



UNIVERSIDADE TIRADENTES - UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO
CIENTÍFICO

INDENIZAÇÃO EM PRÉ-CONTRATO DE EMPREGO: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Paulo Ricardo Neves Araújo

Karina Ferreira Soares de Albuquerque

Aracaju

2015

PAULO RICARDO NEVES ARAÚJO

INDENIZAÇÃO EM PRÉ-CONTRATO DE EMPREGO: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo –
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Tiradentes – UNIT, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Aprovado em ____/____/____.

Banca Examinadora

Karina Ferreira Soares de Albuquerque
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

INDENIZAÇÃO EM PRÉ-CONTRATO DE EMPREGO: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Paulo Ricardo Neves Araújo¹

RESUMO

A possibilidade de haver responsabilização de cunho cível em decorrência do rompimento da promessa de contratação para emprego apresenta um campo polêmico no direito brasileiro. Além de um campo polêmico no seio das relações jurídicas, nos deparamos com a ausência de legislação específica que ampare tal feito. Partindo da análise da responsabilidade civil como um todo, este estudo é de fundamental importância para se entender o qualitativo e indenizatório, tendo em vista o ressarcimento dos danos sofridos pelo empregado e qual órgão detém a competência material para processar e julgar litígios deste jaez. E para a melhor compreensão do comum acontecimento, a frustração da celebração do contrato de emprego apesar de ser discutido em seara de responsabilidade civil, é instituto característico do Direito do Trabalho, motivo pelo qual este trabalho dará ênfase à evolução do conceito das relações trabalhistas. Independente do livre arbítrio peculiar ao homem, aplicar-se-á o princípio da boa-fé objetiva para que o empregado não enfrente prejuízos em decorrência de abuso de direito do empregador. O trabalho se encerra analisando pormenorizadamente a responsabilidade civil decorrente da frustração da contratação do empregado pelo empregador, visto que o arrependimento injustificado de não celebração do contrato, quando ocasionar lesões ao empregado, está sujeito à regra geral do ato ilícito, uma vez ausente qualquer lei especial que verse acerca do tema.

Palavras-Chave: Contrato; Frustração; Responsabilidade.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo almeja analisar a real existência do dever de indenizar em decorrência da concretude da não celebração do referido contrato, mediante a aplicação do princípio da boa-fé, princípio basilar nas relações trabalhistas. Propõe-se também a estudar a

liberdade intrínseca a cada indivíduo, ao mesmo passo em que são estabelecidas regras de conduta sociais que quando desobedecidas, resta ferida a ética e a lealdade, condições basilares de toda e qualquer relação jurídica.

Em verdade, a tutela jurídica dispensada aos contratos de emprego, está focada basicamente no campo da indenização quando decorrente da frustração injustificada, ou seja, na proteção da legítima expectativa de concretizar a celebração do contrato de emprego e despertada no empregado, em decorrência lógica da boa fé objetiva.

Deve restar claro que a frustração da promessa de celebração do contrato de emprego, por si só, não pode caracterizar-se como fato gerador de responsabilidade civil, tendo em vista que deve-se analisar qual motivo ensejou na sua não celebração, havendo, tão só, o direito ao *quantum* indenizatório, quando o empregador viola, sem motivação, o sentimento de confiança firmado entre ele e o empregado, ultrapassando, conseqüentemente, pelos fundamentos firmados pelo princípio da boa-fé que circunda as relações contratuais, de uma forma geral.

Ora, todas as relações jurídicas devem ser permeadas por um mínimo de ética e lealdade, não podendo a parte, desobedecendo a padrões de comportamentos socialmente aceitos, causarem danos a outrem, na mesma linha em que o enriquecimento sem causa deve ser severamente coibido em nosso ordenamento vigente.

E para que surja a obrigação de reparar, é imprescindível a configuração do dano. O Código Civil Brasileiro discorre acerca da medida do dano para que seja possível verificar a sua extensão e a posterior indenização cabível. Na mesma esteira, os danos morais devem ser caracterizados quando presente uma ofensa anormal, aquela que extrapola a sinceridade essencial a uma relação de fato.

Através da leitura de diversos doutrinadores, chegar-se-á a um ponto de convergência para que, crítica e qualitativamente, haja a compreensão da lógica que permeia a realidade factual. Deste modo, o procedimento básico é o bibliográfico tendo em vista pairar acerca da possibilidade de indenização quando em decorrência da frustração causada ao empregado quando o empregador, injustificadamente, desiste de celebrar o contrato de emprego prometido.

No que diz respeito à Metodologia aplicada neste trabalho, podemos destacar que o emprego de procedimentos metodológicos promovem o rigor científico a pesquisa, na medida em que é o “caminho para se chegar a determinado fim”.

É de se destacar também que a pesquisa foi processada mediante a observação indireta, através das leituras das bibliografias que abordam acerca das questões contratuais no âmbito do Direito do Trabalho.

