

DANO MORAL POR ROMPIMENTO PRÉ-CONTRATUAL: A QUEBRA DA CONFIANÇA À LUZ DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ APLICADO AO DIREITO DO TRABALHO

MORAL DAMAGE FOR RUPTURE BEFORE THE CONTRACT: THE BREACH OF TRUST ANALYZING THE RECTITUDE AND PROBITY APPLIED TO LABOR LAW

Wilker Jeymisson Gomes da Silva*

RESUMO

O contrato, utilizando a autonomia da vontade para estabelecer relações interpessoais, é visto como uma das formas de se instrumentalizar o direito à liberdade. Não há dúvidas em relação à importância das tratativas contratuais na sociedade em que vivemos, por isso, é imperioso conhecer este instituto em suas peculiaridades. Analisando o procedimento para a feitura de um contrato, é possível perceber que em todas as suas fases há a possibilidade de ocorrer um dano passível de reparação pelo seu causador; contudo, a legislação é silente no tocante à responsabilidade na fase que precede a realização do contrato, consistente em negociações preliminares. Sabendo ser o contrato de trabalho uma espécie do gênero contrato, neste estudo o objetivo principal é compreender quais seriam as implicações do rompimento do procedimento contratual trabalhista antes de sua efetiva formação. Tratou-se de uma pesquisa bibliográfica, com embasamento legal e jurisprudencial, da qual, ao fim, se depreende que, as negociações preliminares, embora não vinculem as partes, devem estar permeadas de boa-fé, de modo que, havendo fundada expectativa em uma das partes pela formação efetiva da convenção, deve esta ser indenizada pelos danos suportados, inclusive os de cunho moral.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Contratual. Contrato de Trabalho. Negociações preliminares. Dano moral.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2 Contratos: conceito, elementos essenciais e sua formação, de acordo com o código civil de 2002. 2.1 Conceito e elementos essenciais ao contrato. 2.2 Princípios regentes. 2.2.1 Autonomia privada. 2.2.2 Obrigatoriedade dos contratos – pacta sunt servanda. 2.2.3 Boa-fé objetiva. 2.3 Disposições acerca da formação do contrato no código civil. 2.3.1 Expressão da vontade, oferta e aceitação. 2.3.2 Etapa pré-contratual: as negociações preliminares. 3 Responsabilidade civil e considerações sobre o dano moral. 3.1 A responsabilidade civil e seus requisitos. 3.2 O dano moral. 4 As negociações preliminares para a formação do contrato de trabalho. 5 A possibilidade de caracterização de danos morais na fase que antecede à formação do contrato de trabalho. 5.1 A boa-fé nas negociações anteriores à contratação do trabalhador. 5.2 A configuração do dano moral em sede de pré-contrato de trabalho. 6 Considerações finais. Referências.

REFERÊNCIA: DA SILVA, Wilker Jeymisson Gomes. Dano Moral por Rompimento Pré-Contratual: A Quebra da Confiança à Luz do Princípio da Boa-Fé aplicado ao Direito do Trabalho. *Res Severa Verum Gaudium*, v. 3, n. 1, Porto Alegre, p. 166-182, mar. 2017.

ABSTRACT

The contract, using the autonomy of the will to create interpersonal relations, is one of the ways to realize the right of freedom. There is no doubt that contractual negotiations are important, so it is essential to know the institute and its peculiarities. Observing the procedure to make a contract, it is possible to see that in all stages there may be the occurrence of damages susceptible to reparation. The legislation, however, is silent as to the responsibility in the pre-contractual stage, which encompasses the first agreements. As the labor contract is a kind of contract, it is important to understand which the implications of the breach of the labor contract before its formation are. This is a bibliographic research, with foundations in law and jurisprudence. It aims to show that, even if there is no obligation in the preliminary negotiations, we must have ethical acts. If there are expectations from at least one of the parties to sign the contract, compensation for the damage caused by the breach of trust, including moral damages, is due.

KEYWORDS

Contractual Law. Labor Contract. Preliminary negotiations. Moral damage.

* Concluinte do curso de Direito na FESP – Faculdade de Ensino Superior da Paraíba, com previsão para colação de grau em 2017. Cursando Especialização em Direito do Trabalho e Previdenciário na IESP – Instituição de Educação Superior da Paraíba. Monitor da disciplina de Direito Administrativo I e Direito Administrativo II na FESP – Faculdade de Ensino Superior da Paraíba. Atualmente é estagiário no Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, com lotação no gabinete da Procuradora Sheyla Barreto Braga de Queiroz. Ex-estagiário do TRT 13 - Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, lotado na 8ª Vara do Trabalho da Comarca de João Pessoa. Ex-estagiário do escritório Mouzalas, Borba e Azevedo Advogados Associados. Tem experiência na área de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho, Direito Civil e Direito Processual Civil.

1 INTRODUÇÃO

O Código Civil prevê em seu texto, quando do trato do instituto dos contratos, o princípio da boa-fé, sendo este uma cláusula geral que deve estar presente em todas as tratativas jurídicas. Já concebido como preceito moral aplicável, a novidade que se traz com a legislação, ao revés do Código Civil de 1916, omissa nesse sentido, é a positivação de tal dever ético que, se não observado, pode ensejar ao transgressor o dever de reparar o dano causado.

