fé subjetiva tem por pressuposto, pois, que o agente esteja atento aos elementos que o cercam, de modo que possíveis erros que cometa sejam escusáveis.

Como exemplo, pensemos numa compra e venda de imóveis em que a parte vendedora entende, de boa-fé, ser a legítima proprietária do imóvel. Porém, não tendo sido notificado, não sabe que há ação de usucapião sobre esse imóvel, do qual está distante, proposta por terceiro, e que pode vir a comprometer a sua propriedade sobre o bem.

Desse modo, a parte tem uma crença legítima de que possui propriedade plena e sem possibilidade de possível prejuízo ao comprador. Não tendo sido notificada da ação de usucapião, a parte tem uma escusa compreensível que justifique sua boa-fé subjetiva.

E se, porém, a parte vendedora fora notificada da ação, mas achou que não seria nada grave, que poderia resolver na conversa, e que não necessitava de um advogado para entender melhor o caso. Tinha, assim, ao vender, a convicção de que o bem continuaria sendo seu, o que, juridicamente, não é certo, dada a possibilidade de usucapião. Seria esse um erro escusável? Ou também se a parte, no caso anterior, mesmo não tendo sido notificada da ação, tinha conhecimento da realidade do imóvel, sabendo que havia terceiro ocupando sua propriedade há um número significativo de anos. Trata-se de erro escusável, o de não prever que poderia haver o ingresso com ação? Ou, ainda mais, como visto anteriormente, não havia o dever de informar para o comprador que havia essa situação de fato em torno do bem?

Assim, pode-se ver que a boa-fé subjetiva é um conceito que traz consigo certa polêmica e uma necessidade de que, caso a caso, busque-se compreender se era ou não legítima a postura da parte, a sua crença de que agia corretamente. Por isso a ideia de subjetividade. Ou, ainda mais, saber se, em certos casos, mesmo sendo legítima a crença da parte e escusável qualquer desconhecimento, se mesmo assim possível prejuízo de terceiro restará "justificado" por essa situação da parte.

Já a boa-fé objetiva, por sua vez, não traz consigo esse caráter subjetivo. Trata-se, em verdade, como sugere o nome, de uma análise objetiva acerca da conduta da parte. É uma análise da correção da conduta do indivíduo, pouco importando a sua convicção.



Trata-se da confiança adjetivada, uma crença efetiva no comportamento alheio. O princípio compreende um modelo de eticização de conduta social, verdadeiro *standar* jurídico ou regra de comportamento, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte<sup>48</sup>.

Entendem ainda Farias e Rosenvald que:

Indubitavelmente a boa-fé objetiva promove o princípio da segurança jurídica, afinal ela preserva a coerência e estabiliza expectativas nos comportamentos sociais, evidenciando o elemento moral do contrato." "Para descobrir a boa-fé no caso concreto, objetiva-se a situação – livrando-a dos aspectos subjetivos – indagando-se: qual seria a conduta confiável e leal conforme os padrões culturais incidentes no tempo e no lugar?<sup>49</sup>

Ainda, leciona Venosa que "[a] boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos"<sup>50</sup>.

Vemos, portanto, que enquanto a boa-fé subjetiva foca no íntimo do indivíduo, em suas convicções e percepções acerca da situação em análise, a boa-fé objetiva, por outro lado, atua como um "standard"<sup>51</sup> ou modelo comportamental a ser seguido pelos que pactuam atos jurídicos. Assim, na linha objetivista, não é relevante o íntimo do sujeito, mas sim as ações por ele praticadas, analisando-as para ver se são ou não justas à vista do *standard* esperado.

## 4 RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

### 4.1 CONCEITO E ENQUADRAMENTO

Como visto anteriormente, há dois ramos de responsabilidade civil: responsabilidade contratual e extracontratual. Enquanto a primeira é baseada em uma obrigação de prestar que foi descumprida, um vínculo não adimplido, a segunda tem

<sup>48</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: contratos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 142-43.

<sup>49</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: contratos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 146.

<sup>50</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 374.

<sup>51</sup> Tendo por base a lição de MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação**. 1. Ed: São Paulo, 2015. p. 263.

por fundamento o princípio do "*Neminem Laedere*", ou seja, um dever genérico de não causar dano a alguém.

Vê-se, porém, que o caso dos deveres de conduta na fase pré-contratual não se enquadra em nenhuma das fundamentações acima. Não se trata de um dever genérico de não causar dano a outrem, dado que trata de uma relação entre partes específicas e que, como visto anteriormente, estão em um contato qualificado. Do mesmo modo, não se pode dizer que é um caso de descumprimento de uma obrigação de prestar, pois na fase das negociações preliminares ainda não há vínculo obrigacional, não há contrato, as partes estão em tratativas; portanto, não se trata de responsabilidade contratual.

Entretanto, apesar de não ser possível enquadrar o caso da responsabilidade pré-contratual em nenhum dos dois modelos destacados, vê-se que nesses casos há partes determinadas, há bens jurídicos merecedores de proteção especial do sistema jurídico (um objeto de direito) e há uma regra jurídica que vincula as partes relativamente a esse objeto. Portanto, evidente que existe uma relação jurídica na fase pré-contratual. Como, porém, classificá-la<sup>52</sup>?

Segundo Pereira<sup>53</sup>, a maior parte da doutrina brasileira reconhece um caráter extracontratual na responsabilidade pré-contratual. Nesse sentido, Venosa<sup>54</sup> afirma que para aqueles que se recusam a contratar ou desistem após iniciar eficientes tratativas, a responsabilidade é aquiliana. Cavalieri Filho, por sua vez, entende se tratar de relação jurídica próxima da contratual, ainda não contratual, mas contatual, a qual pode criar direitos e obrigações<sup>55</sup>.

Garcia, a seu turno, afirma que a responsabilidade pré-contratual tem natureza extracontratual. Entende que isso ocorre porque a responsabilidade aquiliana possui uma cláusula geral ampla o bastante para englobar os danos que podem surgir na fase de negociações prévias<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 255.

<sup>53</sup> PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 245.

<sup>54</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 474.

<sup>55</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 275.

<sup>56</sup> GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**. 1 ed. São Paulo: Juarez Oliveira, 2003. p. 269-270.

Ainda, há autores que afirmam se tratar de um terceiro caso de responsabilidade, de uma categoria "*sui generis*". Assim entendem que, não podendo enquadrar as características da fase pré-contratual em nenhum dos dois modelos existentes no ordenamento, há a necessidade de ter-se uma nova classificação, uma terceira via, a qual se adapte ao caso em estudo.

Pereira<sup>57</sup> pondera que a maior crítica à ideia de uma terceira via é a de que se sairia de dois campos seguros para um terceiro, "pantanosos, em que as regras não estariam bem definidas". Mas, afirma o professor, trata-se de um argumento mais de conveniência do que jurídico, pois poupa esforços para não ter de enfrentar o novo.

Trata-se de um tema polêmico e que divide a doutrina pátria. Martins-Costa, sabiamente, disse se tratar de um enquadramento "tormentoso"<sup>58</sup>.

Parece-nos, porém, que o enquadramento em uma terceira via, "*sui generis*", é a proposta que mais se adapta às características da responsabilidade pré-contratual, ou por "*culpa in contrahendo*". O principal argumento é o da exclusão: as características das responsabilidades contratual e extracontratual diferem significativamente do caso aqui estudado, o que inviabiliza uma associação convincente. Nas palavras de Chaves, pela sua natureza, a responsabilidade pré-contratual não permite a "subordinação a um único princípio teórico"<sup>59</sup>.

Pontua Pereira que "não se deve ter receio de identificar, na fase das negociações contratuais, uma situação intermediária entre a relação contratual e a simples relação social"<sup>60</sup>.

Dado o estado de contato qualificado que existe entre as partes quando das tratativas, não se pode equiparar tais casos àqueles em que a relação entre as partes surge apenas após o dano. Do mesmo modo, não nos parece correto equiparar ao caso em que uma das partes, vinculada à outra por um contrato (no qual já houve a fase prévia de negociações e ponderações acerca da necessidade, viabilidade e produtividade do negócio), descumpra os termos livremente contratados, aos quais estava juridicamente vinculada.

---

<sup>57</sup> PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 275.

<sup>58</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Sistema e Cláusula geral**: a boa-fé objetiva no processo obrigacional. 1996. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996. p. 625.

<sup>59</sup> CHAVES, Antonio. **Responsabilidade pré-contratual**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1997. p. 140.

<sup>60</sup> PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 277.

Porém, há uma questão relevante a ser entendida: se o fundamento da responsabilidade extracontratual é o princípio do "*Neminem Laedere*", e o da contratual é o dever de cumprimento da obrigação de prestar, e, como vimos, nenhuma dessas hipóteses se enquadra nas características da responsabilidade pré-contratual, qual é o fundamento desta?

Esclarecendo essa pergunta, Pereira assenta que:

Trata-se de relação jurídica que surge no momento em que duas ou mais pessoas iniciam negociações, com vistas à formação de uma relação jurídica de natureza contratual. O seu conteúdo consiste em deveres atribuídos às partes, todos derivados do dever de agir de boa-fé (...) <sup>61</sup>.

Garcia, por sua vez, entende que “[a] responsabilidade não surge do nada. Ela decorre de um comportamento ilícito, que contraria um dever de agir. A boa-fé ingressa determinando qual o dever de agir que era esperado” <sup>62</sup>.

Nesse sentido, o que ocorre na fase pré-contratual é que as partes, ao iniciarem negociações preliminares, veem surgir para si deveres de conduta, os quais são decorrentes da boa-fé (em especial da boa-fé objetiva). Espera-se delas que ajam de acordo com esse princípio, ou seja, que cumpram os deveres.

#### 4.2 O ROMPIMENTO INJUSTIFICADO DAS TRATATIVAS:

Foi explicada anteriormente a concepção teórica da responsabilidade pré-contratual, bem como o seu fundamento, que é o do cumprimento dos deveres de conduta originados na boa-fé. Agora, porém, focar-se-á em um dos casos em que tais lições se aplicam, que é o do rompimento injustificado das tratativas, também chamadas de negociações preliminares.

De início, delimita-se o âmbito da investigação. Como dito por Farias e Rosenthal, “[a] recusa de iniciar negociações jamais será abusiva” <sup>63</sup>. Porém, caso a parte opte por iniciá-las, ingressará na fase das tratativas, a qual perdura até a formalização da proposta, que é receptícia, vinculante e deve abranger todos os

---

<sup>61</sup> PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 55.

<sup>62</sup> GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**. 1 ed. São Paulo: Juarez Oliveira, 2003. p. 262.

<sup>63</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: contratos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 53.

pontos relevantes para o contrato (diferentemente das negociações, que podem versar apenas sobre alguns), após a qual se estará em fase posterior do período pré-contratual. Portanto, o objeto de estudo deste trabalho é a fase que ocorre a partir do início das tratativas até a formalização da proposta. Para clarificar essa diferenciação, vejamos o que diz Garcia:

As negociações preliminares são atos tendentes à análise da viabilidade do contrato. A proposta, por sua vez, é a exteriorização do projeto de contrato, a manifestação de uma vontade definida em todos os seus termos, dependente apenas da concordância da parte contrária para o aperfeiçoamento do contrato<sup>64</sup>.

Assim, o que se estuda aqui é a possibilidade de advir responsabilidade pré-contratual para uma das partes por romper injustificadamente as negociações preliminares, quando ainda não houve formalização de proposta.

#### **4.2.1 Da confiança na conclusão do negócio**

Quando duas partes iniciam negociações, surge entre elas uma confiança. Como visto anteriormente, em muitas negociações as partes têm gastos, seja em viagens, exames, investigações, pesquisas, de modo a garantir que o negócio avaliado seja de fato positivo. Ao mesmo tempo, essa confiança se demonstra na troca de informações confidenciais, por exemplo, bancárias e fiscais.

As partes confiam, pois, não só que o outro não irá divulgar os documentos secretos. Confiam, sim, que o negócio será concretizado. É por esse motivo que gastam valores muitas vezes expressivos durante as negociações, pois estão na expectativa de que o negócio será concretizado, e querem, portanto, garantir que ele seja o melhor possível.

Há uma relação direta entre a complexidade do negócio e a profundidade das negociações. Na compra e venda de um refrigerante em uma lanchonete, o negócio se dá de forma quase que imediata, não há espaço para maiores negociações, o comprador conhece o produto e o preço e basta decidir se quer adquiri-lo ou não, talvez ainda tentando diminuir um pouco o preço. Trata-se de um negócio simples, com um objeto simples (o que é positivo inclusive para quem fabrica e vende o

---

<sup>64</sup> GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**. 1 ed. São Paulo: Juarez Oliveira, 2003. p. 32.

refrigerante, pois a compra e venda em massa tem de ser simples) e que não gera grande confiança nas partes (nem grande decepção no caso de não concretização, com raríssimas exceções).

Por outro lado, quando se negocia uma grande fusão ou aquisição de empresas, tem-se um negócio extremamente complexo, e as negociações deverão ser do mesmo modo. Quando uma empresa X avalia se a empresa Y vale ou não o investimento necessário para adquiri-la, ela tem de avaliar uma série de fatores: o risco, a possibilidade de lucro futuro, a situação do mercado, as autorizações governamentais, a saúde financeira, tributária e jurídica da empresa Y, dentre muitos outros. Para avaliar tais pontos, a empresa pode requisitar à vendedora as informações, baseada no dever de informação, porém para ter mais segurança, dado que não sabe se o próximo está atuando com boa-fé, pode investigar as informações por sua própria conta. Assim, pode despender com advogados, contadores, administradores, ligações, impressão de documentos e certidões, viagens, equipamentos e muito mais itens que serão necessários para ter a certeza de que o negócio é positivo. Todos esses gastos somente serão realizados porque a parte tem a confiança de que o alter está negociando por ter interesse em fechar o negócio.

Do mesmo modo, a empresa vendedora também pode ter uma expectativa de que o negócio será realizado, e para isso também despender valores significativos. Por exemplo, para ter certeza de que receberá o valor acordado, poderá realizar uma investigação acerca da saúde financeira da compradora, bem como uma investigação para ver se ela não está sofrendo significativos processos judiciais ou tem bens penhorados. Quanto mais gastos e tempo uma parte despense nas tratativas, maior a confiança que tem de que o negócio será fechado.

Assim, vemos que em negócios complexos como esse, ou até mesmo menos complexos, como a compra e venda de um imóvel ou um veículo por particulares, as partes adotam uma série de medidas, muitas delas envolvendo despesas, decorrentes da confiança que possuem de que o negócio será concretizado. Nesse sentido, esclarece Martins-Costa que “[t]oda declaração negocial, como ato de autonomia, desde que emanado por pessoa responsável é, de per se, fato gerador de confiança no alter<sup>65</sup>.

No mesmo sentido vem a lição de Garcia:

---

<sup>65</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. 1. ed: São Paulo, 2015. p. 230.

O "estar em tratativas" cria expectativas e uma confiança na parte contrária. Daí a necessidade das partes agirem com lealdade, de maneira honesta, preservando esta confiança surgida do contato negocial. (...) A boa-fé, portanto, desempenha um papel relevante na determinação do conteúdo desta relação pré-negocial. Pela amplitude do conceito, a boa-fé permite identificar qual o comportamento probó, leal, esperado no caso concreto<sup>66</sup>.

Evidente que, por mais confiança que as partes tenham despertado na outra durante as negociações, essa fase tem como característica justamente a incerteza acerca do fechamento do negócio. Isso ocorre pois, pelo princípio da autonomia privada e da vontade e da liberdade de contratar, a parte pode, enquanto não estiver vinculada pela proposta, encerrar as tratativas. Sobre o conceito de autonomia privada, esclarecedora a lição de Martins-Costa:

Traduz uma fonte de poder normativo, pelo qual se formam e são criados os negócios jurídicos, atos pelos quais os particulares exercitam sua liberdade de decisão e de escolha na regulação dos próprios interesses. (...) dar-se as próprias normas é conformado pelo direcionamento de condutas (boa-fé) e pela proteção das expectativas legitimamente suscitadas no alter, destinatário da declaração negocial, pelo ato de autonomia (proteção à confiança legitimamente gerada pelo ato de autonomia privada)<sup>67</sup>.

No mesmo sentido aponta Couto e Silva: "Entende-se a autonomia da vontade como a facultas, a possibilidade (não ilimitada) que os particulares possuem de resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo de bens e dinamizar a vida em sociedade"<sup>68</sup>.

Portanto, ainda que as negociações tenham se desenrolado por um longo período e isso tenha gerado confiança no alter, a parte ainda tem o direito de romper e não formar o contrato. Isso, evidentemente, caso não haja proposta, a qual vincula (com as exceções previstas nos arts. 427 e 428 do CC). Isso não significa, todavia, que esse rompimento das negociações encerre a questão.

Quando o rompimento das tratativas violar a confiança, a legítima expectativa desenvolvida pela outra parte de que o negócio será concluído, trata-se de ato ilícito.

---

<sup>66</sup> GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**. 1 ed. São Paulo: Juarez Oliveira, 2003. p. 62.

<sup>67</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação**. 1. ed. São Paulo, 2015. p. 229.

<sup>68</sup> COUTO E SILVA, Clovis do. **A Obrigação como Processo**. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 24.

Trata-se, segundo linha da doutrina, de abuso do direito de liberdade de contratar. Porém, apenas quando houver um "comportamento contrário à boa-fé objetiva, que deve presidir a formação da relação contratual"<sup>69</sup>, é que a ilicitude estará configurada.

#### **4.2.2 Do *venire contra factum proprium***

Outra linha entende que, ligada à boa-fé, a ilicitude da conduta decorre da proibição ao *venire contra factum proprium*. Trata-se de instituto que define o exercício de uma posição jurídica em contradição com comportamento assumido anteriormente pelo titular do direito. São dois comportamentos, lícitos (se analisados fora de contexto) e sucessivos, porém o primeiro é contrariado pelo segundo. É o caso do rompimento injustificado das tratativas, em que a parte inicia as negociações e delas participa (primeiro comportamento), para, depois, retirar-se sem justo motivo (segundo, contraditório ao primeiro). Trata-se de ato ilícito, com base nos arts. 421 e 422 do CC, que viola a boa-fé e deve ser reparado.

Pereira entende que a proibição ao *venire contra factum proprium* deve ser entendida como a base para a responsabilidade pré-contratual no caso estudado, juntamente da boa-fé e da proteção à confiança: "Tem razão essa corrente em vislumbrar na proibição do *venire contra factum proprium* o fundamento mais concreto da responsabilidade pela interrupção das negociações contratuais"<sup>70</sup>.

Importante ressaltar, porém, que havendo justa causa para o rompimento das tratativas, não será tal ato considerado como ilícito ou abusivo. É o que ocorre por exemplo quando uma das partes descobre durante as negociações que a outra estava agindo de má-fé, ou que, por exemplo, há uma nulidade ou anulabilidade no contrato. Ainda, há casos em que a parte faz uma ressalva quando do início das negociações, dizendo, por exemplo, que o negócio somente será concretizado se houver a aprovação da diretoria da empresa. Assim, negocia com o outro, mas, após tudo combinado, refere que a diretoria, ao analisar o negócio, vetou-o. Como a parte desde o início relatou que haveria necessidade dessa autorização, trata-se de justa causa para o rompimento.

---

<sup>69</sup> GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**. 1 ed. São Paulo: Juarez Oliveira, 2003. p. 272.

<sup>70</sup> PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 300.



Assim, podemos concluir que o ato da parte que rompe injustificadamente as negociações preliminares atenta contra a boa-fé, motivo pelo qual enseja a responsabilização civil pré-contratual da parte que dessa forma agiu. Resta analisar, portanto, qual a consequência prática de tal responsabilização.

#### 4.2.3 Da possibilidade de execução específica

Como dito anteriormente, a proposta é um ato vinculante, com suas exceções, motivo pelo qual, após realizada, a parte não dispõe mais de sua liberdade de contratar absoluta. Entretanto, no caso das negociações, por mais avançadas que estejam, determinar a responsabilidade da parte para arcar com os custos do interesse positivo do contrato faria com que se desconsiderasse a fase pré-contratual, tratando do tema como verdadeira infringência de dever prévio de celebração do contrato<sup>71</sup>. Nesse sentido se manifesta Garcia que “Ora, impor a realização compulsória do contrato, mesmo tendo ocorrido um comportamento reprovável da parte na fase das negociações, seria atentar contra o princípio da liberdade de contratar<sup>72</sup>.”

Deve-se fazer uma ponderação entre os princípios da liberdade de contratar e autonomia da vontade, de um lado, e da boa-fé e da proteção da confiança, de outro, analisando-se as informações relevantes do caso concreto.