Dessa forma, a pesquisa em questão, considerou todos os procedimentos metodológicos ora expressos, sem, contudo, pretender esgotar o assunto, visto que a sociedade em sua autodinamicidade promove mudanças em todas as instâncias sociais, impossibilitando que uma investigação científica possa dar conta de qualquer questão.

No capítulo inicial será estudada a teoria geral dos contratos, perfazendo uma análise conceitual e histórica.

A *posteriori* será feita uma análise pormenorizada dos contratos individuais de emprego, focando em seu conceito, evolução histórica e princípios norteadores.

No último capítulo, enfim, ter-se-á propriamente o desenrolar da responsabilidade civil nas relações trabalhistas formadas pela celebração de um pré-contrato de emprego, esboçando considerações acerca da responsabilidade civil, demonstrando conceitos, espécies, comentários acerca do princípio da boa-fé nos contratos de emprego, bem como o posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca da temática em testilha.

2 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

2.1 Conceito

Destarte, necessitamos de uma noção ampla do que consiste contrato propriamente dito, tornando-se importante apresentar como primeiro passo, conceitos acerca da matéria em pauta, tecendo breves considerações sobre a teoria geral do contrato.

Na sociedade vigente os contratos são celebrados formalmente, devendo preencher determinados requisitos, deixando de ser apenas acertos verbais, diferentemente do que acontecia antigamente, pois a mera palavra bastava para a realização de acordos, já que o homem primitivo demonstrava respeito, dignidade e caráter mediante sua palavra, não sendo necessário nada escrito como garantia.

A partir de tais episódios, foi que surgiu a necessidade de formalizar os acordos de vontades celebrados entre as partes interessadas, em que tudo que ficara acordado deveria ser escrito, para que possuísse alguma espécie de validade.

Entretanto, não é qualquer negócio que deve ser alvo de contratos, mas somente aqueles de relevância e efeitos jurídicos, que constitua um verdadeiro negócio jurídico, que

como dito acima, preenchem os requisitos exigidos, quais sejam: agente capaz, objeto lícito, possível e determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Diante de tal necessidade surgiu o contrato escrito, que nas palavras de Daiuto, expõe o seguinte:

Com efeito, quando o homem primitivo, vivendo em tribos, sentiu necessidade de disciplinar os modos de convivência do grupo e, principalmente, estabelecer regras para o sistema de trocas, vigorante em fase anterior ao aparecimento das moedas, visando, com isso, harmonizar as relações sociais, é onde, sem dúvida, vamos encontrar o germe daquilo que hoje conhecemos como contrato (DAIUTO, 1995, p. 21).

Destaque-se ainda o teor trazido por Pereira (2000, p. 4), em sua obra, sobre a teoria geral dos contratos: “O mundo moderno é o mundo do contrato. E a vida moderna o é também, em tão alta escala que, se fizesse abstração por um momento do fenômeno contratual na civilização do nosso tempo, a conseqüência seria a estagnação da vida social”.

O conceito deste autor apresenta uma visão mais técnica do que venha a ser celebração de um contrato, apresentando que é a partir do contrato que determinado direito é criado, modificado ou até mesmo extinto, e que há como requisito essencial à vontade de duas partes, não excluindo os contratos unilaterais, mas que em regra o negócio jurídico é bilateral ou plurilateral.

3. O CONTRATO INDIVIDUAL DE EMPREGO

3.1 Conceito

Mister se faz destacar alguns conceitos do que consista, sucintamente, o contrato individual de emprego. No ramo do Direito do Trabalho Brasileiro, pode-se colocar que são diversas suas definições esboçadas, escoradas nas duas vertentes, quais sejam: doutrinária e legal. Assim, gize-se o que aduz Pinto (1997, p.162), “o contrato individual de emprego, no Brasil, defronta-se com dois conceitos: um, correto, da doutrina, outro, da legislação”.

Assim, quanto ao conceito doutrinário, discorre o mesmo autor que: “Isto posto, o contrato individual de emprego é o ajuste tácito ou expresso pelo qual o empregador utiliza a energia pessoal e permanente de empregado, mediante subordinação e retribuição, a fim de realizar os fins da empresa”.

Em seguida, tem-se o conceito legal, oportunidade em que nosso legislador, equivocadamente, sem apego doutrinário, construiu um conceito próprio, sendo discorrido e fundamentado no Art. 442 da CLT: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

Diante de tais conceitos, cediço e indubitável é perceber que os contratos na seara trabalhista diferem daqueles apresentados na seara cível, podendo-se destacar, que um dos requisitos exigidos neste, é completamente dispensado no ramo do Direito de Trabalho, qual seja, a solenidade, sendo tal informação, cristalina, tanto no conceito doutrinário, quanto no legal, no momento em que menciona “acordo tácito”.

Assim sendo, o contrato individual de emprego, vulgarmente externando, consiste no ajuste da vontade das partes, em que o empregador se compromete a pagar ao empregado um salário, em razão do serviço prestado.