O dever de boa-fé se caracteriza pela adoção de comportamentos subjetivos e objetivos nas relações contratuais dotados de lisura e honestidade; contudo, no Direito Contratual é obrigatória apenas a presença da boa-fé objetiva, não havendo previsão legal no intuito de se analisar o *animus* ético do sujeito quando da formação de um vínculo contratual. Desta forma, adota-se no Direito Privado o dever de boa-fé objetiva, que é aquela que se espera do homem médio.

A aplicação deste princípio se dá integralmente na esfera moral e jurídica, e por consequência, também no Direito Contratual. Assim, incluídos os contratos de trabalho dentro do gênero contratos *lato sensu*, vê-se que é evidente a necessidade de se manterem condutas íntegras em todas as fases do contrato de trabalho, até mesmo nas negociações que o antecedem. Isto posto, a inobservância deste dever ético positivado nos contratos de trabalho poderão gerar efeitos na órbita civil, surtindo deveres por omissão ou ação ilícita, a fim de se retornar ao estado anterior e equilibrar situação.

Com a finalidade de compreender as consequências jurídicas e os fundamentos legais e principiológicos dos danos morais que podem ocorrer pelo rompimento de um dever pré-contratual, pretende-se, através deste estudo, analisando os posicionamentos jurídicos, doutrinários e jurisprudenciais pertinentes, esclarecer as problemáticas aqui levantadas, que giram em torno do dano moral pré-contratual.

2 CONTRATOS: CONCEITO, ELEMENTOS ESSENCIAIS E SUA FORMAÇÃO, DE ACORDO COM O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Para uma melhor compreensão do objeto de estudo que aqui será delimitado e aprofundado, importante se fazer uma análise de institutos primordiais ao tema, que, no caso em discussão, envolve o Direito Contratual. Assim, imprescindível tecer uma breve exposição acerca de premissas essenciais, como o conceito de contrato, seus elementos constitutivos, sua formação, princípios regentes bem como outras disposições gerais. Vejamos.

2.1 Conceito e elementos essenciais ao contrato

Importante, inicialmente, conhecer de algumas definições essenciais para compreender o instituto em foco, para um melhor entendimento da discussão que aqui será travada. Primeiramente, o contrato, em sua conceituação, significa a manifestação da vontade que tem por como objetivo a constituição, alteração ou a extinção de um direito. Wald (2011, p. 228) define o contrato como “[...] um negócio jurídico bilateral, pois depende de no mínimo duas declarações de vontade, visando criar, modificar ou extinguir obrigações (direitos relativos de conteúdo patrimonial)”.

Para tal tratativa ter validade jurídica, devem se fazer presentes os requisitos essenciais à realização de um negócio jurídico em sentido amplo. O art. 104 do Código Civil traz esses elementos, que são: a presença de partes capazes, tratativa acerca de objeto que não fira preceitos legais, obrigação possível de ser executada, com objeto determinado ou determinável, e, por derradeiro, deve a pactuação obedecer a um determinado modelo legal, caso seja previsto algum para o caso em concreto, conforme o art. 107 do Código Civil.

Todavia, em algumas espécies de negociações deverão estar presentes outros requisitos adicionais e específicos, que atendem às peculiaridades de determinada tratativa, pois, para a realização de certos gêneros contratuais, se faz necessária a constância de elementos essenciais que não constam na regra geral prevista do Código Civil. Dito isto, passa-se a tratar dos princípios que regem os contratos.

2.2 Princípios regentes

Em linguagem comum, os princípios significam de onde algo começa, sendo a origem de determinada coisa. Reale (2004, p. 303), em um conceito científico, aduz que os princípios são “[...] verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter excepcional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis”.

Dito isto, sabe-se que os princípios mais relevantes que regem o instituto dos contratos são: o princípio da autonomia privada ou autonomia da vontade; o da função social; o princípio da obrigatoriedade dos contratos ou *pacta sunt servanda*; a boa-fé objetiva; a relatividade dos efeitos das disposições contratuais, dentre outros compreendidos na doutrina e reconhecidos pela jurisprudência.

Para o embasamento do estudo ora realizado, viável analisar apenas aqueles que se demonstram hábeis a tornar inteligível a situação aqui discutida, que é a caracterização dos danos morais quando do rompimento de um contrato (de trabalho) na fase pré-contratual, ou seja, antes da formação efetiva do contrato. Assim, abordar-se-á os princípios da autonomia privada, da força obrigatória dos contratos e boa-fé.

2.2.1 Autonomia privada

O contrato, instituto originalmente surgido no direito privado, possui como um de seus elementos o consenso, ou seja, a vontade que as partes acordam e manifestam acerca de algo que, no caso, são as disposições previstas neste instrumento. Venosa (2013, p. 533) afirma que “A vontade contratual, que se subsume em um consentimento no contrato, é uma vontade negocial: isto é, dirigida para a obtenção de efeitos jurídicos, tutelados e vinculantes. O consentimento contratual é o cerne desse negócio jurídico”.