Como já estudado, quanto ao modo de formação, há 3 tipos de contratos: consensuais, formais e reais. Pensando-se em hipóteses nas quais o avanço das negociações atingiu um ponto em que uma das partes já tem uma confiança muito significativa (oriunda justificadamente do comportamento da outra), seria possível, em algum desses modelos contratuais, que a formação ou vinculação ocorresse mesmo antes da formalização da proposta?

Pensando nos contratos consensuais, poder-se ia entender, como apontam Farias e Rosenvald, que “[n]em sempre é possível visualizar claramente o local e o momento em que ocorreu a proposta e onde está a aceitação<sup>73</sup>”. Desse modo, se,

---

<sup>71</sup> PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 384.

<sup>72</sup> GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**. 1 ed. São Paulo: Juarez Oliveira, 2003. p. 296.

<sup>73</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: contratos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 57.

durante as negociações, as partes chegam já a um consenso quanto a pontos relevantes do contrato, e não há indicativos de que não será firmado, pode-se entender que houve manifestação tácita de concordância quanto aos termos acordados, e que, portanto, estaria formado o vínculo. Veja-se a lição de Venosa:

A manifestação tácita decorre de atos inequívocos, indubitáveis daintenção de contratar, tornando-se desnecessária a manifestação expressa. Sob outro aspecto, concluímos que a manifestação da vontade negocial pode ser produzida por uma declaração ou comportamento declarativo, ou por intermédio de um comportamento não declarativo<sup>74</sup>.

No caso dos contratos formais, a situação é um pouco mais complexa, visto que não basta o consenso para a formação do contrato, havendo necessidade de forma especial. Porém, Garcia<sup>75</sup> entende que, nesses contratos, havendo aceite da proposta (que tem de estar bem caracterizada), mesmo que não haja posteriormente o cumprimento do requisito formal, a parte lesada pode requerer a execução específica do contrato, e não apenas perdas e danos. Justifica tal alegação afirmando que "[a]inda não existe o contrato (dependente de forma especial), mas nem por isso a proposta deixa de ter o seu efeito vinculante".

Já no caso dos contratos reais, parte significativa da doutrina também vem entendendo que, havendo consenso, poderá a parte exigir a execução do contrato, mesmo que não haja a tradição. Explica Coelho que, havendo consenso, dificilmente um banco poderia alegar que o contrato de mútuo ainda não se constituiu por depender da entrega do dinheiro. O fornecedor está vinculado por suas declarações de vontade constantes de escrito particular, recibo ou pré-contrato (nos termos do art. 48 do CDC). Nesse sentido explica o autor: "Essa desfuncionalização do conceito é resultado de novas tecnologias jurídicas que prestigiam a autenticidade da manifestação de vontade em detrimento da rigidez da forma<sup>76</sup>."

Evidentemente, dentre os casos acima, o dos contratos consensuais é o que permite maior facilidade no sentido de defender-se a formação do contrato pelas atitudes das partes, pois se pode inferir o consenso por meio de suas ações. Já no caso dos contratos solenes e reais, vê-se que o legislador buscou uma maior proteção

---

<sup>74</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 506.

<sup>75</sup> GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**. 1 ed. São Paulo: Juarez Oliveira, 2003. p. 38.

<sup>76</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 63.

quanto à formação consensual. Por esse motivo, ainda que haja possibilidade de estabelecimento do vínculo antes de cumpridas todas as formalidades específicas de cada um, entendemos que é necessária uma proposta configurada de forma mais expressa do que pelo comportamento concludente ou silêncio das partes. Entretanto, ainda assim, é de nossa opinião que essa nova linha, a qual prestigia a legitimidade das manifestações de vontade, deixando em segundo plano questões relativas à validade formal, valoriza a boa-fé, tendo por consequência um maior respeito à confiança das partes.

#### 4.2.4 Da indenização por perdas e danos

Nos casos em que não houve proposta configurada (para os contratos reais e solenes), ou que não houve consenso expresso acerca dos pontos relevantes do negócio (para os contratos consensuais), entende a doutrina, pois, que a parte prejudicada pode ingressar judicialmente pleiteando a reparação de perdas e danos sofridos. Nesse sentido, Gomes:

Mas, se um dos interessados, por sua atitude, cria para o outro a experiência de contratar, obrigando-o, inclusive, a fazer despesas para possibilitar a realização do contrato, e, depois, sem qualquer motivo, põe termo às negociações, o outro terá direito de ser ressarcido dos danos que sofreu. Eis por que tais negociações nem sempre são irrelevantes. Há, em verdade, uma responsabilidade pré-contratual. (...) Aquele que é ilaqueado em sua boa-fé, frustrado na sua fundada esperança de contratar, tem direito à reparação dos prejuízos sofridos, isto é, ao interesse contratual negativo<sup>77</sup>.

Dentre esses danos, Pereira<sup>78</sup> afirma que pode haver direito do lesado a indenização por: dano emergente, correspondendo aos gastos preparatórios, principalmente, mas também, por exemplo, o prejuízo com a imobilização de capital para ser utilizado no negócio que acabou frustrado; lucro cessante, decorrente, por exemplo, de uma outra oportunidade de negócio, a qual acabou perdida em virtude das negociações que ocorriam, ligando-se à ideia de perda de uma chance; dano moral, o qual porém deve estar bem configurado, pois não é qualquer ressentimento ou frustração por negócio não concluído que o enseja. Destaca o autor que deve haver nexos causal entre a confiança gerada/violada e a conduta do agente.

---

<sup>77</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 61.

<sup>78</sup> PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 389-402.

Nunes entende que a indenização somente deve abarcar o interesse negativo, não guardando relação com os valores que seriam obtidos caso o negócio fosse firmado. Ainda, aponta que somente será devida reparação dos valores gastos após o momento em que houve a certeza, do lado da parte lesada, de que o negócio seria concluído, e não desde o início das negociações. Tal ocorre pois apenas após haver certeza é que o comportamento alheio ofende a boa-fé<sup>79</sup>.

Um último tópico relevante de ser discutido é o da necessidade ou não de se limitar o valor de uma indenização por responsabilidade pré-contratual ao valor que a parte lucraria caso o contrato tivesse sido executado. Entende Nunes<sup>80</sup> que não deve haver limitação, pelo princípio da reparação integral. A parte não pode ser obrigada a arcar com parte do dano causado pela outra, e, como visto, o valor da indenização não se relaciona ao valor do negócio, mas sim ao do dano sofrido.

Tal posição é corroborada por Pereira<sup>81</sup>, que entende ser plenamente possível ter uma indenização em valor maior ao do negócio em casos nos quais o prejuízo ultrapasse os lucros previstos.

Portanto, tendo por base o princípio da reparação integral, entende-se que é sim possível a responsabilização da parte lesante ao pagamento de valor superior ao do negócio, caso reste comprovado prejuízo alheio correspondente.

---

<sup>79</sup> FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 883, p. 9-56, maio 2009. p. 43.

<sup>80</sup> FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 883, p. 9-56, maio 2009. p. 44.

<sup>81</sup> PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 389.

## PARTE II - RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NO DIREITO DO TRABALHO

### 1 DA RELAÇÃO DE EMPREGO

#### 1.1 ORIGEM

As questões estudadas no capítulo anterior demonstram diversas características das relações contratuais civis. Muitas delas, porém, se aplicam a contratos de outras áreas do Direito.

O foco da presente monografia é o Direito do Trabalho. Porém, para que possamos compreender a incidência da responsabilidade pré-contratual nessa área, é necessário analisar até que ponto a relação de emprego efetivamente se concretiza por meio de um contrato.

A natureza contratual da relação de emprego foi objeto de discussão da doutrina por muitos anos, havendo diversas visões relevantes. Apesar de haver um parcial consenso atualmente, trata-se de um tema relevante e profundo, o qual deve ser abordado.

Conforme Ramalho, após a Revolução Francesa, cresceu em importância a noção de que um tratamento díspar entre as partes do vínculo empregatício seria contraditório com os ideais de liberdade e igualdade que consagraram o levante. Assim, passou-se a tratar a relação de emprego como um contrato de locação de serviços ("*locatio conductio operarum*"), com natureza eminentemente obrigacional. Entendia-se, pois, "a atividade de trabalho como um bem integrativo do patrimônio do trabalhador, do qual ele pode dispor livremente no comércio jurídico"<sup>82</sup>.

Gierke, por sua vez, entendeu que a relação de emprego não tem origem no direito romano, mas sim na servidão feudal, advindo do medievo os presentes deveres recíprocos de conduta entre as partes<sup>83</sup>.

A relação de emprego moderna como a conhecemos surgiu na 1ª Revolução Industrial, como aponta Catharino<sup>84</sup>, com uma natureza predominantemente civilista.

---

<sup>82</sup> RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Estudos de Direito do Trabalho**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2003. p. 128.

<sup>83</sup> GIERKE, Otto Von. **Las raíces del contrato de servicio**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1989. p. 14-17.

<sup>84</sup> CATHARINO, José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 179.

Nesse momento, entendia-se que a situação de dependência do trabalhador era consentida por ele próprio, o que lhe conferia legitimidade.

Todavia, a partir do final do século XIX, passou a ganhar destaque uma visão mais protetiva dos trabalhadores. Entendeu-se que a noção de igualdade entre as partes estava afastada da realidade, causando graves prejuízos aos obreiros. Quebrou-se, pois, o princípio da autonomia da vontade, passando a ter destaque uma noção de liberdade protegida. Assim, com o foco em um dever recíproco de assistência e lealdade entre patrão e empregado, a linha comunitário-pessoal (também conhecida como institucionalista) valorizava a integração do trabalhador na empresa, em comunhão ao menos parcial de interesses com o patrão.

Tal linha foi duramente criticada por idealizar as relações de classes sociais, as quais não gozavam de união nem de comunhão de interesses, sendo, em verdade, conflituosas. Assim, evoluiu a doutrina para uma combinação das ideias anteriores, tratando a relação de emprego como de natureza obrigacional, porém permeada por deveres de conduta associados à ideia institucionalista, levando em conta a complexidade da posição debitória das partes.

## 1.2 DISCUSSÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DE SUA NATUREZA

Tendo por base essa evolução histórica e doutrinária, é relevante citar que 4 linhas buscaram explicar qual a natureza da relação de emprego. São elas: os anticontratualistas, os acontratualistas (ou paracontratualistas), os contratualistas e a linha eclética, também chamada de mista.

### 1.2.1 Anticontratualistas

Os anticontratualistas são costumeiramente associados aos regimes nazi-fascistas da primeira metade do século XX. Para seus defensores, a relação de emprego é exclusivamente pessoal, não tendo aspectos obrigacionais nem patrimoniais. Não há, pois, um contrato. Gierke<sup>85</sup> ressalta a existência de deveres recíprocos entre patrão e empregado, os quais lembram, em diversos aspectos, as relações de servidão da Idade Média.

---

<sup>85</sup> GIERKE, Otto Von. **Las raíces del contrato de servicio**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1989. p. 40-41.

Segundo os defensores dessa visão, os empregados deviam obediência e lealdade ao patrão, espelhando-se na relação dos cidadãos com o líder da pátria (Führer). Havendo a inclusão do trabalhador na "comunidade" empresária, no seu organismo, havendo o "fato" trabalho, há vínculo de emprego, sendo o trabalhador sujeito de direito do trabalho e devedor de obediência ao patrão<sup>86</sup>.

Segundo Genro<sup>87</sup>, a ideologia dos anticontratuálistas lembra as relações servis da Idade Média, "mascaradas com uma linguagem piegas de concepção comunitária da empresa. Tentam mascarar as relações de dominação, parecendo defender que os interesses de patrões e empregados são idênticos".

### 1.2.2 Acontratuálistas

Os acontratuálistas, por sua vez, não são diretamente contra a ideia de um contrato de emprego, mas também não afirmam a sua existência. Não negam que a relação empregatícia seja um ato jurídico bilateral, voluntário e subjetivo, porém, entendem que, havendo vontade do trabalhador de se integrar a empresa e do patrão de integrá-lo, o vínculo se forma, independente de contrato. Se os anticontratuálistas negam a influência da vontade negocial, os acontratuálistas a reconhecem como existente, porém não em uma posição central<sup>88</sup>.

Segundo Genro<sup>89</sup>, essa "simples integração do trabalhador na empresa", que é consensual, e a receptividade do empregador, que também o é, lembram a figura de um contrato.

### 1.2.3 Contratuálistas

Os contratualistas, por sua vez, entendem que a vontade das partes tem um papel essencial na formação do vínculo de emprego, o qual possui natureza contratual. Segundo Gomes<sup>90</sup>, "[o] contrato de trabalho é um negócio entre

---

<sup>86</sup> CATHARINO, José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 184.

<sup>87</sup> GENRO, Tarso. **Direito Individual do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1994. p. 91.

<sup>88</sup> CATHARINO, José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p.185-186.

<sup>89</sup> GENRO, Tarso. **Direito Individual do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1994. p. 91.

<sup>90</sup> GOMES, Orlando. **Questões de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1974. p. 94.

particulares, submetido, por conseguinte, aos princípios comuns aos contratos de Direito Privado". Catharino<sup>91</sup> explica que há uma linha contratualista radical, a qual defende a liberdade absoluta de contratar e que estaria superada, pois acarretaria, na prática, a redução da vontade do empregado. Nesse sentido, afirma que os contratos bilaterais têm de ter consentimento e os contratos com absoluta liberdade seriam basicamente impostos pelo empregador, em espécies de contrato de adesão, contendo apenas, pois, assentimento.

#### 1.2.4 Teorias ecléticas ou mistas

Dentre as teorias ecléticas ou mistas, há duas que se destacam: a teoria institucionalista impura e a teoria do contrato-realidade.

Quanto à primeira, afirma Catharino<sup>92</sup> que foi a linha seguida pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Segundo os defensores do institucionalismo impuro, a relação de emprego é predominantemente estatutária, pois entra-se na empresa por contrato, mas passa-se, após, a seguir regras da própria companhia, seus estatutos. Valoriza o direito institucional sobre o contratual, bem como o poder disciplinar do empregador.

Já a teoria do contrato-realidade, cujo grande expoente é Mario de la Cueva, defende uma visão segundo a qual o centro da relação de emprego não está na vontade das partes, mas na materialidade da relação. Havendo trabalho, há contrato. A consensualidade é expressa pela prática dos atos concretos da relação de trabalho, o que pode ocorrer, inclusive, de modo involuntário<sup>93</sup>. Desse modo, mesmo que as partes não tenham realizado qualquer estipulação contratual, em estando presentes os requisitos da relação de emprego, em especial a dependência e a subordinação, o vínculo estará formado.

Em sentido oposto, em sendo formado um vínculo contratual, porém não havendo prestação de serviços, o contrato não será perfectibilizado. Conforme explica Genro<sup>94</sup>, o que define a relação de emprego é a ligação objetiva que se estabelece na

---

<sup>91</sup> CATHARINO, José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 188.

<sup>92</sup> CATHARINO, José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 191.

<sup>93</sup> GENRO, Tarso. **Direito Individual do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1994. p. 93-95.

<sup>94</sup> GENRO, Tarso. **Direito Individual do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1994. p. 94-95.



compra e venda da força de trabalho, a partir da execução do vínculo. Em tese, portanto, é possível existir a vontade de constituição de uma relação de emprego, mas sobrevir, pela execução, uma sociedade de fato. O contrário, como vimos, não pode ocorrer.

Essa linha possui semelhanças, como se pode notar, com os acontratualistas. Catharino<sup>95</sup> destaca que a teoria do contrato-realidade pode ser associada com a noção de contratos reais, oriunda do direito civil e já examinada neste trabalho. Isso se dá pois, como visto, nas relações reais o vínculo somente é perfectibilizado após, por exemplo, a tradição do bem. Já no contrato de emprego a efetivação ocorreria apenas com a prestação de serviços. Antes disso, até pode haver contrato, mas será meramente um negócio de direito civil. Desse modo, apenas após a execução é que entra em pleno vigor a relação de emprego<sup>96</sup>.

### 1.2.5 Definição quanto à natureza

Dentre as linhas acima estudadas, filiamo-nos à ideia de que a relação de emprego é contratual. Parece-nos precisa a afirmação de Catharino, segundo o qual

[a] relação de emprego é contratual, na significação moderna, embora embebida de normatividade convergente, pró-contratual. Excepcionalmente pode surgir independente de contrato, contra a vontade do empregador, imposta por norma sindical ou pela lei formal, jamais contra a do empregado<sup>97</sup>.

Nesse sentido, definida a natureza contratual, é pertinente a definição trazida pela Professora Ramalho:

Relação de emprego é a relação não paritária (apesar da natureza privada do contrato de trabalho) que se estabelece entre o empregador e o trabalhador para cumprimento do débito negocial alargado que cada um deles assume no contrato de trabalho, por força da relevância autônoma dos elementos de inserção organizacional necessária e de personalidade e dos interesses específicos de cada uma das partes que vimos estarem subjacentes a estes dois elementos - os interesses de gestão do empregador e os interesses pessoais e familiares do trabalhador, respectivamente<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> CATHARINO, José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 191-193.

<sup>96</sup> GENRO, Tarso. **Direito Individual do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1994. p. 93-95.

<sup>97</sup> CATHARINO, José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 189.

<sup>98</sup> RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Estudos de Direito do Trabalho**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2003. p. 154.

### 1.3 CONCEITO LEGAL

Em seu art. 442, a CLT definiu o contrato de trabalho como sendo "o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego". Tal conceituação, porém, sofreu fortes críticas por parte da doutrina, por estabelecer uma correspondência entre conceitos distintos, quais sejam, o contrato de trabalho e a relação de emprego.<sup>99</sup>

De início, vemos que o legislador optou por reconhecer um caráter contratual no vínculo empregatício. Porém, Martins Catharino<sup>100</sup> afirma que a linha seguida pela Consolidação não foi a puramente contratual, mas sim a institucionalista impura, ligada a uma ideia estatutária. Para entendermos a definição legal, é necessário compreender as características que definem a relação de emprego e o contrato de trabalho, respectivamente.

### 1.4 CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS

Delgado definiu os 4 fatores que caracterizam a relação de emprego: subordinação, onerosidade, pessoalidade e não eventualidade<sup>101</sup>. Cabe, portanto, um estudo acerca dos tópicos destacados, possibilitando uma melhor compreensão acerca das características próprias do contrato de trabalho (e de emprego) e, por consequência, uma avaliação acerca da possibilidade de incidência do tema central deste estudo, a responsabilidade pré-contratual por rompimento injustificado das tratativas, na seara juslaboralista.

#### 1.4.1 Subordinação

---

<sup>99</sup> Para mais informações, ver DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 504.

<sup>100</sup> CATHARINO, José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 192-193.

<sup>101</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 504.

Quanto à subordinação, Nascimento<sup>102</sup> afirma que ela tem origem na servidão, regime oriundo do período feudal. Todavia, no período hodierno, quem se sujeita é a energia de trabalho do empregado, e não a sua própria pessoa:

Assim, trabalho subordinado é aquele no qual o trabalhador volitivamente transfere a terceiro o modo como o trabalho lhe será prestado, competindo ao favorecido a direção, o poder de organização, o poder de controle e o poder disciplinar na relação jurídica na forma do ordenamento jurídico<sup>103</sup>.

Delgado a define nos seguintes termos:

A subordinação corresponde ao polo antitético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços<sup>104</sup>.

Araújo<sup>105</sup> afirma que a relação de emprego pressupõe trabalho subordinado. Ainda, afirma o autor que a liberdade negocial das partes acaba sendo apenas parcial, pois o empregador, em virtude da subordinação, possui maior poder para estipular os ditames da relação.

Barros<sup>106</sup> afirma que a subordinação se caracteriza por uma observância a diretivas constantes e analíticas sobre o modo e o tempo em que deverá ser executada a prestação de serviços.

Cita-se ainda que há linhas que afirmam ser mais específica a subordinação. A visão subjetiva, explica Delgado, define-se por uma "dependência" do trabalhador em relação ao patrão<sup>107</sup>. Tal visão encontra-se representada no art. 3º da CLT e, segundo o autor, está superada pela doutrina:

No Direito do Trabalho a subordinação é encarada sob o prisma objetivo: ela atua sobre o modo de realização da prestação e não sobre a pessoa do

---

<sup>102</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 576.

<sup>103</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 586.

<sup>104</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 311.

<sup>105</sup> ARAUJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé no Contrato de Emprego**. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 115.

<sup>106</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 192.

<sup>107</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 311.

trabalhador. (...) não obstante essa situação de sujeição possa concretamente ocorrer, inclusive com inaceitável frequência, ela não explica, do ponto de vista sóciojurídico, o conceito e a dinâmica essencial da relação de subordinação<sup>108</sup>.

Atualmente, expõe Delgado, prepondera uma visão jurídica da subordinação.