Assim, por ser um acordo de vontades reconhecido pelo Direito, o contrato é um instrumento que expressa a liberdade do homem, podendo este transacionar se quiser, com quem quiser e acerca do que quiser, ressalvadas, nos dois últimos casos, as proibições trazidas pela lei, moral e bons costumes. A exemplo de Arnaldo Wald, a doutrina tende a dividir a autonomia da vontade em liberdade contratual e liberdade de contratar – no primeiro caso tratando-se do conteúdo, e no segundo na escolha em firmar um contrato ou não.

Wald (2011, p. 230) assevera que “[...] a liberdade contratual é a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato”, enquanto a liberdade de contratar, segundo Tartuce (2014, p. 55), “[...] é a plena liberdade para a celebração dos pactos e avenças com determinadas pessoas, sendo o direito à contratação inerente à própria concepção da pessoa humana, um direito existencial da personalidade advindo do princípio da liberdade”.

Tal princípio traz a ideia de que, não encontrando óbices em normas jurídicas, os contratantes podem dispor sobre qualquer coisa e com qualquer pessoa, desde que esta última, logicamente, aceite os termos negociação. Haja vista as limitações legais, deve-se considerar que “[...] o contrato não mais é visto pelo prisma individualista de utilidade para os contratantes, mas no sentido social de utilidade para a comunidade” (VENOSA, 2013, p. 392).

Em que pese ser vista como um elemento central e suficiente para a formação do contrato, a expressão da vontade não pode possuir efeitos absolutos, encontrando a autonomia da vontade, em suas duas vertentes, limitações de ordem subjetiva (quanto à pessoa) e objetiva (quanto ao conteúdo do contrato). Estes limites se legitimam principalmente pela função social dos contratos, que prima o interesse público em detrimento ao meramente privado. Eis, pois, a finalidade do princípio em comento.

2.2.2 Obrigatoriedade dos contratos – *pacta sunt servanda*

Em decorrência do princípio da autonomia privada, entende-se que as tratativas ratificadas pelas partes de um contrato devem ser observadas entre elas, pois as estipularam de forma livre e consciente,

pelo que têm o dever de dar cumprimento integral ao negócio jurídico formado. Assim, como fartamente expõe a doutrina, o contrato “faz lei entre as partes”.

Evidentemente, as pessoas não são obrigadas a contratarem. Mas, se o fizerem, possuem o dever de obedecer ao que em determina convenção dispuseram. Corroborando com tal afirmativa, é muito conhecido pela doutrina o brocardo do Direito Romano, segundo o qual “*pacta sunt servanda*”, ou seja, há “força obrigatória do estipulado no contrato”. Esta obrigatoriedade advém da doutrina tradicional, e ainda encontra aparato no direito contratual atual, objetivando primar pela segurança das relações jurídicas estabelecidas.

Não obstante a força obrigatória que deve reger os contratos, esta afirmação não é mais uma premissa absoluta. Segundo Tartuce (2014, p. 89) “[...] a realidade jurídica e fática do mundo capitalista e pós-moderno *não possibilita mais a concepção estanque do contrato*” (grifos acrescidos). O mesmo autor afirma que “Dentro dessa realidade, o princípio da força obrigatória ou da obrigatoriedade das convenções continua previsto em nosso ordenamento jurídico, mas não mais como regra geral, como antes era concebido” (TARTUCE, 2014, p. 90).

Assim, examinando a concepção atual de tal princípio, compreende-se que a tese que se adota é a de haver a relativização de tal obrigatoriedade em cumprir os termos de uma avença, havendo situações em que, diante de determinado fato que altera a possibilidade de se dar execução aos termos pactuados, será medida de direito a realização de uma revisão contratual para conservá-lo equitativo, com o objetivo de ser este mantido, evitando a sua indesejável extinção.

2.2.3 Boa-fé objetiva

O Código Civil de 2002, de forma acertada, compartilhando do entendimento também adotado pela legislação portuguesa, alemã e italiana, tratou expressamente do princípio da boa-fé, dispondo em seu art. 422 que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Desta maneira, nas relações sociais, prima-se por condutas éticas, inclusive no que tange às obrigações. A finalidade do princípio em tela é assegurar “[...] a proteção da confiança, exigindo-se que as partes atuem de acordo com os padrões usuais. Representa, por um lado, o dever de lealdade, e, por outro, a correlativa proteção da expectativa que nasce em uma pessoa” (WALD, 2011, p. 233).

Ressalte-se que a boa-fé tratada pela codificação civilista é a objetiva, e não a subjetiva, sendo oportuno traçar uma diferença entre estas espécies de boa-fé: a boa-fé objetiva é tida como aquela que abrange tanto a boa-fé subjetiva, que se baseia em uma “boa intenção” como os deveres de lealdade e probidade com que devem os homens agir. Logo, a lei determina que o homem é obrigado, durante

todas as fases do contrato, a agir não só em observância aos seus dispositivos, mas também aos preceitos éticos e morais que devem embasar todas as condutas humanas, inclusive aquelas que empreendem esforços para a formação de um contrato.

Neste passo, é previsto na lei, conforme o já citado art. 422 do CC, que se deve agir com probidade e boa-fé durante o contrato assim como no momento da sua conclusão; contudo, tal dispositivo é omissivo, pois nada diz sobre a fase que antecede à formação do contrato. Sobre tal omissão, Tartuce (2014, p. 97), questionando esta lacuna legal, suscita que:

Indagações surgem, pela falta de previsão legal, quanto à fase pré-contratual, ou de negociações preliminares: há necessidade da presença da boa-fé nessa fase? Quais as consequências advindas de sua inexistência na fase de tratativas contratuais? Será que, pelo que consta do Código Civil de 2002, comete abuso de direito aquele que desrespeita a boa-fé na fase de negociações preliminares?

A priori, reputa-se aplicável tal princípio à fase pré-contratual. Contudo, estas são algumas das questões que ao longo deste ensaio científico serão estudadas com maior profundidade, especificamente no tocante ao direito do trabalho e o instituto do contrato de trabalho, visando esclarecer quais as consequências legais quando do rompimento do “contrato” em suas preliminares, onde, embora ainda não firmado expressamente, em pelo menos uma das partes há reais expectativas de vê-lo firmado.

2.3 Disposições acerca da formação do contrato no código civil

O contrato, embora precise apenas de manifestações de vontade convergentes para subsistir, não é formado de forma instantânea, pois, segundo Pereira (2013, p. 32), este é “[...] o resultado de uma série de momentos ou fases, que às vezes se interpenetram, mas que em detida análise perfeitamente se destacam: negociações preliminares, proposta, aceitação”. Assim, oportuno tecer uma análise, de forma sintética, acerca das fases transpassadas até se formar um contrato.

2.3.1 Expressão da vontade, oferta e aceitação

O contrato tem sua formação iniciada pela união de duas ou mais vontades convergentes, e “A partir da existência do consentimento são examinados os outros elementos do negócio jurídico contratual: o objeto, comum a todos os contratos, como aqueles exigidos em determinadas relações; a forma prescrita em lei [...]” (VENOSA, 2013, p. 534). Importante reiterar que, de acordo com a disposição do art. 107 do Código Civil, a manifestação de vontade não possui forma especial, em regra.

Em seguida, há a fase da policitação, ou simplesmente fase da oferta, sendo esta a primeira fase efetiva de um contrato. Nesta fase, uma das partes declara a vontade de negociar com a outra, propondo

a formação do contrato. O Código Civil traz um rol de dispositivos acerca da proposta, tratando da vinculação que esta acarreta, em regra, bem como dispõe acerca da aceitação da outra parte. Em artigos seguintes, a lei civilista trata do momento de conclusão dos contratos e o lugar de sua celebração.

Observado este procedimento para a feitura de um contrato, vale destacar que, antes de sua formação efetiva pode haver negociações preliminares, no intuito de deliberar sobre o conteúdo do pacto. Contudo, as negociações preliminares não se submetem ao princípio da obrigatoriedade dos contratos, por serem apenas tratativas, e não contratos propriamente ditos, como se verá no tópico seguinte.

2.3.2 Etapa pré-contratual: as negociações preliminares

A pré-contratualidade é o que se chama “minuta”, ou seja, o rascunho de um futuro contrato. Segundo Farias (2015, p. 52) “[...] poderá consistir em uma solicitação de orçamento, indagação do preço de um serviço ou qualquer comportamento indicativo do interesse de celebrar um contrato”.

Acerca das negociações preliminares, se diz que, nesta oportunidade,

Debates os interessados as condições que podem tornar o contrato viável, prolongando-as com o objetivo de verificarem se o negócio realmente lhes convém. Chegam, não raro, a elaborar um projeto do futuro contrato, redigindo, de comum acordo, a minuta, que servirá de roteiro, para a redação do competente instrumento, cujo texto, via de regra, a reproduz. Outras vezes, as negociações preliminares registram-se em simples apontamentos, utilizados posteriormente para precisar a vontade dos interessados quanto ao conteúdo do contrato. Seja qual for, porém, a forma que assumam, as negociações preliminares constituem atividade que, embora não seja propriamente contratual, possui, em certas circunstâncias, indiscutível relevância jurídica. Tais negociações não passam, entretanto, de mera tentativa para a realização de contratos, não se confundindo com as negociações contratuais propriamente ditas (GOMES, 2009, p. 72).

“As negociações preliminares (*tractatus, trattative, pourparlers, memorandum of understanding, letter of intent*) são conversas prévias, sondagens, debates em que despontam os interesses de cada um, tendo em vista o contrato futuro” (PEREIRA, 2013, p. 33), e por esta razão, tendo em vista que possuem importância para o Direito, devem ser conduzidas da melhor maneira possível.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL E CONSIDERAÇÕES SOBRE O DANO MORAL

Como o objeto em estudo é a responsabilização por danos morais quando da quebra da confiança em fase que antecede à formação de contrato, que eventualmente se iria firmar, é necessário tecer alguns comentários acerca da responsabilidade civil no que tange aos direitos subjetivos, como honra, imagem, dignidade, fama etc., que, se violados, também podem gerar o dever de reparação por seu transgressor. A seguir, tecer-se-á uma análise de tais institutos.