Define o autor:

A natureza jurídica do fenômeno da subordinação é hoje, portanto, entendimento hegemônico entre os estudiosos do Direito do Trabalho. A subordinação que deriva do contrato de trabalho é de caráter jurídico, ainda que tendo por suporte defundamento originário assimetria social característica da moderna sociedade capitalista. A subordinação jurídica é o pólo reflexo e combinado do poder de direção empresarial, também de matriz jurídica<sup>109</sup>.

Porém, independente da linha a ser seguida, é certo que somente pode haver relação de emprego se estiver presente a subordinação. Desse modo, trabalhadores autônomos, dentre outros, ficam excluídos dessa relação.

#### 1.4.2 Onerosidade

A onerosidade liga-se à ideia de que a relação de emprego tem por base a existência de obrigações onerosas entre as partes. Vejamos a lição de Wilhelms:

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, denominação da contraprestação pelo trabalho, é de tal forma relevante que se constitui na principal obrigação do empregador<sup>110</sup>.

Martins exemplifica a necessidade de onerosidade para a configuração do vínculo empregatício:

O empregador recebe a prestação de serviços por parte do empregado. Em contrapartida, deve pagar um valor pelos serviços que receber daquela pessoa. Se a prestação for gratuita, como a do filho que lava o veículo do pai, não haverá a condição de empregado do primeiro. O padre não é empregado

---

<sup>108</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 311.

<sup>109</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 312.

<sup>110</sup> WILHELMS, Adriano Santos. Responsabilidade pré-contratual. **Revista eletrônica**: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações, Porto Alegre, v. 5, n. 79, p. 86-103, 2009. p. 88-89.

da Igreja, pois, apesar de estar subordinado a uma hierarquia, não recebe nenhum valor da Igreja pelo trabalho que faz<sup>111</sup>.

Delgado, por sua vez, explica a reciprocidade que define o caráter oneroso da relação de emprego:

Ao valor econômico da força de trabalho colocada à disposição do empregador deve corresponder uma contrapartida econômica em benefício obreiro, consubstanciada no conjunto salarial, isto é, o complexo de verbas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em virtude da relação empregatícia pactuada<sup>112</sup>.

O autor explica ainda que se pode entender a onerosidade sob um prisma objetivo ou subjetivo. O primeiro se caracteriza pelo pagamento ao empregado das parcelas constantes do complexo salarial, as quais têm a função de remunerar o trabalho prestado. Já na linha subjetiva, a onerosidade se manifesta pela "intenção contraprestativa, pela intenção econômica (intenção onerosa, pois) conferida pelas partes - em especial pelo prestador de serviços - ao fato da prestação de trabalho". Valoriza-se, assim, a intenção das partes<sup>113</sup>.

### 1.4.3 Pessoaalidade

A pessoaalidade na relação de emprego afigura-se como um requisito fundamental de caracterização do empregado. Deve a prestação de serviços ser pessoal, ou seja, feita apenas pelo trabalhador, infungível, de modo a configurar o vínculo empregatício. Vejamos a lição de Delgado:

É essencial à configuração da relação de emprego que a prestação do trabalho, pela pessoa natural, tenha efetivo caráter de infungibilidade, no que tange ao trabalhador. A relação jurídica pactuada - ou efetivamente cumprida - deve ser, desse modo, intuito personae com relação ao prestador de serviços, que não poderá, assim, fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços pactuados<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 17.

<sup>112</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 307.

<sup>113</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 309.

<sup>114</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 301.

Wilhelms traz definição semelhante:

O contrato de trabalho, com relação ao empregado, é constituído "intuito 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<sup>115</sup>.

Catharino, por sua vez, destaca a infungibilidade da prestação do empregado, ao afirmar que "tendo contratado com o empregador, o empregado, como já dito, assume a obrigação personalíssima de trabalhar sob as ordens do primeiro, vale dizer, infungível"<sup>116</sup>.

No mesmo sentido, Nascimento expõe que "[a] personalidade integra o conceito de relação de trabalho. Pode ser compreendida como a intransferibilidade ou infungibilidade, por iniciativa unilateral do prestador de serviços, própria dos contratos *intuito personae*"<sup>117</sup>.

Tal não significa que seja vedado ao empregado se fazer substituir em situações eventuais. Porém, como dito, as trocas não devem ser habituais, sob risco de desconfiguração a relação empregatícia<sup>118</sup>.

Delgado aponta que, como consequência do caráter personalíssimo da obrigação de prestar serviços, ela não se transmite a herdeiros e sucessores, no caso da morte do empregado. Ocorre, assim, a dissolução do vínculo. Ainda, quando o trabalhador está temporariamente impossibilitado de laborar, ocorrem as situações de suspensão e interrupção do contrato<sup>119</sup>.

Tais regras não se aplicam ao empregador, sob quem incide uma noção de despersonalização. Como aponta Godinho Delgado, mesmo que haja constante alteração subjetiva do contrato no polo empresarial, manter-se-ão as regras

---

<sup>115</sup> WILHELMS, Adriano Santos. Responsabilidade pré-contratual. **Revista eletrônica**: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações, Porto Alegre, v. 5, n. 79, p. 86-103, 2009. p. 89.

<sup>116</sup> CATHARINO, José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 162.

<sup>117</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 565-566.

<sup>118</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 301.

<sup>119</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 302.

contratuais anteriores com relação ao mesmo empregado<sup>120</sup>. Nesse sentido dispõem os arts. 10<sup>121</sup> e 448<sup>122</sup> da CLT.

#### 1.4.4 Não eventualidade

Por fim, há a necessidade de que a prestação de serviços tenha natureza não eventual. Trata-se de característica de difícil definição, afinal "[o] conceito de não eventualidade é, porém, um dos mais controvertidos do Direito do Trabalho. A dissensão apresenta-se na doutrina, na jurisprudência e nos próprios textos legais"<sup>123</sup>. Veja-se que, enquanto o art. 3º da CLT<sup>124</sup> trata de "serviços de natureza não eventual", o art. 1º da Lei Complementar 150/15<sup>125</sup>, conhecida como Lei do Trabalho Doméstico, dispõe sobre "aquele que presta serviços de forma contínua".

Primeiro, portanto, buscaremos explicar no que consiste o trabalho eventual, para, após, explicar como se configuraria uma prestação de serviços não eventual (também chamada de habitual).

O trabalho eventual, o qual é incompatível com o vínculo empregatício, é descrito por Wilhelms como sendo "aquele que ocorre ocasionalmente e não se integra nos fins da empresa"<sup>126</sup>. Catharino, por sua vez, explica que "eventual é o trabalho do qual determinada empresa não necessita normal e permanentemente (de modo contínuo ou intermitente)"<sup>127</sup>.

Nascimento explica que:

---

<sup>120</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 302.

<sup>121</sup> CLT, Art. 10. Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

<sup>122</sup> CLT, Art. 448. A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

<sup>123</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 303.

<sup>124</sup> CLT, Art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário

<sup>125</sup> Lei Complementar n. 150/2015, Art. 1º. Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana, aplica-se o disposto nesta Lei.

<sup>126</sup> WILHELMS, Adriano Santos. Responsabilidade pré-contratual. **Revista eletrônica**: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações, Porto Alegre, v. 5, n. 79, p. 86-103, 2009. p. 89.

<sup>127</sup> CATHARINO, José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 158.

No trabalho eventual não há uma inserção continuada do prestador na organização para a qual o serviço prestado, nem a inerência desse trabalho aos fins principais da atividade econômica da empresa, dada a singularidade do opus ou resultado, em cujo cumprimento se exaure o contrato. Por esse mesmo motivo é que não pode ser beneficiado com os mesmos direitos previstos para o empregado, sendo essa a principal causa da marginalização do eventual e da falta de proteção jurídica que deveria receber, pautada em critérios próprios<sup>128</sup>.

Assim, por oposição, podemos entender que a não eventualidade estará presente quando o serviço for prestado de modo habitual e se integrar nos fins da empresa. A habitualidade pode ser demonstrada pela necessidade normal e permanente da atividade. Seguindo essa visão, Wilhelms entende que "[a] existência do contrato de trabalho pressupõe uma prestação contínua, que se insira na atividade-fim da empresa"<sup>129</sup>.

Por fim, Delgado apresenta conceito que se mostra pertinente para definir a não eventualidade:

A ideia de permanência atua no Direito do Trabalho em duas dimensões principais: de um lado, na duração do contrato empregatício, que tende a ser incentivada ao máximo pelas normas justralhistas. (...) De outro lado, a ideia de permanência vigora no Direito do Trabalho no próprio instante da configuração do tipo legal da relação empregatícia. Através do elemento fático-jurídico da não eventualidade, o ramo justralhista esclarece que a noção de permanência também é relevante à formação sociojurídica da categoria básica que responde por sua origem e desenvolvimento (a relação de emprego).

Nesse sentido, para que haja relação empregatícia é necessário que o trabalho prestado tenha caráter de permanência (ainda que por um curto período determinado), não se qualificando como trabalho esporádico<sup>130</sup>.

## 2 DO CONTRATO DE TRABALHO

### 2.1 CONCEITO DE CONTRATO DE TRABALHO E DE EMPREGO

Abordando o conceito de contrato de trabalho e de emprego, a doutrina oferece definições mais aprofundadas do que a CLT. Inicialmente, cabe distinguir entre

<sup>128</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 594.

<sup>129</sup> WILHELMS, Adriano Santos. Responsabilidade pré-contratual. **Revista eletrônica**: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações, Porto Alegre, v. 5, n. 79, p. 86-103, 2009. p. 89.

<sup>130</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 303.



ambos: é possível afirmar que o primeiro é um gênero do qual o segundo é espécie<sup>131</sup>. Assim, pode haver vínculo de trabalho pela prestação de serviços eventuais, gratuitos, religiosos, de estágio, de emprego, dentre outras.

Na definição dos conceitos de contrato de trabalho e de emprego, muitos autores valem-se de uma visão *lato sensu*, sem distinguir entre ambos. Neste trabalho, utilizaremos a expressão “contrato de trabalho” nesse sentido abrangente.

Delgado constrói sua definição a partir dos elementos da relação empregatícia. Explica o autor que

[c]ontrato de trabalho é o negócio jurídico expresso ou tácito mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a uma prestação pessoal, não eventual, subordinada e onerosa de serviços<sup>132</sup>.

Maranhão, por sua vez, afirma:

Contrato de emprego é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado) se obriga mediante o pagamento de uma contraprestação (salário) a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), a quem fica juridicamente subordinada<sup>133</sup>.

Já Barros atesta que

[o] contrato de trabalho é o acordo expresso (escrito ou verbal) ou tácito firmado entre uma pessoa física (empregado) e outra pessoa física, jurídica ou entidade (empregador), por meio do qual o primeiro se compromete a executar, pessoalmente, em favor do segundo um serviço de natureza não-eventual, mediante salário e subordinação jurídica. Sua nota típica é a subordinação jurídica<sup>134</sup>.

Rodriguez<sup>135</sup> atribui a variedade de conceitos à busca dos autores por incluir na definição os elementos distintivos do vínculo trabalhista e cobrir alternativas que podem se apresentar. Assim, “[c]onforme se tenha seguido uma ou outra técnica, se

<sup>131</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 565.

<sup>132</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 504.

<sup>133</sup> MARANHÃO, Délio. **Instituições de Direito do Trabalho**. 2.ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1961. p. 278-279.

<sup>134</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 185.

<sup>135</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. **Curso de direito do trabalho**. Trad. João da Silva Passos. São Paulo: LTr, 1982. p. 17.

tenha julgado necessário incorporar tais ou quais notas peculiares, se tenha entendido útil incluir determinadas previsões, resultará uma definição diferente".

Por fim, o autor define o contrato de trabalho como "[a]quele pelo qual uma pessoa se obriga a prestar uma atividade em proveito e sob a direção de outra pessoa, a qual, por sua vez se obriga a retribuir-lhe"<sup>136</sup>.

Parece-nos ainda relevante destacar a definição feita por Genro, a qual conta com um viés ideológico expresso, afirmando que o contrato reproduz, no plano individual, a luta constante entre capital e trabalho:

O contrato de trabalho é a convenção necessária, pela qual uma ou mais pessoas são obrigadas, mediante a venda da força de trabalho de forma subordinada, a prestar serviços não eventuais, reproduzindo, na relação individual, a dominação global do capital sobre o trabalho<sup>137</sup>.

Ademais, o contrato de trabalho possui características próprias que o distinguem dos demais. Nesse sentido, afirma Nascimento<sup>138</sup> que "[o] contrato, nas relações de trabalho, adaptou-se às características próprias para as quais foi aplicado no âmbito trabalhista".

## 2.2 DA FORMAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Como visto anteriormente, os contratos podem ser classificados, quanto à sua formação, em consensuais, formais e reais. Nesse sentido, conforme dispõe Camino, o contrato de trabalho se enquadra na primeira opção, bastando a oferta e a aceitação para sua formação: "O consenso obriga e pode ser demonstrado pelas atitudes ostensivas do prestador de trabalho e do tomador, no plano da realidade fática. Basta a oferta e a aceitação do trabalho para termos como celebrado o contrato"<sup>139</sup>.

Desse modo, em havendo uma proposta por parte do empregador e a aceitação por parte do empregado, estará constituído o vínculo. Porém, discutiremos ainda a partir de que momento essa relação atinge eficácia plena.

---

<sup>136</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. **Curso de direito do trabalho**. Trad. João da Silva Passos. São Paulo: LTr, 1982. p. 17.

<sup>137</sup> GENRO, Tarso. **Direito Individual do Trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 1994. p. 97.

<sup>138</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 568.

<sup>139</sup> CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 4.ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 252.

A CLT dispõe em seu art. 443<sup>140</sup> que o ajuste pode ocorrer de forma tácita ou expressa, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado. Veja-se que, quanto ao prazo, por exemplo, não se trata de uma faculdade das partes, pois são limitadas as hipóteses em que é permitido estipular termo ao contrato (como no caso do contrato de experiência).

### 2.3 FORMAS DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE

Rossal<sup>141</sup> afirma que a manifestação de vontade deve ser exteriorizada e refletida na conduta para ser relevante ao Direito. Explica o autor que a manifestação expressa se dá através de meios sensíveis ao uso comum, sem dispensar certa atividade interpretativa. Deve, pois, ser analisada dentro do seu contexto. A vontade tácita, por sua vez, resulta de certos atos ou comportamentos, utilizando-se dedução e razoabilidade.

Delgado, por sua vez, afirma que a manifestação expressa da vontade ocorre mediante declarações inequívocas e transparentes da intenção empregatícia dos sujeitos contratuais. Já a versão tácita se dá quando não há transparência na manifestação, a qual se concretiza pela prática de atos que indiquem a vontade de chegar a um acordo<sup>142</sup>.

Como estudado no capítulo anterior, no caso dos contratos consensuais, se houver comportamento de ambas as partes que indique o acordo de vontades quanto aos pontos principais do contrato, ainda que não haja manifestação expressa, poder-se-á considerar formado o vínculo. Considerando que, como vimos, o contrato de trabalho tem natureza consensual, então podemos afirmar que tal possibilidade de formação tácita se aplica também a ele.

Quanto à manifestação expressa, trata-se de tema menos polêmico, afinal, havendo clara e inequívoca expressão de ambas as partes no sentido de concordância quanto aos termos do contrato de trabalho, estará ele formado.

---

<sup>140</sup> CLT, Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

<sup>141</sup> ARAUJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé no Contrato de Emprego**. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 204.

<sup>142</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 587.

Dispensa-se assim, regra geral, a necessidade de adotar-se modelo predeterminado, valorizando a informalidade e a primazia da realidade. Nesse sentido dispõe Delgado:

O Direito do Trabalho admite, regra geral, a celebração expressa ou tácita da pactuação empregatícia (*caput* dos arts. 442 e 443 da CLT). Aqui o ramo justrabalhista segue a tendência geral do Direito Comum, em que a formalidade é requisito *excepcional* no tocante à manifestação de vontade das partes contratantes (art. 129, CC/1916, art. 107, CC/2002). Na verdade, o Direito do Trabalho aprofunda essa tendência civilista, colocando a exigência de enunciado expresso do contrato como rara exceção na órbita justrabalhista<sup>143</sup>.

São poucos os casos em que é necessário expressar a vontade por meio de modelo escrito. São os contratos formais, como estudado no primeiro capítulo. Tal se dá, por exemplo, com o contrato de aprendizagem<sup>144</sup> e com o contrato de trabalho temporário<sup>145</sup>. Já o contrato verbal, dotado de maior informalidade, pode ser formado tácita ou expressamente, adaptando-se às peculiaridades do caso concreto<sup>146</sup>.

## 2.4 DAS FASES PREPARATÓRIAS

A fase inicial da formação do contrato se dá com a aproximação das partes. Tal pode se dar pela intenção do empregador de buscar um novo funcionário e a vontade do trabalhador de buscar um novo emprego. Pode haver um anúncio de vagas, ou o convite para entrevistas, ou a abertura de um concurso, por exemplo. Dentro dos limites da boa-fé, o empregador pode dispor de diversos meios para selecionar o profissional mais apto. Os dois lados, então, discutirão (no plano ideal) as condições de um possível contrato, com o objetivo de harmonizar suas vontades. Essa é a fase das tratativas, a qual também podemos referir como de negociações prévias.

---

<sup>143</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 588.

<sup>144</sup> CLT, Art. 428 Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação

<sup>145</sup> Lei n. 6.019/1974, Art. 11. O contrato de trabalho celebrado entre empresa de trabalho temporário e cada um dos assalariados colocados à disposição de uma empresa tomadora ou cliente será, obrigatoriamente, escrito e dele deverão constar, expressamente, os direitos conferidos aos trabalhadores por esta Lei.

<sup>146</sup> Nesse sentido, dispõe o art. 443 da CLT: “O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado”.

Após, ocorre a proposta, chamada por Delgado de policitação. Nela, o policitante apresenta os parâmetros básicos para a formação de um contrato de seu interesse, buscando a manifestação de vontade da outra parte no mesmo sentido<sup>147</sup>. Podemos entender a proposta como uma fase seguinte, em que já há certeza quanto às condições do contrato, cabendo à parte que a recebeu aceitar ou não as condições ofertadas.

Pode haver ainda outras condições necessárias para a formação do vínculo. Um exemplo é o da categoria dos motoristas profissionais, os quais devem passar por exame médico específico antes da contratação<sup>148</sup>. Nesse sentido dispõe o art. 168, §6º da CLT.

Assim, em havendo acordo quanto à proposta e cumprimento das condições estabelecidas, o contrato estará formado. Veja-se que essa é uma projeção ideal da formação do vínculo de emprego. Na prática, como se sabe, grande parte dos contratos são formados por adesão, ou seja, o empregador apresenta um modelo de contrato e o trabalhador tem apenas a opção de aceitar ou rejeitar, sem poder para negociar as cláusulas. A própria opção de rejeitar a proposta, em muitos casos, é apenas ideal, afinal o cidadão tem necessidade do salário para sua própria subsistência e, por isso, muitas vezes submete-se ao que for ofertado.

Araújo<sup>149</sup>, por sua vez, entende que a fase de formação do contrato deve ser vista como um processo que busca ao acordo de vontades, aplicando à seara trabalhista a ideia de obrigação como processo trazida por Clóvis do Couto e Silva.

Nas diversas fases que envolvem a formação do contrato de trabalho, deve ser levado em conta que há clara disparidade entre as partes. Dorneles e Oliveira<sup>150</sup> afirmam que há vulnerabilidade negocial, ou seja, quando da discussão acerca dos termos do contrato de emprego (isso quando há discussão), o trabalhador encontra-se em clara posição vulnerável, tendo que acatar as imposições patronais pois tem necessidade de ser contratado, enquanto a empresa, muitas vezes, tem dezenas de candidatos querendo aquela vaga.

---

<sup>147</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 1119.

<sup>148</sup> CLT, Art. 168, §6º. Serão exigidos exames toxicológicos, previamente à admissão e por ocasião do desligamento, quando se tratar de motorista profissional, assegurados o direito à contraprova em caso de resultado positivo e a confidencialidade dos resultados dos respectivos exames.

<sup>149</sup> ARAUJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé no Contrato de Emprego**. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 236.

<sup>150</sup> DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de; OLIVEIRA, Cinthia Machado de. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 27-33.

Esse período anterior à formação do contrato, com as fases aqui expostas, é, pois, a fase pré-contratual trabalhista. Estão incluídas nessa fase a aproximação, as tratativas e a proposta, encerrando-se com a aceitação.

#### **2.4.1 Da Incidência da boa-fé**

No capítulo anterior, vimos que, na fase pré-contratual civil, há a incidência da boa-fé objetiva, a qual atua como balizadora de condutas. A relação de emprego possui características que permitem classificá-la como contratual, ou seja, aplicam-se a ela as disposições gerais oriundas do direito contratual civil, atentando-se às peculiaridades juslaboralistas.

Desse modo, tal qual ocorre nos contratos civis, podemos afirmar que há uma fase pré-contratual no contrato de trabalho e que, nela, há a incidência da boa-fé objetiva, a qual estipula deveres de comportamento para as partes.

#### **2.4.2 A boa-fé no rompimento das tratativas**

Dentre as diversas situações que podem ocorrer na fase pré-contratual do contrato de trabalho, uma em especial é o foco deste estudo. Trata-se do rompimento injustificado das tratativas. São as situações em que há um período de negociações entre as partes, seja por meio de um processo seletivo, seja por um contato direto entre empregador (ou seu representante) e o potencial empregado, discutindo cláusulas do que viria a ser o contrato.

O que ocorre, pois, nesse momento da relação jurídica? Temos de um lado um empregador que, estando de boa-fé, vê naquela pessoa alguém que possa cumprir com as tarefas necessárias para o funcionamento e progresso da empresa, sendo a remuneração paga inferior ao lucro que terá a empresa em decorrência da prestação de serviços que receberá. Ainda, sabe o empregador que terá o direito de dispor acerca das atividades que o potencial empregado praticará na empresa (*jus variandi*, dentro dos limites da condição pessoal do empregado, da lei e das cláusulas contratadas<sup>151</sup>) e que, em caso de insatisfação, poderá despedi-lo e contratar outro dos muitos que precisam de emprego nos dias atuais.

---

<sup>151</sup> Nesse sentido, exemplificativamente, os arts. 468 e 469 da CLT.

No outro polo, temos um trabalhador que, se está desempregado, busca com urgência uma nova colocação, dado o caráter alimentar do salário a que visa. Assim, tem uma condição negocial de extrema vulnerabilidade, pois, como visto, submete-se por sua necessidade. Se está em outro emprego, vê uma possibilidade de melhoria de sua condição e, da mesma forma, cria uma forte expectativa.

O que acontece, portanto, quando o candidato, com base na conduta do empregador, cria uma legítima expectativa de que será contratado para a vaga? E se ele se demite do emprego onde estava porque tem convicção de que a nova empresa irá lhe contratar? Ou, ainda mais, se a empresa lhe disse que será contratado? Se tudo isso ocorre e, ao fim, o empregador lhe diz, com ou sem pedido de desculpas, que "a vaga fechou", ou que "outra pessoa foi contratada para aquele posto"? Temos aqui, sob o prisma da boa-fé, um caso de responsabilidade pré-contratual da empresa?

## 2.5 METODOLOGIA DE ESTUDO

Para responder a essas perguntas, temos de nos socorrer das informações do primeiro capítulo deste estudo. Como vimos, a responsabilidade civil na fase pré-contratual tem como fundamento a boa-fé e os deveres anexos de conduta que dela decorrem. Assim, se uma das partes da negociação infringe tais deveres, poderá ser condenada a reparar os danos sofridos pelo alter.

Portanto, para saber se a não contratação de um empregado constitui ou não caso de incidência dessa previsão, temos de entender uma série de questões relevantes: como se deu a negociação; se as partes cumpriram com seus deveres anexos de conduta; se houve justo motivo para o rompimento das tratativas; se houve danos decorrentes de ato ilícito; e, por fim, se houve a formação do contrato pelo consentimento.

Para buscar responder a esses questionamentos, realizaremos a seguinte análise: inicialmente, buscaremos destacar o que configura um justo motivo que permita, sem violar a boa-fé, o rompimento das tratativas. Traremos, ainda, exemplos legais e hipotéticos de casos em que a conduta de encerrar as negociações prévias não viole direitos das partes.

Na sequência, buscaremos desenvolver uma narrativa que exemplifique o processo ordinário de contratação de empregados. Nesse caso, iremos identificar

situações nas quais a empresa esteja gerando, no candidato, a expectativa de contratação, a qual, em oposição ao tópico anterior, será interrompida sem justo motivo.

Após demonstrar a situação em que haja rompimento injustificado das tratativas, analisando-o, iremos dispor acerca das possíveis consequências de tal ato dentro de nosso ordenamento jurídico. Atentaremos para a possibilidade de execução específica do contrato, bem como para a viabilidade da reparação dos danos materiais e morais sofridos. No capítulo seguinte, analisaremos como a jurisprudência do TRT4 e do TST têm abordado o tema aqui estudado.

## 2.6 DO JUSTO MOTIVO PARA O ROMPIMENTO DAS TRATATIVAS

Para avaliarmos a possibilidade de responsabilização da empresa, temos de identificar situações em que haja violação do princípio da boa-fé objetiva, pois, como vimos, tal é o fundamento para a reparação civil na fase pré-contratual. Assim, de início, é fundamental explicar o que se entende por rompimento injustificado das tratativas.

Para que ocorra tal situação, não pode haver um justo motivo que enseje o término das negociações sem a contratação do candidato. Esse justo motivo, como anteriormente referido, deve ser de tal modo significativo que impeça a formação do vínculo, ou que justifique a opção por outro candidato.

Conforme Cavalieri Filho, para o rompimento das tratativas ocorrer de modo justificado, deve haver fundamento que respeite os deveres de lealdade, de transparência, de informação e de cooperação, que regem todos os atos negociais, mesmo os decorrentes de contato social<sup>152</sup>.

Pensemos na seguinte situação: dois candidatos avançam até a última fase de um processo seletivo para contratação na empresa X. O procedimento foi regado por edital prévio e seguiu fielmente seus ditames. Ambos os candidatos, evidentemente, possuem plena expectativa de que conseguirão a vaga, pois já passaram com sucesso por diversas etapas. Porém, têm plena consciência, ainda que busquem não pensar sobre isso, de que há a real possibilidade de não serem contratados caso não obtenham o melhor desempenho na última fase.

---

<sup>152</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 276.



Assim, ocorre a derradeira etapa e o candidato A é aprovado, encerrando-se as negociações com o candidato B (considera-se que o procedimento ocorreu de boa-fé, podendo haver inclusive recurso das partes). Ora, o rompimento das tratativas com o candidato B será natural e plenamente justificado, haverá um justo motivo, afinal seguiu-se o procedimento previamente informado e o candidato tinha a informação de que não possuía direito à vaga, apenas o teria se alcançasse o melhor resultado. Sua expectativa, pois, não deriva do comportamento da empresa, a qual, de boa-fé, rompeu a negociação de forma lícita e, *a priori*, não terá responsabilidade perante os gastos do candidato.

Pensemos, pois, em outra situação, a qual não envolve editais e realização de provas. Uma empresa de transporte deseja contratar um motorista de ônibus para realizar viagens intermunicipais de passageiros. Para isso, anuncia a vaga no mercado e esclarece que os candidatos devem possuir habilitação específica para tal meio de transporte. O candidato C se apresenta e afirma possuir o documento, além de ter experiência no cargo. A empresa se interessa, e ele é incluído de forma mais ativa na seleção. Faz entrevista com o setor de RH, recebe informações acerca da jornada de trabalho e da remuneração e fica no aguardo da sequência das tratativas.

A empresa, de forma lícita, busca se informar acerca do candidato. Observando as referências que ele mesmo informou como sendo de locais onde já trabalhara, entra em contato e descobre se tratar de uma mentira, pois nunca havia laborado nos locais indicados. Busca informações com o órgão público que emite as habilitações e descobre que o candidato não possui a permissão que afirmara ter.

Há, aqui, portanto, um justo motivo plenamente configurado para a não contratação do candidato. De início, faltou com seu dever de informação, pois mentiu sobre dados fundamentais. Violou diretamente o dever de boa-fé, o qual incide tanto sobre a empresa quanto sobre o candidato. Ademais, a falta da habilitação necessária torna juridicamente inviável a sua contratação, pois não pode desempenhar o cargo para o qual buscava ser contratado. Desse modo, nesse caso, afirmamos que a empresa possui justo motivo para o rompimento das tratativas.

### **2.6.1 Do comportamento da empresa que cause dano ao candidato**

Evidentemente, a existência de justo motivo para o rompimento das tratativas não exime a empresa de outras responsabilidades que possam advir de seu próprio

comportamento. Um exemplo se dá quando a companhia, já ciente da falsa habilitação do candidato e de que não irá contratá-lo, o faz passar por mais fases, tendo, por exemplo, de viajar e gastar valores no processo seletivo. Ou quando o humilha, ou divulga fato que não seria de interesse público apenas para constrangê-lo. A boa-fé, afinal, deve estar presente de ambos os lados do negócio.

## 2.7 DO RESPEITO AOS DEVERES DE CONDUTA

A empresa deve manter um comportamento adequado à boa-fé durante o processo seletivo, em especial por estar tratando com pessoas, famílias que possuem sentimentos e necessidades. Disso decorrem deveres anexos de conduta, tais quais o dever de informação, o de lealdade, o de proteção e cuidado e o de segredo. Nesse sentido dispõe Araújo:

Na celebração de um contrato, as partes devem respeitar os valores jurídicos fundamentais representados pela boa-fé. (...) Por questões valorativas, no campo da política social, o ordenamento jurídico oferece toda série de proteções à formação do vínculo laboral. (...) Exigem-se das partes a conduta leal e a confiança recíproca no sentido da realização do contrato de emprego<sup>153</sup>.

Seguindo as disposições do autor, vemos como exemplos concretos do respeito aos referidos deveres: informar o candidato sobre a real intenção da empresa, as condições de trabalho, salário, possibilidades de crescimento na carreira, sobre a viabilidade da celebração do contrato e os obstáculos a ele previsíveis<sup>154</sup> (dever de informação); evitar de entrar em negociações se não houver real interesse na contratação, ou, ao menos, real interesse em conhecer mais sobre o candidato, e não apenas criar uma expectativa alheia sem fundamento (dever de lealdade); não causar danos aos empregados e candidatos, ou ao menos buscar de todas as formas evitar que tais situações ocorram (dever de proteção e cuidado); respeitar as informações confidenciais fornecidas pelo candidato, cuja recíproca também deverá ocorrer (dever de segredo).

---

<sup>153</sup> ARAUJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé no Contrato de Emprego**. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 240.

<sup>154</sup> PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 110.

Tais deveres decorrem não apenas do princípio da boa-fé objetiva, mas também da função social do contrato. Nesse sentido dispõe Venosa que “[a] questão da boa-fé atine mais propriamente à interpretação dos contratos e não se desvincula do exame da função social”<sup>155</sup>.

Desse modo, as empresas têm de respeitar seus deveres de conduta quando estão em tratativas com um possível futuro empregado. Devem respeitar seus direitos de personalidade e tutelar a confiança que, por sua própria conduta, geram nele. Assim, temos a consciência do que pode vir a ser o justo motivo para romper as tratativas, com alguns exemplos. Porém, vejamos o que pode ocorrer quando não se tem uma razão justa para encerrar as negociações.

## 2.8 DO ROMPIMENTO INJUSTIFICADO DAS TRATATIVAS

Em períodos de crise econômica como a que vivemos atualmente, há muitos postos de trabalho sendo fechados e poucos sendo abertos. Assim, há um número cada vez maior de desempregados, ao mesmo tempo em que muitas pessoas empregadas sofrem com o gradual esvaziamento dos seus direitos.

Desse modo, muitos trabalhadores estão sem emprego e buscando quase que desesperadamente uma nova posição no mercado. Simultaneamente, aqueles com emprego estão intensamente à procura de outro melhor ou com perspectivas mais resplandecentes.

Como sabemos, a necessidade influi diretamente sobre os sentimentos das pessoas. Portanto, um ponto que temos de considerar é que, para uma pessoa em estado de dificuldade com sua própria subsistência, qualquer possibilidade que se abre gerará grande expectativa, mesmo que não decorra de mensagem clara e direta da empresa. Assim, na hora de avaliar a confiança gerada, há de se levar em conta até que ponto o sentimento derivou da conduta da outra parte ou da própria interpretação e necessidade do trabalhador. Nesse sentido, veja-se o que dispõe Coelho:

Atualmente, uma proposta de emprego gera, em regra, expectativas em um sem número de trabalhadores, jovens ou mais experientes, alijados do

---

<sup>155</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 372.

mercado de trabalho e que vêm em cada oportunidade uma chance de retomar a dignidade ou simplesmente poder se sustentar e a sua família, seja dignamente, seja minimamente, no caso de emprego com o injusto e indigno salário mínimo nacional.

A oportunidade, mesmo tênue, gera movimentação em todos os familiares que indicam a proposta ou a vaga ao desempregado, não raro adquirem-se roupas, maquiagem no caso das mulheres, eis que a aparência no momento da entrevista é fator relevante no mercado de trabalho, ainda o candidato faz despesas com transporte e alimentação fora de casa.

Cada fase de seleção, seja envio de curriculum e aguardo de resposta, testes, participação em dinâmicas de grupo e entrevistas, gera expectativa de que a vaga existe e será preenchida, e de que a empresa pretende preenchê-la com o melhor candidato do ponto de vista objetivo.

A frustração pela perda da vaga aumenta em razão proporcional ao número de vagas ultrapassadas, e a eventual preterição por fatores não legítimos é danosa, seja do ponto de vista psíquico, seja do ponto de vista patrimonial, eis que o desempregado muitas vezes despende as últimas economias na busca de uma colocação<sup>156</sup>.

A situação que coloca as partes em contato negocial pode ocorrer de diversas formas. Pode ser pessoal e específica, como uma ligação ou mensagem que convide um trabalhador específico para uma reunião com a empresa, com o intuito de discutir uma possível oferta de trabalho. Mas também de forma genérica, como um anúncio no jornal que indique a existência de vaga aberta na companhia e convide os interessados a entrar em contato. Em ambos os casos, o trabalhador cria uma expectativa do que pode vir a ocorrer, porém, qualitativamente, são contatos distintos.

Imaginemos, pois, que o trabalhador se reúne com a empresa, ou entrega seu currículo nos termos de um anúncio no jornal, e recebe um indicativo positivo em retorno. Diz a empresa que gostou muito das suas credenciais, ou que ele tem o perfil desejado para o cargo, por exemplo. Ou, apenas chama-o para uma entrevista pessoal. Evidentemente, não se trata de uma proposta. Porém, não se trata também de um ato sem maiores consequências jurídicas. Ora, o comportamento da empresa, a qual sabe da condição de necessidade dos trabalhadores e também tem conhecimento de que indicativos positivos que fornecer serão extremamente impactantes para os anseios do candidato, deve ser avaliado sob o prisma da boa-fé. Nesse sentido explica Pereira:

À proporção que as negociações avançam, a confiança no negócio projetado cresce e as partes se permitem certos comportamentos que não adotariam em outras hipóteses ou mesmo no começo das tratativas. Assim, v.g., passam a realizar despesas mais acentuadas, expõem informações sigilosas,

---

<sup>156</sup> COELHO, Luciano Augusto de Toledo. **Responsabilidade Civil Pré-contratual em Direito do Trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 87.

permitem a análise de documentos particulares se confidenciais, solicitam informações confiando nas respostas fornecidas pelo co-contratante. Enfim, essa especial situação cria um interesse jurídico que deve ser tutelado pelo direito<sup>157</sup>.

Imaginemos, pois, que, já dentro do processo seletivo e visando a maximizar suas perspectivas de conseguir a vaga, o trabalhador, apesar das suas condições difíceis no momento, compra uma roupa nova, sapatos também. Ainda, gasta com seu transporte, pois a empresa pode ser localizada em uma cidade próxima (ou nem tão próxima), ou em local de difícil acesso, ou ainda em outro extremo da cidade. Gasta dinheiro, portanto, para tentar garantir a vaga.

Em muitos casos, a narrativa e a negociação têm um fim nesse ponto. Porém, pelo estudo, sigamos.

Na fase seguinte (quando ocorre), o trabalhador é chamado pela empresa novamente, a qual refere que gostou do seu desempenho no processo seletivo e que deseja receber a sua carteira de trabalho. Pode, ainda requisitar que abra uma conta-salário e realize exames admissionais. Possivelmente, não ocorrerá ainda a manifestação expressa de que "você está contratado", mas há, no mínimo, um indicativo tácito de que haverá um desfecho positivo. Às vezes, não há o pedido para a prática dos referidos atos, mas a empresa solicita que o trabalhador fique atento pois receberá um contato nos próximos dias para que se apresente. Há, pois, um claro indicativo de que será contratado, ainda que não configure uma manifestação clara e inequívoca nesse sentido.

Pelo lado da empresa, tal manifestação pode significar, se não a certeza da contratação, apenas um desejo de facilitar o procedimento caso opte por contratá-lo. Por exemplo, se está entre 3 candidatos e deseja, após escolher o "vencedor", que ele comece de imediato, decide pedir para que os 3 pratiquem tais atos. Porém, não deixa claro que se está apenas diante de uma possibilidade de vínculo, criando, assim, uma expectativa irreal nos candidatos.

Assim, o que temos é uma situação em que um ou mais candidatos à vaga têm a quase certeza da contratação. Há, discutivelmente, uma proposta da empresa, ainda que não expressa, mas tácita, decorrente de seus atos que indicam claramente a vontade de contratá-lo. Cria, pois, ainda mais confiança no candidato. Talvez se mude

---

<sup>157</sup> PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 61.

de cidade, para morar perto do futuro emprego. Compra materiais, livros, instrumentos para se capacitar.

Ainda, as consequências possivelmente mais sérias: pede demissão do emprego em que estava, pois irá para um novo melhor, crê. Ou recusa uma outra oferta que surge ou que já havia anteriormente, pois a opção escolhida é sua preferida. Perde uma chance, então.

E, ao fim, recebe uma ligação da empresa dizendo que "infelizmente" não será contratado, sem qualquer justo motivo. Ou, ainda, não recebe qualquer contato da empresa por dias, até que, pressionando em busca de informações, fica sabendo via manifestação expressa que não será mais contratado, ou apenas por saber entender o desenrolar dos fatos e a inércia alheia.

Temos, pois, um trabalhador desamparado, sem o emprego que legitimamente confiou que teria e com custos e perda de oportunidades. Há, assim, responsabilidade da empresa perante os danos materiais, morais e de eventual perda de chance sofridos? Há, ainda, possibilidade de buscar a execução específica do contrato, pela existência de proposta tácita ou expressa, ou até mesmo pela legítima expectativa criada?

Evidentemente, a narrativa aqui traçada varia de caso a caso, podendo haver peculiaridades que lhe alterem o sentido. Porém, buscaremos analisar as consequências jurídicas do postulado genérico, de modo a permitir o enquadramento de outras situações mediante as adaptações necessárias.

## 2.9 DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO DA EMPRESA

Como visto nas situações acima, muitas vezes o próprio comportamento da empresa gera uma confiança de que haverá a contratação. Nesse sentido ensina Martins-Costa: "Toda declaração negocial, como ato de autonomia, desde que emanado por pessoa responsável é, de per se, fato gerador de confiança no alter"<sup>158</sup>.

Ao divulgar uma vaga, a empresa deve estar ciente de que interagirá com os sentimentos de diversas pessoas que buscam um emprego. Quanto mais pessoalizado for o contato, maior a expectativa e a confiança que gerará (nesse

---

<sup>158</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. 1. ed: São Paulo, 2015. p. 230.

sentido a diferença entre uma oferta genérica feita em meio de grande circulação e uma oferta específica a alguém por telefone, mensagem ou conversa presencial).

As informações que forem sendo prestadas ao longo das tratativas devem refletir a real perspectiva do processo, ou seja, a empresa não deve dar indicativos que gerem uma expectativa positiva irreal ao candidato. Isso inclui o silêncio que, muitas vezes, representa uma verdadeira manifestação de vontade, como dispõem Farias e Rosenthal: “Em princípio, o silêncio puro não detém valor declarativo. (...) Porém, quando as circunstâncias e os usos autorizarem, o silêncio possuirá significado social relevante, como forma de aceitação e declaração negocial, produzindo efeitos positivos”<sup>159</sup>.

É evidente que a companhia possui o direito de contratar quem considerar mais apto, em geral, e que também possui autonomia negocial para romper as tratativas, havendo justo motivo. Porém, a partir do momento em que, por sua própria conduta, gera no candidato uma legítima confiança de que será contratado, ela passa a ser responsável pelos gastos decorrentes dessa expectativa. Não pode a companhia falsamente dar a crer que a vaga será preenchida pelo trabalhador, ou fazê-lo crer que está em posição melhor do que de fato está. O íntimo do trabalhador, sua legítima confiança e sua personalidade são tutelados pelo Direito, e não podem ser alvo de verdadeiros descasos por parte do empreendedor.