3.1 A responsabilidade civil e seus requisitos

A responsabilidade civil, em seu sentido amplo, é o dever de reparar um dano que incumbe à parte que o causa a outrem, desde que presentes determinados requisitos que configurem esta obrigação, com o objetivo de que, desta forma, possibilite-se voltar o equilíbrio existente no *status quo ante*. Entende-se, em sentido geral, que toda atividade que causa prejuízo a outrem gera o dever de seu causador repará-lo.

O dever de reparar os danos decorrentes da prática de ato ilícito é o que se denomina responsabilidade. Venosa (2013, p. 5) assevera que “A responsabilidade, em sentido amplo, encerra a noção pela qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as consequências de um evento ou de uma ação”. Gonçalves (2013, p. 55) diz que “A obrigação de indenizar decorre, pois, da existência da violação de direito e do dano, concomitantemente”.

Para se caracterizar o dano indenizável, necessária a conjugação de alguns requisitos: primeiramente, deve haver uma conduta (comissiva ou omissiva) por parte de um agente; deve haver um resultado prejudicial experimentado pela vítima; também é necessário que haja nexos causal, ou seja, relação de causa e efeito entre o ato praticado e o prejuízo suportado; como último requisito, tem-se a noção de culpa *lato sensu*, que somente será útil nos casos de responsabilidade subjetiva.

No entanto, existem excludentes do dever de indenizar, onde a regra da responsabilização por ato prejudicial ficará afastada. Excetuadas as hipóteses de excludentes de responsabilidade civil, o art. 186 do Código Civil dispõe que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Também o art. 927 desta mesma codificação dispõe que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Assim, preenchidos os requisitos exigidos pela lei, surge o dever de indenizar, decorrente da violação de um direito objetivo ou subjetivo pertencente a um sujeito, sendo o prejuízo causado a estes bens jurídicos denominados pela doutrina de dano material e dano moral, respectivamente. Por ser pertinente ao tema em debate, o dano moral, que decorre da violação de direitos subjetivos de outrem, será o objeto de estudo do tópico a seguir.

3.2 O dano moral

Pelo que foi supramencionado, quando do estudo das noções gerais acerca da responsabilidade civil, vê-se que há a possibilidade de reparação ressarcitória em decorrência da violação de direitos subjetivos. Em análise à legislação privada, observa-se que, seguindo a ideologia da Constituição Federal de 1988, o Código Civil dispôs sobre o dano moral.

A Constituição Federal, no art. 5º, ao elencar os direitos fundamentais pertencentes ao indivíduo, tutelou determinados bens jurídicos que protegem a esfera subjetiva da pessoa, como pode ser visto nos incisos V e X deste artigo. Tais disposições assecuratórias corroboram com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, contido no art. 1º, inciso III, da Carta Magna.

Dispondo sobre este instituto, Gonçalves (2013, p. 384) escreve que “Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc. [...]”. Assim “Podemos defini-lo, de forma abrangente, como sendo uma agressão a um bem ou atributo da personalidade. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 90-91).

Esta lesão a bens não-patrimoniais se presume quando da análise casuística, devendo ser suficientemente grave e robustamente provado para permitir ensejar a reparação pretendida. No trato do dano moral e sua limitação, Venosa (2013, p. 47), aduz que:

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí porque aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. *Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o bonus pacer familias: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diurnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino.* Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca [...] (grifos acrescidos).

Logo,

Nessa linha de princípio, *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 estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos (CAVALIERI FILHO, 2012, P. 93) (grifos acrescidos).

Destarte, a situação em concreto deverá servir como parâmetro para a arbitração do *quantum* a ser pago a título de indenização – embora imensurável o prejuízo moral – não devendo este valor ser tão ínfimo a ponto de não atender o binômio punição-reparação, nem tão alto a ponto de ser considerado como enriquecimento ilícito para a vítima do dano. Deve ser feito um juízo de proporcionalidade e razoabilidade, pois, como obtempera Venosa (2013, p. 50) “O montante da indenização não pode nem ser caracterizado como esmola ou donativo, nem como premiação”.

4 AS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES PARA A FORMAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Vistos aspectos importantes acerca do contrato, com a análise de sua formação, fez-se uma explanação acerca da existência de uma fase anterior à própria existência do contrato, que consiste na discussão acerca dos termos que irão constar no acordo de vontades. Discorrendo acerca desta fase pré-contratual, a doutrina predispõe que:

Antes de aceitar, uma das partes pode pretender apenas obter informações, para saber se interessa ou não o contrato. Assim, indagações, apontamentos, minutas, visitas, contas, troca de cartas para esclarecimentos não vinculam as partes. O contrato poderá ou não se realizar (WALD, 2011, p. 259).

Nesta senda, o contrato de trabalho, espécie do gênero contrato, possui regramento próprio, tendo como lei principal de regência a CLT. Também o contrato de trabalho, acordo de trato sucessivo, é formado por duas pessoas, de modo consensual ou não solene, neste se estipulando prestações e contraprestações para as partes, havendo a presença da comutatividade.

Destarte, as negociações preliminares, antecedentes à formação do contrato, em âmbito de Direito do Trabalho, não se diferenciam totalmente da punção que ocorre nos contratos de Direito Civil. No “pré-contrato de trabalho” há a estipulação de futuras obrigações e direitos, assim como na legislação civil; porém as discussões não são paritárias, pois os contratos celetistas são do tipo de adesão, em sua grande maioria, cabendo ao empregado apenas aceitar ou não os termos dispostos em um contrato pré-estabelecido.

Acerca das negociações preliminares quando se trata de contratos de adesão, a doutrina dispõe que:

Mesmo nos negócios jurídicos instantâneos, nos contratos de adesão e nas relações contratuais de fato há uma fase preliminar. É uma etapa breve, que não se exterioriza posto ser de natureza psicológica, mas na qual o contratante calcula as vantagens patrimoniais e existenciais de se submeter a uma determinada contratação (FARIAS, 2015, p. 52).

Assim, sendo espécie de contrato, os dispositivos compatíveis e os princípios contratuais de Direito Civil se aplicam à espécie. Exemplificativamente, no que tange ao princípio da boa-fé, elementar aos contratos, Martins (2015, p. 109), consolidando o entendimento previsto no art. 422 do Código Civil, dispõe que “Em qualquer contrato, inclusive no de trabalho, ambas as partes devem estar imbuídas de boa-fé”. Deste modo, são questionáveis os efeitos advindos do rompimento de um contrato de Direito do Trabalho nas fases que antecedem a sua formação.

5 POSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DE DANOS MORAIS NA FASE QUE ANTECEDE À FORMAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Observado que “os deveres de conduta relacionados ao cumprimento honesto e leal da obrigação também se aplicam às negociações preliminares e sobre aquilo que se passa depois do contrato (FARIAS, 2015, p. 53)”, fácil concluir que, não observadas estas prescrições, com o consequente malefício causado a outrem, emergirá para o infrator o ônus de arcar com uma reparação civil, que, em grande maioria das vezes, é feita de maneira remuneratória, com o dispêndio de valores pecuniários. No tópico seguinte, tratar-se-á da boa-fé aplicada à contratação de empregados.

5.1 A boa-fé nas negociações anteriores à contratação do trabalhador

Haja vista o estudado no tópico acerca do princípio da boa-fé objetiva contratual, foi explicitado que este princípio, ao menos da forma que expressa a codificação civil, não se aplicaria à fase pré-contratual. Entretanto, conforme têm entendido a jurisprudência dominante bem como a melhor doutrina, é inegável a aplicação de tal princípio às tratativas anteriores à formação do contrato, estendendo-se, assim, o campo de aplicação da responsabilidade contratual, compreendido, destarte, entre as negociações preliminares e o fim do contrato.

Não há razoabilidade em não se aplicar o princípio da boa-fé à fase pré-contratual. Deve haver a obrigação de observá-lo também nesta fase, pelo que, diante da quebra desta obrigação, surgirá para aquele que rompeu com esta norma moral (também positivada) o dever de indenizar a parte prejudicada, desde que presentes os requisitos da responsabilidade civil.

Afirma Wald (2011, p. 259) que “[..] se uma parte agiu de forma a fazer acreditar que o contrato seria efetivamente realizado, em análise às peculiaridades do caso concreto, pode responder pelos danos provenientes da quebra na formação da relação contratual”; assim, se deve compreender o termo “prejuízo”, em sede de contratos, não apenas como sendo o rompimento ou a não conclusão de um contrato firmado, também devendo serem abrangidas as hipóteses em que uma das partes suporta ônus inesperado e excessivo em decorrência de ter se empenhado para a formação do contrato, ou simplesmente pela expectativa que possuía em firmá-lo.

Estando presentes os pressupostos que se fazem essenciais para a configuração da responsabilidade civil, que pode ensejar ao transgressor da norma uma reparação, deve esta ser feita de forma integral, ainda que tal fato ocorra em momento anterior à formação de um contrato – hipótese aqui discutida – pois as partes devem guardar a boa-fé antes, durante e depois da pactuação de um contrato, conforme se entende ao fazer uma interpretação sistemática e teleológica da legislação contratual.

O contrato de trabalho, segundo o pensamento de Garcia (2011, p. 62) “[...] pode ser conceituado como o negócio jurídico em que o empregado, pessoa natural, presta serviços de forma pessoal, subordinada e não eventual ao empregador, recebendo, como contraprestação, a remuneração”. Dispõe o art. 442 da CLT que “[...] contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente a relação de emprego”.