Como vimos no estudo de Direito Civil, quanto mais complexas e profundas forem as negociações, maior envolvimento das partes haverá. Com isso, maiores gastos e, evidentemente, maior confiança no fechamento do negócio. Ou, ao menos, maior confiança na boa-fé alheia e na condução justa e honesta do processo negocial.

Temos aqui um claro caso de aplicação da noção construída no primeiro capítulo desse estudo, qual seja, a proibição ao *venire contra factum proprium*. As ações da empresa que indicam ao candidato a sua virtual contratação são um fato, e o rompimento das tratativas sem justo motivo constitui uma ilegal contradição de conduta patronal.

As declarações negociais têm o condão de influir nos sentimentos da parte alheia, bem como estimulá-la a tomar atitudes significantes em sua vida, como gastos e até pedido de demissão de outro emprego. Ora, se a empresa foi a responsável por essa atitude, evidente que caberá a ela reparar os danos sofridos.

---

<sup>159</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: contratos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 68.

Qual deve ser, pois, a reparação?

### 3 DAS POSSIBILIDADES DE REPARAÇÃO

#### 3.1 DA FORMAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO PELO CONSENSO

Vimos no primeiro capítulo que, no caso dos contratos consensuais, como é o contrato de trabalho, regra geral, o acordo de vontades entre as partes é suficiente para a concretização do vínculo.

Tal situação é aplicável a parte dos casos aqui estudados. Podemos dizer que nas situações em que o contato negocial evoluir até haver uma proposta expressa por parte do empregador e o aceite por parte do empregado, haverá a possibilidade de execução específica pela via judicial, ou seja, do reconhecimento de que o contrato foi de fato formado. Tal conclusão decorre da vinculatividade da proposta, expressa no art. 427 do CC, o qual dispõe:

Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

Todavia, pensemos em situações mais complexas. O que ocorre quando o trabalhador entende que houve proposta da empresa devido ao comportamento concludente desta? O fato de a empresa solicitar que o candidato abra uma conta-salário, realize exames médicos admissionais, entregue sua CTPS no setor de RH, dentre outras ações, e a prática de tais atos pelo candidato, configuram o acordo de vontades necessário à formação do contrato? Ainda, nas negociações em que se está em fase inicial, sem a requisição de abertura de conta e demais atos, porém já havendo gastos por parte do candidato e expectativa de contratação, seria possível a execução específica do contrato após um rompimento injustificado das tratativas?

De início, vejamos a lição de Araújo, que leciona sobre a importância de atentar para as ações das partes: “No contrato de trabalho, a realidade tem força jurídica, isto é, ao desenrolar do contrato cria novas cláusulas, extingue algumas e especifica outras anteriormente existentes”<sup>160</sup>.

---

<sup>160</sup> ARAUJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé no Contrato de Emprego**. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 225.



Nos casos anteriores, parece-nos que, na fase inicial, não seria possível a execução específica do contrato. Como dissemos anteriormente, em muitos casos a existência de comportamento concludente da parte não seria suficiente para a formação do contrato, levando em conta a relevância da autonomia negocial e da liberdade de contratar. Nas situações em que o candidato encontra-se em fases iniciais e intermediárias do processo seletivo/negocial, sem ter claros indicativos de que sua contratação se aproxima, não há ainda o consenso necessário à formação do vínculo. Pode haver expectativa de contratação e, evidentemente, há uma confiança de que a parte alheia agirá com boa-fé na condução do processo. A quebra injustificada de tais crenças pode sim ensejar o direito de reparação civil, seja de danos materiais ou morais, como analisaremos adiante, porém não tem o condão de obrigar a empresa a contratar.

Porém, o que ocorre quando há comportamento concludente da empresa no sentido de que haverá a contratação, mas não há manifestação clara, expressa e inequívoca de uma proposta ou de um acerto? Ainda, e se a empresa simplesmente não dá por encerrada as negociações, mas sim silencia e faz com que o candidato fique sem resposta por um período tão extenso que o leva a desistir? Para responder a esse questionamento, temos de nos socorrer do tema estudado no início deste capítulo, qual seja, a natureza da relação de emprego.

Segundo a teoria do contrato-realidade, somente há a formação do vínculo de emprego após haver prestação de serviços. Assim, há a possibilidade do estabelecimento de um vínculo entre as partes decorrente do consenso, mas esse seria apenas um contrato civil, atingindo a esfera trabalhista quando houver o fato trabalho<sup>161</sup>. Seguindo essa lógica, no caso em estudo, não haveria formação do contrato de trabalho pelo comportamento concludente da empresa, uma vez que não teve início a prestação de serviços. Poderia, sim, haver um contrato civil entre as partes, e o rompimento deste poderia ensejar a responsabilização da empresa, porém nos termos civilistas, sem as especificidades trabalhistas. Trata-se de uma decorrência natural da semelhança já apontada entre a teoria do contrato-realidade e a definição dos contratos reais.

---

<sup>161</sup> GENRO, Tarso. **Direito Individual do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1994. p. 94-95.

Em se seguindo essa visão, surge um óbvio questionamento: estando-se diante de um contrato civil, haveria competência da Justiça do Trabalho para julgar o caso e arbitrar possíveis indenizações? Para responder, valemo-nos dos ensinamentos de Coelho<sup>162</sup>, segundo o qual a competência seria sim da corte laboral, eis que o contato negocial qualificado decorre inequivocamente de uma relação entre trabalhador (*lato sensu*) e empregador. Assim, nos termos do art. 114 da Constituição Federal (CF), a competência seria da Justiça do Trabalho. Ainda, pondera que não é possível segmentar a competência dentro de um mesmo processo obrigacional. Se a competência para dirimir controvérsias decorrentes do vínculo de emprego seria desta justiça especializada, o mesmo ocorre com o poder para resolver conflitos decorrentes da sua fase prévia.

Porém, como dissemos no capítulo prévio, seguimos a linha de Catharino, o qual entende ser mais apropriada a linha contratualista para definir a natureza do vínculo de emprego. Desse modo, devemos tratar o vínculo empregatício como tendo natureza contratual, seguindo, no que não for conflitante com os princípios juslaboralistas, os ditames civilistas.

Parece-nos que, havendo comportamento concludente por parte da empresa, ou seja, havendo razões plenamente justificáveis para que o candidato de boa-fé entenda que está contratado e que já houve o acordo de vontades necessário, há sim a possibilidade de execução específica do contrato. Trata-se de uma decorrência natural da classificação do contrato de trabalho, em geral, como consensual.

O vínculo de emprego, contratual como é, forma-se pelo acordo de vontades, e não apenas pela prestação de serviços. A partir do momento em que a existência do consenso pôde ser determinada pelas ações das partes, considerando ainda a vedação ao *venire contra factum proprium*, entendemos que o vínculo empregatício está formado. Assim, o que a empresa entende como "rompimento das tratativas" seria em verdade, nesses casos, uma despedida sem justa causa, uma verdadeira rescisão unilateral do contrato de trabalho.

Reiteramos que tal análise se aplica aos contratos de trabalho que têm natureza consensual, ou seja, a maior parte desses. No caso de necessidades formais, como apontamos anteriormente, o comportamento concludente não é

---

<sup>162</sup> COELHO, Luciano Augusto de Toledo. **Responsabilidade Civil Pré-contratual em Direito do Trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 21.

suficiente para a formação e perfectibilização do vínculo. É o caso, por exemplo, do contrato de aprendizagem, que deve ser formalizado por escrito.

### 3.2 DO DANO MATERIAL

O dano material pode se dar de diversas formas, com destaque para o dano emergente e o lucro cessante, cujas definições analisamos no primeiro capítulo. Conforme explicado por Pereira<sup>163</sup>, a parte lesada pelo rompimento injustificado pode pleitear a reparação civil dos prejuízos sofridos. Analisaremos agora, portanto, quais são esses prejuízos passíveis de indenização na esfera da proposta não-concretizada de emprego.

#### 3.2.1 Do dano emergente

Nos exemplos que trouxemos acima, algumas situações ensejariam a reparação do prejuízo, ou seja, do dano emergente. São, por exemplo: gastos do candidato com deslocamento para a realização de entrevistas, exames e assemelhados; despesas com roupas novas; mudança de domicílio, quando o candidato muda de cidade para ficar mais próximo do possível novo emprego. São os gastos preparatórios, os quais deverão ser reparados. Nesse sentido, Gonçalves afirma que “[q]uem pratica um ato, ou incorre numa omissão de que resulte dano, deve suportar as consequências do seu procedimento<sup>164</sup>.

Há uma observação necessária quanto ao dano emergente. Evidentemente, nem todo prejuízo sofrido pela parte será passível de reparação. Como apontado por Pereira<sup>165</sup>, deve haver nexos causal entre a confiança gerada/violada e a conduta do agente. Assim, se não há ainda um comportamento da empresa que justifique os gastos por parte do candidato, ele não terá direito a reparação, pois atuou por conta própria, ausente o nexos causal. Assim dispõe o autor: “Para que surja a responsabilidade do contraente pela não-realização do negócio, é preciso que ele

---

<sup>163</sup> PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 389-402.

<sup>164</sup> GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. v. 4. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 23.

<sup>165</sup> PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 389-402.

tenha praticado algum ato que suprima naquela situação específica a sua faculdade de não realizar sem qualquer justificativa o contrato negociado”<sup>166</sup>.

Tal é o caso do empregado que viaja para uma primeira entrevista de emprego, com vaga anunciada em jornal, sem qualquer pessoalização. Se o candidato optou por viajar de Porto Alegre a São Paulo, por exemplo, para concorrer a uma vaga da qual tomou conhecimento em um periódico paulista, e não avança à fase seguinte do processo seletivo, não haverá direito à reparação, pois os gastos decorreram de livre opção do cidadão. Não há, assim, sem nexos causal direto com a conduta da empresa, que apenas anunciou uma vaga genérica de forma legal.

Mesmo quando há conduta da empresa que justifique os gastos do candidato, deve haver a estipulação de limites, com base na boa-fé. Pensemos na situação anterior do candidato que viaja a São Paulo. Digamos que ele obtém sucesso nas primeiras fases, recebe indicativos positivos da empresa e decide ir à capital paulista para buscar um novo endereço para morar, pois tem a certeza de que será contratado. Para isso, gasta com passagens, hotel, alimentação, valores esses que, pelo estudado anteriormente, terá direito à reparação no caso de rompimento injustificado. Porém, e se o candidato, feliz com as perspectivas de realocação, resolve levar sua esposa, filhos, e talvez até mais familiares junto na viagem, para conhecerem a cidade e já aproveitarem um final de semana?

Nesse caso, haveria um gasto decorrente indiretamente da expectativa de contratação, mas não caberia, de forma alguma, a reparação por parte da empresa, afinal tem-se a livre escolha do candidato de usufruir de um final de semana com sua família em São Paulo. A empresa é responsável pelos gastos e prejuízos diretamente relacionados à expectativa de contratação. Porém, excessos, luxos que decorram de opções pessoais e não obrigatórias do candidato, como os gastos com a família nessa situação hipotética (preservado o direito de indenização pelos seus próprios gastos pessoais abordados anteriormente), não serão merecedores de reparação.

Ainda, nos termos da lição de Nunes<sup>167</sup>, a indenização a ser recebida pelo trabalhador poderá exceder o valor que receberia pela efetivação do contrato no período em questão, afinal, levando-se em conta o princípio da reparação integral,

---

<sup>166</sup> PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 339.

<sup>167</sup> FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 883, p. 9-56, maio 2009. p. 44.

todos danos sofridos pelo trabalhador em decorrência direta da conduta injustificada da empresa devem ser reparados.

### 3.2.2 Do lucro cessante

Quanto ao lucro cessante, com base na definição construída anteriormente, corresponde ao valor de salário que a parte deixou de receber caso tenha pedido demissão de outro emprego ou interrompido trabalho em decorrência da confiança na contratação. Se a empresa, como muitas vezes ocorre, deixar o candidato por um longo período sem uma resposta acerca da contratação, deverá indenizá-lo pela integralidade do lapso temporal, em especial quando retiver a CTPS do trabalhador consigo, o que efetivamente lhe impede de buscar outra vaga de emprego nesse interregno.

Ainda, é possível que essa modalidade de reparação ocorra na modalidade de indenização por perda de uma chance, o que incidirá quando a parte demonstrar que recusou uma proposta de terceiro em decorrência da convicção de que o contrato seria formado. Nesse sentido tem entendido a jurisprudência, conforme analisaremos no capítulo seguinte. Ainda, vejamos a manifestação de Delgado sobre o tema:

No plano trabalhista, a perda de uma chance consistente e plausível, em decorrência do envolvimento necessário e absorvente do profissional com a dinâmica da contratação, que subseqüentemente se frustra, pode, conforme as circunstâncias da situação concreta, propiciar a obrigação reparatória. Naturalmente que também aqui se aplicam os mesmos critérios de juízo de razoabilidade, proporcionalidade, prudência e realismo para o intérprete conclusivo do Direito no exame do caso concreto posto à sua análise<sup>168</sup>.

Entendemos, porém, que a indenização por lucro cessante não será devida se o trabalhador pleitear, com sucesso, o reconhecimento da efetivação do vínculo de emprego com a empresa, mesmo que seja reconhecido que o "rompimento das tratativas" representou, em verdade, uma despedida sem justa causa. Isso ocorre por uma série de motivos. Inicialmente, nesses casos, o trabalhador terá direito a verbas rescisórias como aviso prévio, férias proporcionais e décimo-terceiro salário proporcional. Ademais, sendo efetivada a contratação e reconhecida a rescisão, ter-

---

<sup>168</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 1123.

se-á uma conduta juridicamente lícita da empresa, que tem o direito de encerrar o vínculo, desde que quite as verbas rescisórias adequadamente.

Assim, no caso, a confiança de contratação terá sido concretizada, ainda que precariamente, e o pedido de pagamento de salários de emprego anterior ou de proposta de terceiro restaria prejudicado, pois de fato houve a contratação, e a despedida arbitrária poderia ter ocorrido nos outros potenciais empregos da mesma forma. Ademais, haveria o pagamento das verbas rescisórias, o que, em nossa opinião, configuraria *bis in idem* se somado à indenização por lucros cessantes, dada a natureza de reparação pelo encerramento do vínculo e perda da possibilidade de seguir recebendo os salários do cargo.

O dano emergente, por outro lado, continuaria sendo devido mesmo com o reconhecimento do vínculo, afinal tem natureza distinta, de reparação de custos. Ainda, levaria em conta o fato de a despedida ter sido após um período muito breve de contrato, tornando abusiva a quantidade de gastos exigidos ou ao menos necessários por parte do trabalhador.

### 3.3 DO DANO MORAL

Quanto ao dano moral, explicamos que ele deve estar configurado de forma marcante, não bastando mero ressentimento para justificá-lo. Nesse sentido:

Só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada fazem parte da normalidade do nosso dia-a-dia<sup>169</sup>.

É evidente que, com a crise econômica atual, os trabalhadores, em especial aqueles que se encontram desempregados, desenvolvem uma grande expectativa quando vislumbram uma possibilidade de reentrada no mercado de trabalho. Não só os próprios candidatos, mas suas famílias e amigos se veem envolvidos na expectativa.

---

<sup>169</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 80.

Com isso, muitas vezes sofrerão decepções que, infelizmente, são corriqueiras, não decorrendo de má-fé da empresa, como a perda de vaga em processo seletivo para outro candidato com melhor currículo ou experiência. Todavia, essas decepções oriundas de comportamento de boa-fé e não abusivo por parte da empresa, em que não haja a configuração de *venire contra factum proprium*, não ensejarão a condenação patronal ao pagamento de indenização por dano moral.

Nos diversos casos estudados anteriormente em que a confiança na contratação tem uma fonte legítima nas atitudes da empresa, caberá sim a reparação pelo abalo moral sofrido pelo trabalhador. As companhias têm o total conhecimento do profundo estado de necessidade em que boa parte da população se encontra, e, dessa forma, não têm o direito de submeter o trabalhador a uma onda de emoções que culmine com a profunda decepção e a quebra injustificada da expectativa de contratação que a própria companhia gerou. Tal decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado em nossa Constituição no art. 1º, III, bem como do princípio da proteção, basilar do direito do trabalho, do dever de lealdade das partes e da função social do contrato. Essa tese, como veremos, tem sido acolhida pela jurisprudência pátria.

## PARTE III - Responsabilidade Pré-contratual Trabalhista na Jurisprudência

### 1 METODOLOGIA

No terceiro capítulo deste estudo, iremos analisar de que forma a jurisprudência trabalhista pátria tem compreendido o tema da responsabilidade pelo rompimento injustificado das tratativas. Para obter os dados necessários para esse fim, seguimos uma metodologia, a nosso ver, que permitirá uma compreensão ampla da matéria.

Inicialmente, foi delimitado o espectro de pesquisa, o qual se constitui de decisões colegiadas (acórdãos) de turmas do TRT4 e do TST que abordem o tema em suas múltiplas facetas. Ademais, por se tratar de tópico recente na jurisprudência, a pesquisa se limitará ao período de janeiro de 2014 até maio de 2017.

Para realizar a busca, utilizamos como fonte apenas repositórios autorizados pelo TST<sup>170</sup>. Assim, realizamos a pesquisa nos sites dos referidos tribunais, bem como no DVD Magíster<sup>171</sup>. Quanto ao conteúdo, utilizamos como "palavras-chave" para guiar a busca os seguintes termos: promessa de emprego, rompimento das tratativas, rompimento das negociações, legítima expectativa, legítima confiança, pré-contratação, negociações preliminares e responsabilidade pré-contratual.

Dentre os processos encontrados, em especial no TST, um número significativo não continha análise de mérito, limitando-se à admissibilidade do recurso. Portanto, foram retirados da base de análise, por não servirem diretamente ao objeto do presente estudo. Assim, somando os dois Tribunais, alcançamos um total de 17 acórdãos que tratam diretamente do tema da responsabilidade pelo rompimento injustificado das tratativas, em suas diversas vertentes. Não objetivamos que essa seja uma pesquisa exaustiva, mas sim que represente um amplo espectro de decisões dos referidos Tribunais, permitindo uma conclusão acerca da linha adotada por esses.

Após termos agrupado as ementas dos acórdãos encontrados, passamos à leitura do inteiro teor de cada uma. Nessa fase, organizamos o conteúdo dos julgados de acordo com os subtítulos desse capítulo, permitindo maior praticidade e eficiência ao estudo. Assim, com os conteúdos organizados e separados quanto aos seus

---

<sup>170</sup> BRASIL. TST. **Repositórios autorizados de jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1391696/repositorio\\_tabela.pdf](http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1391696/repositorio_tabela.pdf)>. Acesso em: 24 jun. 2017.

<sup>171</sup> LEXMAGISTER. **DVD Magíster**. ed. 71, dez./jan. 2017. Disponível em: <<http://www.editoramagister.com/DetalleProducto.aspx?id=62>>. Acesso em: 24 jun. 2017.



tópicos específicos, passamos a analisar a visão da jurisprudência acerca de cada um, nos termos que seguem.

Inicialmente, disporemos acerca de quais situações os Tribunais entendem que configuram ruptura de efetiva promessa de emprego. Na sequência, referiremos as situações em que os julgadores entenderam haver justo motivo para o rompimento das tratativas, não havendo, pois dever de indenizar.

Após, analisaremos quais consequências jurídicas foram atribuídas nos casos em que os Magistrados entenderam haver rompimento injustificado das tratativas por parte do empregador. Analisaremos separadamente os seguintes tópicos: dano moral, dano material (incluindo dano emergente, lucro cessante e perda de uma chance) e a formação de vínculo de emprego.

Em todos os casos, buscaremos comparar a visão que apresentamos nos capítulos anteriores, tanto a doutrinária quanto a nossa, com a linha adotada pelos Tribunais. Desse modo, esperamos identificar as situações em que haja concordância e aquelas em que haja divergência de ideias entre a doutrina e a jurisprudência, buscando entender as razões para tal.

## **2 DA CONFIANÇA**

Como vimos nos capítulos anteriores, este trabalho busca analisar as situações em que, por conta da postura da empresa na fase negocial, o candidato a uma vaga de emprego desenvolve uma legítima confiança de que será contratado. Posteriormente, sem justo motivo, essa confiança é rompida pela empresa, a qual, assim, não efetiva a contratação do candidato.

Foi destacado que essa expectativa do trabalhador, para ter consequências concretas no Direito, tem de estar diretamente ligada às atitudes da empresa, com um verdadeiro nexo de causalidade. Se tal não ocorre, não há como atribuir o dever de indenizar<sup>172</sup>. Assim, buscamos trazer exemplos de atitudes patronais durante a fase das negociações preliminares que resultem na formação de uma legítima expectativa de contratação no candidato. Citamos a retenção da CTPS, a requisição para que fossem realizados exames médicos admissionais e para que fosse aberta conta-

---

<sup>172</sup> PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 339.

salário e, em casos ainda mais diretos, a manifestação da empresa no sentido de que a contratação estava efetivada (“você está contratado”, “bem-vindo à equipe”, etc).