De forma análoga, evidente que, ao contrato de trabalho, por ser um contrato, de modo geral, se aplicam estas hipóteses de responsabilidade decorrentes da quebra do dever de boa-fé, ainda na fase que antecede ao contrato. Ora, tal afirmação se faz porque o contrato de trabalho difere do contrato *lato sensu* apenas no que diz respeito ao seu objetivo específico e quanto à legislação protetiva que o rege.

Deste modo, sendo um contrato em sua essência, os princípios de direito contratual comum, inclusive o da boa-fé objetiva, como visto, se aplicam, desde que compatíveis com a legislação celetista, aos contratos de trabalho firmados, nos termos do parágrafo único do art. 8º da CLT. Considerações sobre o dano de natureza moral, advindo da violação ao princípio civilista da boa-fé objetiva, serão feitos em seguida.

5.2 A configuração do dano moral em sede de pré-contrato de trabalho

Conhecidos os requisitos que se fazem necessários para o surgimento do dever de indenizar, assim como o comportamento que deve a parte manter no momento das tratativas anteriores à formação do contrato, é importante discutir acerca dos parâmetros utilizáveis para a configuração do dano moral, outrora estudado, durante esta fase, subsistindo para uma das partes o dever de indenizar, quando não observado estes mandamentos de conduta pautados na boa-fé.

É pertinente analisar a responsabilidade que tal comportamento contrário à boa-fé pode gerar, pois, conforme aduz Farias (2015, p. 53):

[...] as negociações preliminares não são procedimentos completamente discricionários. Os deveres de conduta emanados da boa-fé objetiva já estão presentes ao tempo das tratativas. Eles antecedem ao momento da contratação, surgindo com o início do contato social entre os parceiros. Concilia-se a autonomia privada com a noção da indispensável responsabilidade dos entabulantes sobre as legítimas expectativas de confiança depositadas parte a parte.

A análise, mesmo que deva ser feita a partir de um dado caso concreto, possui algumas diretrizes a serem seguidas. Segundo Venosa (2013, p. 504-505) “Há necessidade de que o estágio das preliminares da contratação já tenha imbuído o espírito dos postulantes da verdadeira existência do futuro contrato. A frustração da contratação gerará então frustração moral, além de material”. Assim, seria

necessário analisar o quão sólidas estavam as tratativas, a fim de notar se seu rompimento iria gerar um prejuízo na órbita subjetiva do outro pretense contratante.

Mas, se um dos interessados, por sua atitude, cria para o outro a expectativa 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 o direito de ser ressarcido dos danos que sofreu. Eis por que tais negociações nem sempre são irrelevantes. Há, em verdade, uma responsabilidade pré-contratual (GOMES, 2009, p. 72).

Quando tais assertivas são trazidas para o âmbito juslaboral, se torna ainda mais crucial esta análise, pois, tendo em vista a vulnerabilidade estrutural, característica do trabalhador, estes podem ter a sua seara moral ferida com mais facilidade se comparada a uma parte em um contrato privado qualquer. Afirma-se isso porque

[...] a intimidade, a vida privada, a Honra e a imagem do ser humano são formadas por um complexo de fatores e dimensões físicos e psicológicos (autorrespeito, autoestima, sanidade física, sanidade psíquica, etc.), os quais compõem o largo universo do patrimônio moral do indivíduo que a ordem constitucional protege. As agressões dirigidas a esse complexo ou a qualquer de suas partes devem ser proporcionalmente reparadas. (GODINHO, 2015, p. 667).

Deste modo, além da proteção em termos materiais, no caso de danos objetivos, caracterizados, por exemplo, pelo dispêndio de valores, mudança de domicílio, aquisição de veículo etc., também se deve atentar aos prejuízos que o rompimento do contrato, em sua sólida fase preliminar, podem ensejar ao trabalhador. Neste sentido, é entendimento firmado na jurisprudência o resguardo aos direitos subjetivos dos pretensos empregados dentro do pré-contrato:

CANDIDATO QUE SE SUBMETE A PROCESSO SELETIVO, ENTREGA DE DOCUMENTOS E EXAMES PRÉ-ADMISSIONAIS E TEM ASSINADA SUA CTPS. JUSTA EXPECTATIVA DE CONTRATAÇÃO. DANO MORAL PRÉ-CONTRATUAL. ÔNUS DA PROVA. **Ocorre dano moral pré-contratual quando a empresa cria para o trabalhador expectativa exacerbada de contratação**, mormente quando na fase das tratativas inclui a realização de exames admissionais e entrega de documentos, gerando no obreiro a quase certeza da admissão, que, por fim, não ocorre. (Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). Recurso Ordinário nº 00001059720145020262 SP 00001059720145020262 A28. 2015.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. 1. DANO MORAL - RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL - ARTS. 427 E 402, IN FINE, CCB. MATÉRIA FÁTICA - SÚMULA 126/TST. 2. DANO MORAL - VALOR DA INDENIZAÇÃO. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. A circunstância de o empregador, na fase que antecede à formalização do contrato de trabalho, **gerar no trabalhador séria e consistente expectativa de celebração do pacto, e, na sequência, acabar por não efetivá-lo, enseja a condenação ao pagamento de indenização por dano moral**. No caso concreto, o TRT de origem consignou as seguintes premissas: a) o obreiro passou por processo de seleção, assinou contrato de trabalho em 18.11.2011, entregou sua CTPS, realizou exame admissional e abriu conta corrente em instituição financeira para receber seus salários, sendo informado que iniciaria a prestação de serviços no dia 22.11.2011; b) no dia designado, os prepostos da Reclamada determinaram que ele retornasse para casa e aguardasse a convocação para iniciar o trabalho; c) passados três meses, em fevereiro de 2012, a Reclamada devolveu a CTPS sem qualquer anotação e o contrato de trabalho não foi formalizado. Cumpre ressaltar que, na hipótese, além do desrespeito aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho,