O que buscaremos nesse primeiro tópico do estudo de jurisprudência é demonstrar quais atitudes patronais configuram, na visão dos Tribunais analisados, um justo motivo para o desenvolvimento de expectativa de contratação por parte do candidato. Podemos ver em uma série de decisões tanto do TST como do TRT4 que a entrega da CTPS para a empresa é um marco indicativo de confiança na contratação. Tal, entendemos, é uma visão correta, afinal se a empresa retém a CTPS do candidato, o que inclusive impossibilita que ele busque outras vagas no período, está desenvolvendo nele uma quase certeza da contratação. Ou, ao menos, a confiança de que somente um justo motivo evitaria a sua efetivação na vaga.

Outras ações, como a abertura de conta-salário, também indicam claramente a vontade de contratar. Enquanto o exame médico admissional pode trazer consigo uma razão fundamentada para encerrar as tratativas (como a constatação de que o trabalhador está inapto para a função desejada), a abertura de uma conta-salário é um ato típico de quem está entrando em uma nova função. Por que razão a empresa, se ainda não tem certeza de que deseja contar com aquele candidato, requer que ele tome tal atitude, se sabe que terá a consequência de aumentar sua expectativa? Viola, assim, o dever de lealdade das partes, bem como o dever de informação, uma vez que não passa à outra parte a noção correta acerca da fase em que se encontra o processo negocial.

Nesse sentido, é evidente que “as negociações preliminares, com promessa de emprego que implica na entrega da CTPS, geram para o trabalhador a esperança, senão a certeza, da contratação, caracterizando a formação de um pré-contrato de trabalho, que envolve obrigações recíprocas, bem como o respeito a tais princípios”:

TRABALHO. FRUSTRAÇÃO DA EXPECTATIVA DE CONTRATAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. CONFIGURAÇÃO. ARTS. 186, 187, 422, 427 E 927 DO CÓDIGO CIVIL. A proteção do trabalhador, em evidência na Constituição, em razão dos fundamentos da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, ganha relevo com o novo Código Civil de 2002, que consignou, expressamente, nas disposições gerais aplicáveis aos contratos em geral, vários princípios com o objetivo de limitar o uso irregular, abusivo ou arbitrário do contrato, entre eles o princípio da eticidade, que tem por objetivo a valorização do ser humano na sociedade, o que se dá mediante a efetivação dos princípios constitucionais, mormente o da dignidade da pessoa humana, e o da boa-fé, que observado no comportamento das partes em todos os momentos da relação contratual. Portanto, as negociações preliminares, com promessa de emprego que implica na entrega da CTPS, geram para o trabalhador a esperança, senão a

certeza, da contratação, caracterizando a formação de um pré-contrato de trabalho, que envolve obrigações recíprocas, bem como o respeito a tais princípios. Assim, se o empregador, ou seu preposto, frustra a esperança fundada do trabalhador em ser admitido, está caracterizado o abuso de direito capaz de ensejar o deferimento da indenização por danos materiais e morais, por conseguinte, configura violação aos arts. 186, 187, 422, 427 e 927 do Código Civil. (artigo 896, "c", da CLT). Recurso de Revista conhecido e provido (grifos nossos)<sup>173</sup>.

Assim, podemos afirmar que, em consonância com as conclusões que obtivemos na análise teórica anterior, “[a] jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho reconhece a responsabilidade pré-contratual da empresa pela frustração de promessa de emprego nos casos em que houve anotação ou retenção da CTPS, entrega de documentos indispensáveis ao exercício do cargo e determinação de abertura de conta-salário, pois evidenciada a prática abusiva do empregador quando o processo seletivo já se encontrava em fase avançada”:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. PROMESSA DE EMPREGO. FRUSTRAÇÃO 1. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho reconhece a responsabilidade pré-contratual da empresa pela frustração de promessa de emprego nos casos em que houve anotação ou retenção da CTPS, entrega de documentos indispensáveis ao exercício do cargo e determinação de abertura de conta-salário, pois evidenciada a prática abusiva do empregador quando o processo seletivo já se encontrava em fase avançada. Precedentes. 2. Revela-se em harmonia com a iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho o acórdão regional que mantém condenação por dano moral decorrente de frustração de promessa de emprego, ante a constatação de que o empregado submeteu-se ao exame médico admissional, bem como efetuou a abertura de conta-salário<sup>174</sup> (grifos nossos).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. SUMARÍSSIMO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. FASE PRÉ-CONTRATUAL. PROCESSO SELETIVO. ENTREGA DE DOCUMENTOS EXIGIDOS PARA ADMISSÃO E CTPS. submissão da autora a exame admissional previsto EM Norma Regulamentadora da empresa. NÃO CONTRATAÇÃO. FRUSTRAÇÃO. O quadro fático registrado demonstra a nítida intenção da reclamada em celebrar o contrato de trabalho, bem como o rompimento injustificado das negociações, tendo em vista a apresentação de fotos e documentos exigidos para admissão e entrega da CTPS como última etapa do procedimento, com submissão da autora ao exame admissional previsto na Norma Regulamentadora da empresa. Não se tratou de mera possibilidade de preenchimento de vaga, mas de efetiva intenção de

<sup>173</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 803-36.2011.5.15.0072.

Recorrente: Neide Guedes. Recorridos: Brascan Agri S.A. e outro. Relator: Des. Convocado Cláudio Armando Couce de Menezes. Brasília, 18 mar. 2015. DEJT 31 mar. 2015.

<sup>174</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de instrumento em Recurso de Revista n. 229-63.2013.5.04.0261. Agravante: JBS Aves Ltda. Agravado: Jair Rodrigues. Relator: Min. João Oreste Dalazen. Brasília, 25 mar. 2015. DEJT 31 mar. 2015.

contratar. Nesse contexto, o entendimento do Tribunal Regional está em consonância com a jurisprudência desta Corte no sentido de que, no caso de promessa de contratação, as partes sujeitam-se aos princípios da lealdade e da boa-fé e que a frustração dessa promessa sem justificativa enseja indenização por dano moral. Precedentes. Agravo de instrumento a que se nega provimento<sup>175</sup> (grifos nossos).

Por fim, temos ainda as situações mais concretas em que a empresa, por meio de funcionário do setor de RH, normalmente, manifesta ao candidato que o processo negocial está concluído, permitindo-lhe entender que está de fato contratado. Nestes casos, a negociação está já em fase mais avançada do que nas anteriores, pois se a empresa manifesta “boas-vindas” ao trabalhador, ou anuncia a terceiros a contratação dele, entendemos que já houve proposta e que essa foi aceita. Em tais situações, como disporemos em tópico seguinte, nossa visão é a de que o consenso necessário à formação do vínculo empregatício está mais do que demonstrado. Porém, por ora, vamos destacar apenas algumas decisões que retratam situações como a ora referida:

Ao que se observa pela prova dos autos, por certo que a reclamada violou a boa-fé objetiva, a qual deve ser observada tanto na fase contratual como pré-contratual das relações (art. 422 do CCB). Os procedimentos realizados pela empresa, em especial o e-mail enviado (id 7458990) à demandante dando-lhe os parabéns pela aprovação no processo seletivo e o encaminhamento para abertura de conta no Banco Itaú, demonstram claramente que a autora seria contratada, o que na verdade, não se concretizou<sup>176</sup> (grifos nossos).

Na hipótese dos autos, é incontroverso que o reclamante realizou exame admissional e foi contratado pela reclamada com a respectiva anotação na sua CTPS. Entretanto, o empregado não chegou a trabalhar para a reclamada, pois, alguns dias depois, o registro foi cancelado. Verifica-se que houve uma promessa frustrada de contratação do reclamante<sup>177</sup> (grifos nossos).

Por sua vez, constata-se que o egrégio Tribunal Regional, com arrimo na prova dos autos, comprovou a conduta culposa da reclamada, na medida em que registrou a existência de correspondência eletrônica (e-mail), de 17/08/2010, enviado por empregada da reclamada responsável pelo recrutamento e seleção de futuros empregados, na qual, além de definir os pontos principais do contrato de trabalho a ser firmado (cargo, salário, plano

---

<sup>175</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de instrumento em Recurso de Revista n. 807-19.2012.5.18.0181. Agravante: Rio Branco Alimentos S.A. Agravada: Lucirene Dias Alves. Relator: Min. Cláudio Mascarenhas Brandão. Brasília, 20 maio 2015. DEJT 22 maio 2015.

<sup>176</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0020973-85.2015.5.04.0010. Recorrente: Thamires Almeida Soares. Recorrido: SEREDE – Serviços de Rede S.A. Relatora: Desa. Maria Madalena Telesca. Porto Alegre, 09 mar. 2016. DEJT 11 mar. 2016.

<sup>177</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 1742-09.2011.5.05.0132. Recorrente: Arisma de Araújo. Recorrido: Excellent Suporte Operacional e Serviços Ltda. Relator: Min. José Roberto Freire Pimenta. Brasília, 09 abr. 2014. DEJT 15 abr. 2014.

de participação nos resultados, dentre outros benefícios), anexa lista de documentos e exames para admissão do empregado, em que exige a apresentação do documento original da CTPS, com baixa das empresas anteriores.

Ademais, consignou haver declaração da própria reclamada a uma instituição financeira que o reclamante seria admitido no mês de agosto de 2010, para que o mesmo possa abrir conta corrente na referida instituição.

Registrou, ainda, que o reclamante, em 18/08/2010, aceitou a proposta, noticiando à reclamada que estava providenciando os documentos requeridos, bem como que já havia solicitado a rescisão do contrato de trabalho à época<sup>178</sup> (grifos nossos).

Assim, delineamos qual a percepção do TST e do TRT4 acerca dos fatos que permitem a formação de uma legítima expectativa de contratação por parte do candidato. Agora, veremos qual a visão das referidas Cortes acerca do rompimento dessa expectativa.

### 3 DO JUSTO MOTIVO PARA O ROMPIMENTO DAS TRATATIVAS

Para que haja o dever de indenizar quando do encerramento das negociações preliminares, conforme referido anteriormente, é necessário que tal ato seja injustificado, ou seja, sem um justo motivo que o autorize<sup>179</sup>. Desse modo, em sentido contrário, se a empresa, agindo de boa-fé, possuir uma razão fundamentada para encerrar as tratativas, não terá de indenizar o trabalhador, regra geral.

Alguns exemplos abordam situações em que foi feita a ressalva clara de que a contratação dependia de aprovação do diretor, ou também casos nos quais o candidato não tinha a documentação necessária para o cargo (como CNH de categoria diferenciada). No mesmo sentido, a jurisprudência tem entendido que a existência de justo motivo para o rompimento das tratativas, como a falta de interesse do próprio candidato em cumprir as fases do processo seletivo, impossibilita a responsabilização da empresa:

No caso, na esteira do referido na sentença, apesar da concreta expectativa do autor na contratação, que lhe foi entregue documentação para abertura de conta-salário em seu nome, ainda pendia a realização de outras fases pré-

<sup>178</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 335-86.2011.5.07.0010.

Recorrente: Seara Alimentos S.A. Recorrido: Eliziario da Cunha Lima Junior. Relator: Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos. Brasília, 17 dez. 2014. DEJT 19 dez. 2014.

<sup>179</sup> Fundamento que respeite os deveres de lealdade, de transparência, de informação e de cooperação, que regem todos os atos negociais, mesmo os decorrentes de contato social. (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 276.)

contratuais anteriores à efetiva contratação, tais como a realização de exames admissionais (audiometria, por exemplo) e entrega de documentação habilitatória ao cargo. No tocante, conforme demonstrado pela prova testemunhal, o reclamante deixou de diligenciar na realização de exames médicos, não atentando para o aviso da ré de que a contratação era emergencial. O que se pode observar é que apesar de criada uma expectativa de emprego no reclamante, por culpa unicamente do autor não houve uma evolução no processo de contratação, tendo o próprio reclamante deixado de atentar para os prazos exíguos exigidos pela ré em face da necessidade de contratação pessoal. Ainda, é de se referir ter a prova oral dito que a reclamada "tentou contato com o reclamante durante o período em que estaria fazendo os exames e como não conseguiram retorno selecionaram outra pessoa para vaga", sendo que o agendamento para a realização de exames foi feito pela própria ré, não tendo o autor comparecido para a sua realização.

Dessa forma, não tendo o reclamante comprovado a submissão a todas as etapas do processo seletivo admissional, consubstanciado na realização de exames médicos, e não tendo o autor sequer comprovado o dano sofrido, entendo por não demonstrada qualquer forma de ofensa moral, o que não justifica o deferimento de indenização por danos morais. Da mesma forma, em não sendo demonstrados prejuízos materiais, tenho por indevida a indenização por danos materiais<sup>180</sup> (grifos nossos).

Outro fato que rompe o nexo causal e afasta a responsabilidade indenizatória é a falta de legitimidade da confiança do candidato. Em outras palavras, a empresa somente é responsável se, por suas atitudes, desenvolveu no outro a expectativa de contratação. Deve-se atentar para a complexidade das negociações, bem como para a personalidade do contato. Evidentemente, como destacamos no capítulo anterior, um convite pessoal para o processo seletivo desperta maior interesse e confiança na outra parte, enquanto um anúncio de jornal para o público em geral tem uma conotação mais impessoal, gerando efeitos menos significativos.

Ainda, quanto mais avançadas estão as negociações, maior a confiança despertada. Por isso, como entende a jurisprudência, o encerramento das tratativas logo no início do processo, sem maiores desenvolvimentos, não é ato ilícito do empregador, regra geral. Nesse sentido:

PROMESSA DE EMPREGO. INDENIZAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS (MORAIS) E MATERIAIS. Não havendo prova da promessa de emprego, mas apenas de entrevista inicial em processo seletivo, não há falar em legítima expectativa de contratação, de modo que a não contratação não configura ato antijurídico indenizável<sup>181</sup> (grifos nossos).

<sup>180</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0020364-39.2014.5.04.0204. Recorrente: Ademir Oliveira da Rocha. Recorrido: SGO Construções Ltda. Relatora: Des. Maria Madalena Telesca. Porto Alegre, 23 fev. 2016. DEJT 26 fev. 2016.

<sup>181</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0020177-14.2016.5.04.0381. Recorrente: Raquel Fagundes Muller. Recorrido: BR Parking Estacionamentos Ltda. – EPP. Relator: Des. Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa. Porto Alegre, 09 dez. 2016. DEJT 14 dez. 2016.

#### 4 DO DANO MATERIAL

Anteriormente, analisamos a possibilidade de reparação pelo dano material sofrido em decorrência do rompimento injustificado das tratativas. Para tal, realizamos a distinção entre dano emergente, lucro cessante e indenização pela perda de chance, os quais poderiam estar presentes de forma concomitante ou isoladamente em cada caso. Analisando a jurisprudência, um primeiro tópico que chama a atenção é o fato de que a abordagem não costuma distinguir entre o lucro cessante e o dano emergente, utilizando a nomenclatura “dano material” em sentido lato. A perda de uma chance, por sua vez, ainda que menos usual, está referida diretamente em algumas decisões.

Quanto à indenização por dano emergente, a maioria dos julgados encontrados, na mesma linha de nossa conclusão no capítulo anterior, expressamente condiciona sua concessão à comprovação de efetivo prejuízo. Tal poderia ser exemplificado com a confirmação da realização de viagens ou de cursos preparatórios requisitados pelo potencial empregador porém pagos pelo candidato.

Considerando que se encontra expressa no acórdão recorrido a inexistência de prejuízo material, remanesce, apenas, a responsabilidade civil no tocante ao dano moral<sup>182</sup> (grifos nossos).

Dessa forma, não tendo o reclamante comprovado a submissão a todas as etapas do processo seletivo admissional, consubstanciado na realização de exames médicos, e não tendo o autor sequer comprovado o dano sofrido, entendo por não demonstrada qualquer forma de ofensa moral, o que não justifica o deferimento de indenização por danos morais. Da mesma forma, em não sendo demonstrados prejuízos materiais, tenho por indevida a indenização por danos materiais<sup>183</sup> (grifos nossos).

Depreende-se, do acórdão do Tribunal Regional do Trabalho, que a reclamante participou de processo seletivo realizado pela reclamada, recebeu promessa de contratação, entregou a documentação exigida e realizou exame médico admissional, sendo considerada apta para o trabalho. Entretanto, a contratação da reclamante não foi efetivada, apesar da ausência de motivo para justificar o rompimento das negociações. Verifica-se, assim, que houve uma promessa frustrada de contratação da reclamante. Por

<sup>182</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 0002056-34.2011.5.20.0003. Recorrente: Neylla Bryanna Barreto Pinto. Recorrido: Makro Atacadista S.A. Relator: Min. Alexandre de Souza Agra. Brasília, 14 dez. 2016. DEJT 19 dez. 2016.

<sup>183</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0020364-39.2014.5.04.0204. Recorrente: Ademir Oliveira da Rocha. Recorrido: SGO Construções Ltda. Relatora: Des. Maria Madalena Telesca. Porto Alegre, 23 fev. 2016. DEJT 26 fev. 2016.

certo, antes de a empresa fazer o registro de emprego na carteira de trabalho da reclamante, exigiu a apresentação de documentos e de exames admissionais que, no mínimo, demandaram tempo da trabalhadora. Além do mais, enquanto aguardava o início da prestação dos serviços, presume-se que a trabalhadora deixou de procurar novas colocações no mercado de trabalho, pois contava com a contratação prometida. [...] Desse modo, considerando que a indenização por danos materiais é uma forma de suprir a perda remuneratória da reclamante no período em que esperava estar trabalhando, tem-se por correta a decisão regional, não havendo falar em violação dos artigos 186, 187, 427, 428 e 927 do Código Civil e 5º, incisos V e X, da Constituição Federal<sup>184</sup> (grifos nossos).

Quanto ao lucro cessante, merece destaque o tópico do pedido de demissão em emprego anterior por conta da legítima confiança na contratação. Trata-se, possivelmente, do mais grave prejuízo que o trabalhador sofre, afinal abre mão de parte muito significativa de sua vida, qual seja, seu emprego, com base na expectativa gerada pela conduta da empresa. O desrespeito à boa-fé objetiva nesses casos viola diretamente a dignidade do trabalhador, lançando-o desnecessariamente ao desemprego e ocasionando dano material na modalidade de lucro cessante. Assim, tem fundamento o pleito indenizatório, afinal “o contrato não se concretizou por ato unilateral da empresa, ou seja, por sua culpa e obra, deve esta responder pelos danos causados à trabalhadora, a teor do artigo 465, da CLT”.

Ouso divergir da decisão regional, diante do que consta do acórdão, verifico que restou comprovada a promessa de emprego, inclusive com a entrega da CTPS, retida por cerca de quinze dias, que não se concretizou sem nenhuma justificativa, levando à autora, diante da crença da contratação, em desligar-se do contrato de emprego que mantinha, portanto constato a possível violação aos arts. 186, 187, 422, 427 e 927 do Código Civil, tendo em vista a previsão normativa de tais preceitos, verbis: [...] Assim, houve a configuração de uma promessa de emprego, de um contrato preliminar (a teor do Código Civil). Como já dito, o artigo 427, do Código Civil, estabelece que “a proposta do contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.” Ademais, as tratativas negociais preliminares aptas a convencerem a outra parte, acobertadas pela boa-fé objetiva, geram obrigações pré-contratuais, cuja frustração injustificada gera a responsabilidade pré-contratual (artigo 187 c/c 422 do Novo Código Civil). E como o contrato não se concretizou por ato unilateral da empresa, ou seja, por sua culpa e obra, deve esta responder pelos danos causados à trabalhadora, a teor do artigo 465, da CLT. E os prejuízos causados à autora foram evidentes, como destacados em

---

<sup>184</sup> Manteve decisão regional, a qual determinou: “Assim, não há dúvidas de que a contratação frustrada gerou angústia e sofrimento à reclamante, sendo cabível a indenização por danos materiais em razão dos lucros cessantes, como deferiu o juízo de piso equivalente aos salários que a obreira receberia, 13º salário e férias proporcionais, além do FGTS devidos no período”. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 0000282-68.2015.5.19.0063. Recorrente: Adobe Assessoria de Serviços Cadastrais S.A Recorrida: Cláudia Cibele Folha Santana. Relator: Min. José Roberto Freire Pimenta. Brasília, 16 nov. 2016. DEJT 18 nov. 2016.)



sentença. [...] Diante de todo o exposto, devida a indenização por danos materiais, conforme determinado em sentença<sup>185</sup> (grifos nossos).

Tratando de dano material em sentido genérico, há uma decisão em que o tema é tratado de forma destacada. O caso retrata um rompimento de tratativas ocorrido mesmo após uma funcionária do RH da empresa haver mandado e-mail à candidata dizendo-lhe “bem-vinda a nossa empresa”. Porém, há um agravante: o rompimento se deu exatamente após a candidata referir que havia realizado exame de gravidez e o resultado havia sido positivo. Assim, mais do que um fim injustificado das tratativas, tem-se um rompimento fundamentado em ato manifestamente ilícito, qual seja, a discriminação das trabalhadoras grávidas, nos termos do art. 2º da Lei 9.029/95<sup>186</sup>. Desse modo, a decisão entendeu que havia o dever de indenizar os danos materiais.

Nesse caso, todavia, havia a peculiaridade de a candidata estar grávida. Desse modo, o Julgador entendeu que o dano material que havia sofrido era, em verdade, o salário que receberia durante todo o seu período de estabilidade, afinal, se não fosse pelo ato ilícito da empresa, teria sido contratada e teria direito ao emprego e ao salário até 5 meses após o parto.

Ainda, aplicou ao caso a previsão do art. 4º da Lei 9.029/95<sup>187</sup>, segundo o qual o rompimento discriminatório da relação de emprego permite ao trabalhador receber em dobro o valor dos salários que seriam devidos no período. Desse modo, a decisão acabou por reconhecer o dever de reparar os danos materiais (e também morais) sofridos pela trabalhadora, levando ainda em conta a peculiaridade de sua gravidez, o que tornou ainda mais reprovável (e inclusive ilícita) a conduta patronal.

Em razão dos artigos 186 e 927 do Código Civil e do princípio da restituição integral dos danos causados, previsto no art. 944 do Código Civil<sup>188</sup>, devem ser ressarcidos os danos materiais sofridos. De acordo com o art. 4º da Lei nº 9029/95:

Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:

---

<sup>185</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 803-36.2011.5.15.0072. Recorrente: Neide Guedes. Recorridos: Brascan Agri S.A. e outros. Relator: Des. Convocado Cláudio Armando Couce de Menezes. Brasília, 18 mar. 2015. DEJT 31 mar. 2015.

<sup>186</sup> Art. 2º. Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias: I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez.

<sup>187</sup> BRASIL. Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9029.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM)>. Acesso em: 05 jul. 2017.

<sup>188</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 05 jul. 2017.

I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais."

Cabe ressaltar que a lei mencionada se refere a rompimento de relação de trabalho, em sentido amplo, assim, a fase preliminar do contrato de trabalho também está protegida por tal norma. A ruptura das tratativas da realização de contrato de trabalho também não pode ser efetuada de maneira discriminatória.

Reputo adequado o valor da indenização conferida aos danos materiais, consistente no pagamento, em dobro, da remuneração do período em que a reclamante estaria protegida pela estabilidade, como sendo de 10.09.2013 a 27.09.2014, considerando o salário de R\$ 1.870,00. Nos termos do art. 4º, II, da Lei nº 9.029/95 é devido o pagamento em dobro da remuneração do período de afastamento, o que de plano exclui as alegações da reclamada de ausência de amparo legal.

(TRT 04ª R.; RO 0021463-65.2014.5.04.0003; Rel. Des. José Cesário Figueiredo Teixeira; DEJTRS 18/12/2015; Pág. 197)

Por outro lado, destacamos que há decisões com entendimento divergente. Ao julgar o RO 0000886-50.2011.5.04.0301, a 2ª Turma do TRT4 entendeu que, mesmo havendo confirmação de que o reclamante havia pedido demissão de emprego anterior em virtude de promessa de emprego, não era devido o pagamento de indenização por dano material. O fundamento do *decisum* é de que as parcelas decorrentes da relação de emprego são devidas por conta do caráter sinalagmático desta, ou seja, salário em troca de trabalho. No caso, pedia-se que a indenização fosse calculada pelo valor salarial acertado, multiplicando-o pelo período de tempo em que perdurou o trato negocial. Todavia, não tendo ocorrido prestação de serviço, não haveria, no entendimento dos julgadores, direito ao valor do salário no período:

Em que pese a confirmação de que a segunda ré prometeu ao autor contrato de trabalho com salário de R\$9.000,00, e que em função disso o autor pediu demissão do emprego anterior, entendo não fazer jus à indenização por dano material no valor das parcelas pretendidas, mas tão somente à indenização por dano moral já concedida.

Observo que parcelas salariais são decorrentes da sinalagmática relação de trabalho, sendo devidas pelo desempenho da atividade laboral e direitos relativos. Nada nestes autos indica que o autor estivesse seguro no posto de trabalho prometido por qualquer período de tempo, muito menos até completar 70 anos.

Da mesma forma, não há qualquer prova de que o descumprimento da promessa tenha qualquer relação com ato discriminatório.

Pondera-se também que, embora o infortúnio pelo qual passou o autor, nada indica que não possa empregar-se novamente na mesma área ou exercer outra atividade remunerada<sup>189</sup> (grifos nossos).

---

<sup>189</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000886-50.2011.5.04.0301. Recorrente: Gustavo Juchem. Recorridos: Sugar Shoes Ltda. e outro. Relatora: Des. Tânia Regina Silva Reckziegel. Porto Alegre, 10 nov. 2016. DEJT 18 nov. 2016.

Assim, o que podemos concluir é que a jurisprudência, majoritariamente, entende cabível a reparação dos danos emergentes e do lucro cessante. Porém, condiciona o deferimento de ambos à comprovação de efetivo dano decorrente do rompimento injustificado das negociações preliminares. Essa perda, cumulável com o dano moral, pode se concretizar de diversas formas, como, por exemplo, pedido de demissão em emprego anterior, participação em cursos pagos de qualificação exigidos pela empresa e realização de viagens em razão do processo seletivo. Deve a empresa, portanto, indenizar o trabalhador por tal prejuízo sofrido.

## 5 DO DANO MORAL

Dentre as consequências do rompimento injustificado das tratativas, podemos afirmar que aquela que encontra maior uniformidade na jurisprudência é a possibilidade de condenação da empresa ao pagamento de indenização por dano moral. Todos os acórdãos encontrados entenderam que, havendo conduta da empresa que gere uma legítima expectativa de contratação no candidato, o rompimento injustificado das negociações gera abalo moral indenizável no trabalhador.

Entendemos, porém, que é relevante destacar os distintos fundamentos pelos quais as Cortes têm entendido que o abalo moral resta configurado. A grande maioria dos acórdãos afirma expressamente que o dano moral nas situações referidas é *in re ipsa*, ou seja, presumido. Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. RITO SUMARÍSSIMO. NÃO EFETIVAÇÃO DA CONTRATAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VALOR ARBITRADO. OFENSA AO ART. 5º, II, V, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO DEMONSTRADA. O E. Regional assentou que o Reclamante foi convocado pela Reclamada para realizar treinamento prévio e exames médicos admissionais e que, após a aprovação do Autor nessa fase preliminar, sua contratação não foi efetivada em razão de rasura na CTPS que teria impedido a Reclamada de aferir os registros anteriores de emprego. Consignou o E. Regional, todavia, que não foi razoável a recusa da contratação, uma vez que tal rasura não impossibilitou a Reclamada de avaliar a experiência profissional anterior do Reclamante, razão pela qual lhe deferiu indenização por danos morais. Assim, constatada a frustração da justa expectativa de contratação que a Reclamada incutiu no Reclamante, após quase uma semana de entrevistas, exames médicos e treinamento, bem como a não comprovação do motivo que teria impedido a admissão, a condenação da Ré ao pagamento de indenização por danos morais não viola o art. 5º, V, da Constituição Federal. O entendimento que prevalece nesta Corte Superior é no sentido de que se presume o dano moral com base na

demonstração do ato ilícito ofensivo - no caso, trata-se de injusta recusa de contratação - sendo a lesão in re ipsa. Precedentes. Já no que diz respeito à quantificação da indenização por dano moral, o valor arbitrado pelo Tribunal Regional não é excessivamente elevado, pois consta da decisão regional que foi sopesado o grau de culpa do empregador e as condições econômicas do ofendido e da ofensora, bem como a necessidade de imprimir efeito pedagógico à condenação. Assim, atendidos os requisitos da proporcionalidade e razoabilidade, rejeita-se, mais uma vez, a alegação de violação do art. 5º, V, da Constituição Federal. Intacto, ainda, o art. 5º, II, LIV e LV, da Constituição Federal. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento<sup>190</sup> (grifos nossos).

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL (R\$2.000,00). FRUSTRAÇÃO DA PROMESSA DE NOVO EMPREGO. PERDA DE UMA CHANCE. QUEBRA DOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA LEALDADE CONTRATUAL. ARTIGO 422 DO CÓDIGO CIVIL. Trata-se de ação de indenização por danos morais, decorrente do cancelamento de contratação do empregado, após ter sido feito o registro de emprego na sua Carteira de Trabalho e Previdência Social. Na hipótese dos autos, é incontroverso que o reclamante realizou exame admissional e foi contratado pela reclamada com a respectiva anotação na sua CTPS. Entretanto, o empregado não chegou a trabalhar para a reclamada, pois, alguns dias depois, o registro foi cancelado. Verifica-se que houve uma promessa frustrada de contratação do reclamante. O dano, nos casos em que a contratação não é efetivada, após a realização de exame admissional e registro na carteira de trabalho do empregado - o que gera expectativa na pessoa de conseguir um novo emprego -, é in re ipsa, ou seja, decorre do próprio evento danoso, não havendo falar em demonstração do dano, pois, nesse caso, ele se situa no psicológico do lesado, em que é impossível se extrair uma prova material. Convém destacar, mais uma vez, o ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho, segundo o qual "a doutrina francesa, aplicada com frequência pelos nossos Tribunais, fala na (perda de uma chance perte d'une chance) nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, arrumar um novo emprego, deixar de ganhar uma causa pela falha do advogado etc" (grifou-se - in Programa de Responsabilidade Civil. 3ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, pp. 81 e 82). Nessa senda, aplica-se ao caso dos autos o artigo 422 do Código Civil, segundo o qual "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". Recurso de revista conhecido e provido<sup>191</sup> (grifos nossos).

Os julgadores, ao entender que o abalo moral decorrente do rompimento injustificado das tratativas é presumido, demonstram uma visão que é semelhante à defendida neste estudo. É a noção de que, nesses casos, a dignidade do trabalhador resta violada pelo descaso e desconsideração patronais, sendo o dano moral uma decorrência direta de ambos. Assim, não há necessidade de prova do sofrimento subsequente. No mesmo sentido:

<sup>190</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 619-88.2014.5.03.0014. Agravante: Viação Sidon Ltda. Agravado: Glauber de França Pereira. Relatora: Desa. Convocada Jane Granzoto Torres da Silva. Brasília, 08 abr. 2015. DEJT 10 abr. 2015.

<sup>191</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 1742-09.2011.5.05.0132. Recorrente: Arisma de Araújo. Recorrido: Excellent Suporte Operacional e Serviços Ltda. Relator: Min. José Roberto Freire Pimenta. Brasília, 09 abr. 2014. DEJT 15 abr. 2014.

E nunca é demais dizer que a empresa deve, em primeiro lugar, cumprir sua função social e observar a dignidade do trabalhador. É por meio do trabalho que o homem alcança sua dignidade, inserindo-se no mundo social. Não pode a empresa, no afã de obter lucro, desrespeitar seus empregados ou aqueles a quem promete emprego. (artigo 896, "c", da CLT). Recurso de Revista conhecido e provido<sup>192</sup>.

Do mesmo modo, um significativo número de decisões expressa que o abalo moral decorre de violação à boa-fé objetiva, a qual deve ser mantida pelas partes também na fase pré-contratual. Assim, uma violação à legítima confiança de contratação é também uma violação ao dever de seguir os ditames da boa-fé objetiva, caracterizando violação ao dever expresso nos artigos 187 e 422 do CC. Em resumo, “A responsabilidade do empregador se estende à fase pré-contratual, obrigando a observância dos princípios da probidade e boa-fé, em toda as etapas da negociação, nos termos do art. 422 do Código Civil”.

DANO PRÉ-CONTRATUAL. INDENIZAÇÃO DEVIDA. A responsabilidade do empregador se estende à fase pré-contratual, obrigando a observância dos princípios da probidade e boa-fé, em toda as etapas da negociação, nos termos do art. 422 do Código Civil. O comportamento da ré gerou na autora a legítima convicção de que sua contratação seria levada a efeito, tanto que desligou-se da empresa em que trabalhava, além de providenciar toda a documentação para formalização do contrato. A boa-fé objetiva, dentre outras, tem a função de proibir que as partes adotem comportamentos contraditórios, no que a doutrina denomina como venire contra factum proprium, a qual parte do princípio de que, se uma das partes agiu de determinada forma durante qualquer das fases do contrato, não é admissível que, em momento posterior, aja em total contradição com a sua própria conduta<sup>193</sup> (grifos nossos).

PROPOSTA DE CONTRATO DE TRABALHO NÃO CONCRETIZADA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. O princípio da boa-fé objetiva impõe às partes o dever de agir com lealdade, dentro dos limites da probidade e da confiança negocial. Espécie em que a frustração da promessa de contratação do autor, por parte da reclamada, resultou em inegáveis prejuízos de ordem moral ao trabalhador, representando ofensa à boa-fé objetiva, o que resulta em direito à indenização na forma dos arts. 187 e 927 do Código Civil<sup>194</sup>.

---

<sup>192</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 803-36.2011.5.15.0072.

Recorrente: Neide Guedes. Recorridos: Brascan Agri S.A. e outro. Relator: Des. Convocado Cláudio Armando Couce de Menezes. Brasília, 18 mar. 2015. DEJT 31 mar. 2015.

<sup>193</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000874-02.2014.5.04.0731. Recorrente: Daiana Padilha. Recorrido: GD9 Assessoria em Recursos Humanos Ltda. Relatora: Desa. Marçal Henri dos Santos Figueiredo. Porto Alegre, 05 nov. 2015. DEJT 10 nov. 2015.

<sup>194</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000886-50.2011.5.04.0301. Recorrente: Gustavo Juchem. Recorridos: Sugar Shoes Ltda. e outro. Relatora: Desa. Tânia Regina Silva Reckziegel. Porto Alegre, 10 nov. 2016. DEJT 18 nov. 2016.

COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. PROMESSA DE CONTRATO DE TRABALHO. ENVIO DE CARTA-PROPOSTA JUNTAMENTE COM RELAÇÃO DE DOCUMENTOS NECESSÁRIOS PARA A ADMISSÃO DO RECLAMANTE. PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES ESTABELECIDAS. EXIGÊNCIA DE RESCISÃO CONTRATUAL DO EMPREGO ANTERIOR. CONTRATAÇÃO PROTELADA POR 2 MESES, PERÍODO EM QUE O RECLAMANTE NÃO PERCEBEU QUALQUER REMUNERAÇÃO. EFETIVO PREJUÍZO. BOA-FÉ CONTRATUAL. NÃO CONHECIMENTO. Na hipótese dos autos, o egrégio Tribunal Regional consignou que a reclamada enviou de proposta de emprego ao reclamante com a relação de condições, documentos e exames necessários à admissão, dentre elas a exigência de apresentação da CTPS com -baixa das empresas anteriores-. Registrou, ainda, que, após a anuência do reclamante, este providenciou a rescisão do contrato de trabalho então em vigor. Ocorre que, somente neste momento, o reclamante foi informado pela reclamada que haveria demora na sua contratação, ocasionando nítido prejuízo, pois o reclamante permaneceu por 2 meses sem perceber qualquer remuneração. Assim, a conduta da reclamada constitui ofensa aos princípios da lealdade e da boa-fé contratual, que deve pautar a fase preparatória dos contratos, apta a gerar o dever de compensar por dano moral. Precedentes. Recurso de revista de que não se conhece<sup>195</sup> (grifos nossos).

Na decisão relativa ao RO 0000874-02.2014.5.04.0731, cuja ementa está transcrita acima, podemos ver que há referência expressa à proibição do *venire contra factum proprium*, a qual referimos no tópico 2.9 da parte II deste estudo. O que a decisão reconhece, pois, é que a conduta contraditória da empresa viola a boa-fé e, por consequência, gera abalo no candidato. No mesmo sentido, “A inexecução da obrigação decorreu de ato unilateral e de comportamento contraditório dos Reclamados. É uma violação ao princípio do *venire contra factum proprium*, que tutela a confiança das partes. Nos dizeres de Anderson Schreiber, ‘a tutela da confiança atribui ao *venire* um conteúdo substancial, no sentido de que deixa de se tratar de uma proibição à incoerência por si só, para se tornar um princípio de proibição à ruptura da confiança, por meio da incoerência”<sup>196</sup>.

Como buscamos reforçar ao longo desse estudo, o emprego é um dos componentes mais relevantes da personalidade de um cidadão. Não podem as empresas, portanto, de forma arbitrária e injustificada, gerar falsas expectativas e ocasionar fortes decepções nos trabalhadores, ainda mais tendo como consequência o desemprego.

---

<sup>195</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 335-86.2011.5.07.0010.

Recorrente: Seara Alimentos S.A. Recorrido: Elizari da Cunha Lima Junior. Relator: Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos. Brasília, 17 dez. 2014. DEJT 19 dez. 2014.

<sup>196</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 803-36.2011.5.15.0072.

Recorrente: Neide Guedes. Recorridos: Brascan Agri S.A. e outro. Relator: Des. Convocado Cláudio Armando Couce de Menezes. Brasília, 18 mar. 2015. DEJT 31 mar. 2015.

Tal conduta, evidentemente, gera abalo moral nos candidatos. O abalo, tendo claro nexos de causalidade com o rompimento injustificado e com a legítima expectativa gerada, deve ser indenizado pela empresa. Cabe, assim, no sentido que uniformemente têm entendido as Cortes aqui estudadas, a indenização por dano moral.

## 6 PERDA DE UMA CHANCE

No capítulo anterior, afirmamos que a indenização por perda de uma chance poderá incidir nos casos aqui estudados. Tomamos como exemplo a situação em que o reclamante comprovar ter recusado uma proposta de terceiro em face da confiança de que seria contratado pela empresa reclamada. Nesses casos, entendemos que a conduta patronal, ao violar a boa-fé objetiva, ocasionou a perda de uma oportunidade significativa ao trabalhador, cabendo a reparação.

Analisando as decisões judiciais que abordam o tema, é possível distinguir duas visões distintas. A primeira delas entende que, para ser deferido o pagamento de indenização por perda de uma chance, é necessária a comprovação de efetiva oportunidade perdida. Um exemplo disso seria a prova de recusa a outra oferta de trabalho, ou a uma promoção no emprego anterior, em virtude da expectativa de contratação existente. Nesse sentido, no RR 445-88.2012.5.24.0071, os julgadores apontaram que “Assim, verifica-se que não restou demonstrada a existência de uma séria e real chance do ganho profissional ou patrimonial que desse ensejo à indenização pleiteada”.

INDENIZAÇÃO POR PERDA DE UMA CHANCE. A indenização na modalidade perda de uma chance exige que o ofendido comprove que a conduta imputada ao ofensor injustamente acarretou-lhe a perda de uma oportunidade de obter vantagem ou de evitar um prejuízo. No caso dos autos, o Tribunal Regional registrou que a alegada perda de uma chance não restou demonstrada nos autos. A partir do contexto fático-probatório, concluiu a Turma da Corte a quo que o autor não estava trabalhando em outra empresa quando foi alojado no canteiro de obras da reclamada, tampouco que "no período em que permaneceu no alojamento da ré ou em curto espaço de tempo que o antecedeu tivesse oportunidade à outra lotação profissional". Ao contrário, "a reclamada alegou que o autor tinha sido recém demitido". Nesse ponto, como bem fundamentado no acórdão regional, tem-se que o reclamante permaneceu alojado na reclamada "apenas três dias, sendo um fim de semana, interstício que dificilmente arrumaria outro emprego". Assim, verifica-se que não restou demonstrada a existência de uma séria e real

chance do ganho profissional ou patrimonial que desse ensejo à indenização pleiteada<sup>197</sup> (grifos nossos).

Por outro lado, há decisões que entendem estar presente a perda de uma chance como consequência direta do tempo em que o trabalhador ficou esperando a resposta da empresa que lhe havia despertado expectativa de contratação. Desse modo, teríamos como que uma “responsabilidade por perda de uma chance *in re ipsa*”, ou seja, não seria necessário demonstrar efetiva chance perdida, mas sim comprovar a probabilidade e plausibilidade do direito alegado. O dano estaria, assim, no fato de o trabalhador ser induzido a ficar esperando por uma resposta da empresa, perdendo a oportunidade de buscar outras oportunidades em um mercado cada vez mais disputado. Assim, nessas situações, há, “com a promessa frustrada de emprego e sem qualquer justificativa, a perda da oportunidade de o reclamante, durante o tempo em que ficou aguardando a efetivação do contrato, inserir-se no mercado de trabalho, já tão concorrido e de difícil acesso”<sup>198</sup>.