consagrados no art. 1º, III e IV, da CF, resulta ofendido o princípio da boa-fé objetiva, insculpido no art. 422 do Código Civil, sendo forçoso manter a condenação da Reclamada ao pagamento de indenização por dano moral. Não há, portanto, como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os termos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido. (Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 278418201250220011. 2014.).

Farias, corroborando esta obrigação, (2015, p. 54) aduz que:

Se nas negociações preliminares já há um contato social entre os contraentes, de onde emergem deveres de conduta vazados na preservação de condutas leais e cuidados recíprocos, no transcurso das tratativas, a ruptura imotivada e danosa das conversações é fator que vulnera a confiança daquele que foi induzido a legítimas expectativas de que o contrato seria realizado.

Desta forma, havendo o ato ilícito, consubstanciado na quebra da boa-fé quando das tratativas sobre a contratação de um trabalhador, em decorrência de uma conduta dolosa ou culposa do empregador, deve este ser compelido ao pagamento de uma indenização em favor do empregado-vítima, desde que esta ação ou omissão seja grave de tal forma que sejam causados prejuízos de ordem subjetiva ao empregado. Em síntese, preenchidos os requisitos da responsabilidade civil, há o dever de indenizar a denominada “perda de uma chance”.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelos fundamentos que foram expostos no presente ensaio científico, por meio do estudo dos pontos pertinentes ao instituto dos contratos, pode-se perceber que, em que pese haver lacuna legal na legislação civilista quanto à responsabilidade civil pré-contratual, deve esta subsistir, havendo, pois, a obrigação de indenizar àquele que sofreu prejuízos pelo rompimento do contrato nas fases preliminares.

A aplicação do princípio da boa-fé às relações sociais se mostra bastante forte em todo o Direito, principalmente no ramo contratual, e ainda mais no âmbito do Direito do Trabalho, pois, neste último caso, analisando a superioridade econômica atinente aos empregadores em detrimento dos empregados, é preciso atentar-se aos eventuais abusos que podem ser cometidos durante o contrato, assim como nas negociações que o antecedem.

Assim, demonstra-se que a realização de uma conduta a fim de extinguir negócios preliminares que, se continuados se transformariam em contratos, podem acarretar em prejuízo moral a depender da maneira como se dá o rompimento, de tal forma que, aquele que experimentar os danos por decorrência do ato, tem o direito à reparação civil em seu favor, nos termos da legislação civilista vigente.

A medida que se vê como a mais adequada para a inoccorrência do dever de indenizar pelas partes de um contrato trabalhista é ter como base em suas relações a boa-fé, consubstanciada em condutas probas, retas e éticas, a fim de que a confiança permaneça das tratativas iniciais até o momento

pós-contratual, ou seja, até a conclusão do contrato. Deste modo, evita-se a responsabilidade civil e mantém-se a pacificidade nos vínculos sociais, evitando uma solução litigiosa e prejuízos às partes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 2014.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 15 fev. 2016.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 fev. 2016.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). Recurso Ordinário nº 00001059720145020262 SP 00001059720145020262 A28, Recorrente: Atmosfera Gestão Higienização de Têxteis, Recorrido: Elson Alves Santos, Relator: Ricardo Apostólico Silva, 6ª Turma, São Paulo, 13 de abril de 2015. Disponível em: <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202179974/recurso-ordinario-ro-1059720145020262-sp-00001059720145020262-a28>>. Acesso em: 18 fev. 2016.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (5. Região). Recurso Ordinário nº 00006982620135050021 – BA, 00006982620135050021. Recorrente: Jailton Santos dos Santos, Recorrido: Start Promocoes e Capital Humano Ltda. – Epp. Relatora: Luíza Lomba, 2ª Turma. Salvador, 25 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://trt-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/158329338/recurso-ordinario-record-6982620135050021-ba-00006982620135050021>>. Acesso em 18 fev. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 278418201250220011. Relator: Maurício Godinho Delgado, 3ª Turma 14 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/151817051/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-278418201250220011>>. Acesso em: 18 fev. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie*. Coleção direito civil, v. 4. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Manual de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: MÉTODO, 2011.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, volume 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 13. ed. São Paulo : Atlas, 2013.

WALD, Arnoldo. *Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*, 2. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