Destaque-se que, no caso acima, em que o reclamante ficou 2 meses envolvido nas negociações com a empresa, a indenização arbitrada foi de R\$ 3.600,00. Tal valor foi calculado multiplicando o salário mensal que havia sido acertado, R\$ 1.800,00, pelo tempo de espera até o rompimento imotivado das tratativas pela reclamada. Assim, efetivamente, reparou-se o dano sofrido em virtude da perda de inserir-se no mercado de trabalho durante o período negocial.

Podemos concluir, portanto, que a jurisprudência das Cortes estudadas entende ser possível a condenação das empresas ao pagamento de indenização por perda de uma chance decorrente do rompimento injustificado das tratativas. Há, de fato, uma divergência quanto aos fundamentos necessários para a concessão do pleito, porém deve ser destacada a concordância quanto à possibilidade jurídica do pedido.

---

<sup>197</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 445-88.2012.5.24.0071.

Recorrente: Alex Dias dos Santos. Recorrido: Contern Construções e Comércio Ltda. Relatora: Min. Maria Helena Mallman. Brasília, 03 maio 2017. DEJT 19 maio 2017.

<sup>198</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 335-86.2011.5.07.0010.

Recorrente: Seara Alimentos S.A. Recorrido: Eliziario da Cunha Lima Junior. Relator: Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos. Brasília, 17 dez. 2014. DEJT 19 dez. 2014.



## 7 DA FORMAÇÃO DE VÍNCULO DE EMPREGO

Conforme explicitamos anteriormente, entendemos que é possível a formação do vínculo empregatício por meio do consenso acerca dos pontos essenciais do contrato de trabalho. Para tal, na fase negocial, seria necessário comprovar efetivamente o acordo quanto a itens como salário, jornada e funções a serem exercidas. Assim, teríamos como consequência que o rompimento injustificado das tratativas, nesses casos, configuraria, em verdade, despedida sem justa causa do empregado, devendo a empresa arcar com as verbas rescisórias devidas.

Entendemos que não é possível atribuir ao contrato de trabalho, o qual, em sua essência, é informal e consensual, uma natureza de direito real, exigindo a prestação de serviços para que haja a sua concretização. Ora, se há um acordo acerca dos pontos mais importantes do contrato, se, em alguns casos, a própria empresa já comunicou ao empregado que ele seria admitido (“bem-vindo à nossa empresa”), o contrato consensual de trabalho está plenamente formado.

Todavia, não é essa a visão seguida pela jurisprudência. Entre as decisões encontradas, em muito poucas há abordagem direta acerca da possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício. Porém, pelas expressões utilizadas e ideias descritas, é possível concluir que as Cortes entendem ser necessária a prestação de serviços para que o vínculo se aperfeiçoe, afirmando, por exemplo, que “o contrato de trabalho é um contrato-realidade e, não tendo havido a contratação e a efetiva prestação de serviços, não é possível reconhecer relação inexistente, sendo devida somente a indenização decorrente da frustração de uma justa expectativa de ocupar a vaga de trabalho”.

A autora alega que a prova da contratação é aferida por meio do atestado de saúde ocupacional, do requerimento de envio da CTPS original, com a baixa da relação de emprego anterior, além da abertura de conta-salário. Afirma que o documento à fl. 22 é prova incontestada de que foi contratada, pois refere-se a ela como funcionária.

É inequívoco que a autora esteve na iminência de ser contratada, passando por todas as fases procedimentais para tal fim, sendo certo, ainda, que lhe foram exigidos todos os documentos para admissão, inclusive a realização de exame admissional e abertura de conta-salário, o que ensejou a correta presunção de que seria efetivada no cargo desejado. Todavia, as rés, antes da formalização do contrato, cancelaram a vaga oferecida, não se perfectibilizando as negociações preliminares. Assim, a autora, além de não ter assinado o contrato de emprego, não trabalhou sequer um dia para as rés, não se caracterizando, com isso, a relação de emprego. Vale lembrar que o contrato de trabalho é um contrato-realidade e, não tendo havido a

contratação e a efetiva prestação de serviços, não é possível reconhecer relação inexistente, sendo devida somente a indenização decorrente da frustração de uma justa expectativa de ocupar a vaga de trabalho. Nego provimento ao recurso da autora no tópico<sup>199</sup> (grifos nossos).

Na decisão acima, vemos que os julgadores entenderam ter havido cancelamento da contratação por ausência de formalização e de prestação de serviços. Porém, reconhecerem haver “correta presunção de que seria efetivada no cargo”, haja vista ter realizado exames admissionais e aberto conta-salário. *Data venia*, divergimos da decisão da Corte, pois entendemos que, após haver o efetivo e fundamentado consenso, não é necessária a assinatura do contrato nem a prestação de serviços, uma vez que o contrato de trabalho não é formal nem real. Assim, em nossa visão, não houve cancelamento da contratação, mas sim despedida sem justa causa.

Podemos ver que o TST também se manifestou nesse mesmo sentido, inclusive afirmando que, no caso, o reclamante havia sido contratado e tido sua CTPS anotada, porém concluindo que, não havendo prestação de serviços, houve apenas uma promessa frustrada de emprego.

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL (R\$2.000,00). FRUSTRAÇÃO DA PROMESSA DE NOVO EMPREGO. PERDA DE UMA CHANCE. QUEBRA DOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA LEALDADE CONTRATUAL. ARTIGO 422 DO CÓDIGO CIVIL. Trata-se de ação de indenização por danos morais, decorrente do cancelamento de contratação do empregado, após ter sido feito o registro de emprego na sua Carteira de Trabalho e Previdência Social. Na hipótese dos autos, é incontroverso que o reclamante realizou exame admissional e foi contratado pela reclamada com a respectiva anotação na sua CTPS. Entretanto, o empregado não chegou a trabalhar para a reclamada, pois, alguns dias depois, o registro foi cancelado. Verifica-se que houve uma promessa frustrada de contratação do reclamante. O dano, nos casos em que a contratação não é efetivada, após a realização de exame admissional e registro na carteira de trabalho do empregado - o que gera expectativa na pessoa de conseguir um novo emprego -, é in re ipsa, ou seja, decorre do próprio evento danoso, não havendo falar em demonstração do dano, pois, nesse caso, ele se situa no psicológico do lesado, em que é impossível se extrair uma prova material. Convém destacar, mais uma vez, o ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho, segundo o qual "a doutrina francesa, aplicada com frequência pelos nossos Tribunais, fala na (perda de uma chance perte d'une chance) nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, arrumar um novo emprego, deixar de ganhar uma causa pela falha do advogado etc" (grifou-se - in Programa de

---

<sup>199</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000874-02.2014.5.04.0731. Recorrente: Daiana Padilha. Recorrido: GD9 Assessoria em Recursos Humanos Ltda. Relatora: Des. Marçal Henri dos Santos Figueiredo. Porto Alegre, 05 nov. 2015. DEJT 10 nov. 2015.

Responsabilidade Civil. 3ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, pp. 81 e 82). Nessa senda, aplica-se ao caso dos autos o artigo 422 do Código Civil, segundo o qual "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". Recurso de revista conhecido e provido<sup>200</sup> (grifos nossos).

Por conseguinte, concluímos que os Tribunais analisados adotam uma linha distinta quanto à possibilidade de formação do vínculo empregatício pelo consenso nas negociações contratuais. Evidentemente, respeitamos essa visão e seus fundamentos, porém mantemos nossa posição no sentido de que o real acordo acerca das cláusulas fundamentais do contrato de trabalho, ainda que oral e tácito, permite a consolidação desse e a formação do vínculo de emprego. Tal acordo não pode ser presumido, devendo ser efetivamente comprovado para que, assim, atinja os fins aqui delineados. Assim, nesses casos, o rompimento imotivado das tratativas configuraria verdadeira despedida imotivada, com o conseqüente dever de pagamento das verbas rescisórias legais.

---

<sup>200</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 1742-09.2011.5.05.0132. Recorrente: Arisma de Araújo. Recorrido: Excellent Suporte Operacional e Serviços Ltda. Relator: Min. José Roberto Freire Pimenta. Brasília, 09 abr. 2014. DEJT 15 abr. 2014.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, buscamos analisar situações nas quais ocorre rompimento imotivado das negociações preliminares por iniciativa do empregador, destacando casos, fundamentos e possíveis consequências jurídicas. Ainda, intentamos comparar as visões doutrinária e jurisprudencial acerca do tema.

De início, é relevante destacar que tem havido um significativo aumento no número de processos judiciais que envolvem a questão central desse trabalho. Evidentemente, por estarmos vivendo um período de crise econômica, há uma maior procura por vagas de trabalho, dado o aumento do desemprego. Assim, logicamente, há um número maior de candidatos que não conseguem o posto desejado, sofrendo uma decepção considerável. Todavia, como buscamos destacar, não é o mero dissabor do trabalhador que justifica a responsabilização da empresa, mas sim o fato de esta ter gerado no candidato uma legítima expectativa de contratação, rompendo-a imotivadamente.

Analisando a jurisprudência pátria, pudemos ver que os julgadores, em sua maioria, buscam conceitos de Direito Civil para fundamentar as decisões que abordam o tema em estudo. Trata-se de metodologia semelhante à utilizada na presente pesquisa, em que o primeiro capítulo apontou os fundamentos civilistas da responsabilidade pré-contratual.

Ademais, a existência de um crescente número de processos judiciais sobre o tema não permite concluir, por si só, que se trata de uma situação fática nova ou que surgiu nos últimos anos. Pensamos, sim, que representa um avanço na proteção judicial da classe trabalhadora. Ou seja, tal situação ocorria há mais tempo, porém apenas nos últimos anos, com o avanço da jurisprudência e o reconhecimento da possibilidade de tutela da fase pré-contratual, é que se começou a buscar a reparação pelo dano sofrido quando do rompimento injustificado das tratativas preliminares.

Dentre as ideias mais importantes que fundamentam a responsabilização pelo rompimento imotivado das tratativas, destacamos novamente a noção civilista de obrigação como processo. Ao entendermos que a relação jurídica entre empregador e potencial empregado, desenvolvendo-se como um processo, se estende para a fase prévia à efetiva existência do contrato, podemos compreender porque, também na fase pré-contratual, ambos devem respeitar os deveres anexos de conduta impostos pela boa-fé objetiva.

No segundo capítulo, afirmamos que seguiríamos a linha contratualista no que tange à natureza da relação de emprego. Tal se justifica por ser essa a corrente majoritária na doutrina brasileira e por ser aquela que melhor se relaciona com os fundamentos civilistas que usamos como base para o estudo. Nossa conclusão de que é possível a formação de vínculo de emprego pelo mero consenso entre empresa e trabalhador na fase negocial, não sendo necessária prestação de serviços, decorre diretamente da opção pela linha contratualista. Caso seguissemos uma vertente mais próxima ao paracontratualismo, como a do contrato-realidade, a conclusão possivelmente seria outra. Destacamos assim que essa análise mais ampla de outras linhas doutrinárias se constitui em uma possibilidade de expansão e aprofundamento do estudo aqui realizado.

Pela análise da jurisprudência, no terceiro capítulo, pudemos concluir que a maioria dos julgadores também entende ser o contratualismo a linha a ser seguida quanto à natureza da relação de emprego. Todavia, como afirmamos, nenhuma decisão judicial reconheceu a formação do vínculo de emprego pelo mero consenso negocial, o que seria uma consequência da escolha por essa corrente, em nossa opinião. Pensamos que tal posicionamento demonstra certo receio da jurisprudência quanto à aplicação direta do contratualismo, considerando as peculiaridades do contrato de trabalho. Ao exigir a prestação de serviços para que se constitua o vínculo, a jurisprudência aproxima-se da linha do contrato-realidade. Tal posição, evidentemente, é legítima, mas no presente trabalho, como afirmamos, adotamos visão distinta.

Entendemos ainda ser relevante destacar a fundamental importância da boa-fé para o estudo do tema central desse trabalho. Ao analisar um processo negocial e, em especial, os sentimentos despertados nas partes, há um significativo risco de que a análise recaia sobre elementos excessivamente subjetivos, o que pode prejudicar as conclusões. Assim, é necessário que haja um parâmetro de conduta a ser seguido, o qual, sendo descumprido, acarretará as consequências referidas ao longo do trabalho. Concluimos que a boa-fé objetiva deve ser esse padrão. Ao impor um standard de conduta às partes, delimita-se um comportamento a ser seguido durante o período negocial, tutelando os sentimentos e, especialmente, a expectativa que surge no trabalhador.

Assim, a violação à boa-fé objetiva no período negocial é o fundamento para a responsabilização da empresa pelo rompimento injustificado das tratativas. Como

afirmamos, a conduta patronal que gera uma confiança legítima de contratação e, após, rompe-a imotivadamente, atenta à proibição contra o *venire contra factum proprium*, cabendo a reparação por meio da devida reclamação trabalhista.

Em termos mais genéricos, porém fundamentais, entendemos ainda que a tutela da confiança do trabalhador na fase negocial representa um avanço na proteção de sua dignidade, positivada no art. 1º, III da Constituição Federal. O emprego é parte fundamental da personalidade dos cidadãos, representando não só a fonte de sustento como também um elemento de integração social e de respeito próprio e perante terceiros. Assim, devem ambas as partes da relação empregatícia tratar com a seriedade e a responsabilidade devidas, permitindo que ambos cumpram com sua função na relação sinalagmática e contribuam, ao seu modo, para o desenvolvimento social.

Não se busca, de forma alguma, impor restrições excessivas à liberdade, à autonomia da vontade ou à autonomia negocial dos empregadores, pois também são direitos fundamentais que devem ser tutelados. O que afirmamos é que tais direitos não são absolutos, devendo ser exercidos à luz da boa-fé objetiva e com respeito à outra parte.

Nesse sentido, entendemos que os processos de contratação de empregados devem ser pautados por critérios objetivos e públicos, permitindo aos candidatos que tenham ciência de sua real posição e de suas possibilidades. Do mesmo modo, eventuais situações que possam inviabilizar futuramente a contratação, como a necessidade de aprovação por parte de diretor ou possível corte orçamentário, devem ser comunicadas logo de início aos candidatos, como parte do dever de informação das partes, assegurando assim que não desenvolvam expectativas que não correspondam à realidade dos fatos.

Por fim, concluímos que o fato de a responsabilidade pré-contratual por rompimento injustificado das tratativas preliminares estar ganhando cada vez mais destaque na doutrina e na jurisprudência representa um avanço, configurando-se em mais um modo de proteção dos trabalhadores. Estendendo-se a tutela da dignidade e da confiança também à fase pré-contratual, tem-se um maior respeito à classe trabalhadora. Porém, destacamos que é necessário seguir critérios razoáveis quando do arbitramento da reparação devida, de modo a reparar efetivamente o dano sofrido, em seus variados espectros, mas sem causar enriquecimento sem causa do trabalhador nem inviabilizar o prosseguimento da atividade empresarial.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Francisco Rossal de. **A Boa-fé no Contrato de Emprego**. 1. ed. LTr: São Paulo, 1996.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 05 jul. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De15452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm)>. Acesso em: 05 jul. 2017.

BRASIL. Lei Complementar n. 150, de 1º de junho de 2015. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp150.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp150.htm)>. Acesso em: 05 jul. 2017.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 05 jul. 2017.

BRASIL. Lei n. 6.019, de 03 de janeiro de 1974. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6019.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm)>. Acesso em: 05 jul. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 05 jul. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9029.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM)>. Acesso em: 05 jul. 2017.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 05 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0020973-85.2015.5.04.0010. Recorrente: Thamires Almeida Soares. Recorrido: SEREDE – Serviços de Rede S.A. Relatora: Desa. Maria Madalena Telesca. Porto Alegre, 09 mar. 2016. DEJT 11 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0020364-39.2014.5.04.0204. Recorrente: Ademir Oliveira da Rocha. Recorrido: SGO Construções Ltda. Relatora: Desa. Maria Madalena Telesca. Porto Alegre, 23 fev. 2016. DEJT 26 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0020177-14.2016.5.04.0381. Recorrente: Raquel Fagundes Muller. Recorrido: BR

Parking Estacionamentos Ltda. – EPP. Relator: Des. Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa. Porto Alegre, 09 dez. 2016. DEJT 14 dez. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000886-50.2011.5.04.0301. Recorrente: Gustavo Juchem. Recorridos: Sugar Shoes Ltda. e outro. Relatora: Desa. Tânia Regina Silva Reckziegel. Porto Alegre, 10 nov. 2016. DEJT 18 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000874-02.2014.5.04.0731. Recorrente: Daiana Padilha. Recorrido: GD9 Assessoria em Recursos Humanos Ltda. Relatora: Desa. Marçal Henri dos Santos Figueiredo. Porto Alegre, 05 nov. 2015. DEJT 10 nov. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de instrumento em Recurso de Revista n. 229-63.2013.5.04.0261. Agravante: JBS Aves Ltda. Agravado: Jair Rodrigues. Relator: Min. João Oreste Dalazen. Brasília, 25 mar. 2015. DEJT 31 mar. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de instrumento em Recurso de Revista n. 807-19.2012.5.18.0181. Agravante: Rio Branco Alimentos S.A. Agravada: Lucirene Dias Alves. Relator: Min. Cláudio Mascarenhas Brandão. Brasília, 20 maio 2015. DEJT 22 maio 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 619-88.2014.5.03.0014. Agravante: Viação Sidon Ltda. Agravado: Glauber de França Pereira. Relatora: Desa. Convocada Jane Granzoto Torres da Silva. Brasília, 08 abr. 2015. DEJT 10 abr. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 0002056-34.2011.5.20.0003. Recorrente: Neylla Bryanna Barreto Pinto. Recorrido: Makro Atacadista S.A. Relator: Min. Alexandre de Souza Agra. Brasília, 14 dez. 2016. DEJT 19 dez. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 1742-09.2011.5.05.0132. Recorrente: Arisma de Araújo. Recorrido: Excellent Suporte Operacional e Serviços Ltda. Relator: Min. José Roberto Freire Pimenta. Brasília, 09 abr. 2014. DEJT 15 abr. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 335-86.2011.5.07.0010. Recorrente: Seara Alimentos S.A. Recorrido: Elizario da Cunha Lima Junior. Relator: Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos. Brasília, 17 dez. 2014. DEJT 19 dez. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 445-88.2012.5.24.0071. Recorrente: Alex Dias dos Santos. Recorrido: Contern Construções e Comércio Ltda. Relatora: Min. Maria Helena Mallman. Brasília, 03 maio 2017. DEJT 19 maio 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 803-36.2011.5.15.0072. Recorrente: Neide Guedes. Recorridos: Brascan Agri S.A. e outro. Relator: Des. Convocado Cláudio Armando Couce de Menezes. Brasília, 18 mar. 2015. DEJT 31 mar. 2015.



BRASIL. TST. **Repositórios autorizados de jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em:

<[http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1391696/repositorio\\_tabela.pdf](http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1391696/repositorio_tabela.pdf)>. Acesso em: 24 jun. 2017.

CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 4.ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CHAVES, Antonio. **Responsabilidade pré-contratual**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1997.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Luciano Augusto de Toledo. **Responsabilidade Civil Pré-contratual em Direito do Trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2008.

COUTO E SILVA, Clovis do. **A Obrigação como Processo**. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de; OLIVEIRA, Cinthia Machado de. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: contratos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 883, p. 9-56, maio 2009.

GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**. 1. ed. São Paulo: Juarez Oliveira, 2003.

GENRO, Tarso. **Direito Individual do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1994.

GIERKE, Otto Von. **Las raizes del contrato de servicio**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1989.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, Orlando. **Questões de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1974.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. v. 4. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEXMAGISTER. **DVD Magíster**. ed. 71, dez./jan. 2017. Disponível em: <<http://www.editoramagister.com/DetalleProducto.aspx?id=62>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

MARANHÃO, Délio. **Instituições de Direito do Trabalho**. 2.ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1961.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação**. 1. ed: São Paulo, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. **Sistema e Cláusula geral: a boa-fé objetiva no processo obrigacional**. 1996. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade pré-contratual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Estudos de Direito do Trabalho**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2003.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Curso de direito do trabalho**. Trad. João da Silva Passos. São Paulo: LTr, 1982.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. Fontes das Obrigações: Contratos. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WILHELMS, Adriano Santos. Responsabilidade pré-contratual. **Revista eletrônica: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações**, Porto Alegre, v. 5, n. 79, p. 86-103, 2009.