3.2 Princípios Norteadores do contrato de emprego

Os princípios estão definidos em variadas áreas da ciência jurídica, dentre estas estão o Direito do Trabalho, que tem por finalidade a regulamentação das relações de emprego, estando os princípios gerais e específicos inseridos para auxiliar a compreensão do que dispõe a norma, os quais de acordo com o seu significado dado por José Cretella Júnior citado por Martins, (2006, p. 73): “são o alicerce da ciência”.

Na realização dos ideais de justiça a que se propõe o Direito do Trabalho é que surgem os princípios, os quais no entendimento de Diniz (1997, p. 161), “respondem ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade”.

Nesse sentido, destaca Godinho (2008 p. 198) que:

Os princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alicerce da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática, com regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses do obreiro.

Em relação aos princípios, não se pode esquecer que os mesmos possuem papel fundamental, por serem a base informativa e inspiradora das normas jurídicas, que sobre o tema em comento têm como destinatário o direito do trabalho não sendo outra a sua função principal, a da proteção.

O Direito do Trabalho comporta princípios específicos destinados aos casos concretos com respaldo na norma e reconhecimento pela jurisprudência, quais sejam: o princípio da norma mais favorável; o princípio da liberdade de trabalho; princípio do *indubio pro operário*; princípio da condição mais benéfica; princípio da razoabilidade; princípio da irrenunciabilidade; princípio da continuidade da relação de trabalho; e o princípio da primazia da realidade.

O primeiro deles é o **princípio da norma mais favorável** (grifo nosso), o qual por si só revela a necessidade de proteção urgente de interesses do menos favorecido, visto ser o mais fraco na relação trabalhista e, por isso, vulnerável aos desmandos do empregador ao qual está subordinado.

Aplica-se quando não há especificidade de norma a ser aplicada e quando há normas ocupantes da mesma posição hierárquica, tendo por fundamento o art. 620 da CLT¹.

Para Diniz (1997, p. 164):

A norma mais favorável ao trabalhador deve prevalecer mesmo em confronto a uma norma hierarquicamente superior, salvo se houver lei proibitiva do Estado, visto que, o vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma mais favorável ao trabalhador dentre as diferentes em vigor.

Neste momento observa-se a relevância não só para o empregado, como a doutrina admite que a norma deve ser a mais favorável, prioritariamente, por ser o papel do Direito do Trabalho como norma protetiva dos operários.

Outro princípio tão importante quanto o da norma favorável ao empregado é o **princípio da liberdade de trabalho** (grifo nosso), por considerar que o trabalho somente poderá ser desempenhado por livre e espontânea vontade do deste, o qual concorda em realizar a prestação do serviço sem que haja nenhuma forma de coação, conforme artigo 444 da CLT².

Desta feita foi que foram abolidos, ainda que não na sua totalidade, pois há comentários sobre a existência, mesmo no século XXI do trabalho escravo, o qual anteriormente era exercido de forma contínua, subumana, consideradas atentados à vida dos operários, que além do excessivo esforço físico empreendido para a realização dos serviços não recebiam nada em contrapartida, nem o mínimo de alimento possível ao restabelecimento das forças para o trabalho do dia seguinte.

Considerado um dos mais antigos presentes nas relações justralhistas, o **princípio do *indúbio pro operário* ou *pro misero*** (grifo nosso). Trata-se de denominação adaptada do princípio jurídico penal *indubio pro reo* dada ao empregador, por considerá-lo como réu na relação processual trabalhista, assim, a nomenclatura é direcionada à proteção do operário.

¹ Art. 620 As condições estabelecidas em Convenções, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo.

² Art. 444 da CLT – As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação pelas partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Este princípio consiste na alternativa que possui o operador do Direito do Trabalho para a aplicação, dentre as hipóteses interpretativas existentes da mais benéfica ao trabalhador.

Todavia diante de um texto jurídico que possa causar dúvida quanto ao seu verdadeiro sentido e alcance, como forma de ser a mais justa medida, esse princípio pode ser aplicado, favorecendo, inclusive, quando houver duas ou mais normas dispendo sobre o mesmo direito.

Ressalta-se que tem por finalidade a proteção do empregado na consideração do caso concreto, a fim de ser aplicada a norma que mais se adéqüe.

Vale-se frisar a atuação do **princípio da condição mais benéfica** (grifo nosso), que tem por função a solução de conflitos gerados pela aplicação da norma no tempo, a fim de resguardar os direitos dos trabalhadores nos casos futuros de transformações que venham a atingi-los de forma a prejudicar o direito já adquirido.

É a aplicação direta do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal³ em que pelo fato do trabalhador já ter conquistado certo direito, este jamais poderá ser modificado no sentido de prejudicá-lo.

Observa-se o que dispõe o Enunciado Nº 51 do TST (Tribunal Superior do Trabalho):

ENUNCIADO Nº 51 - NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT. (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1) - Res. 129/2005 - DJ 20.04.2005

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula nº 51 - RA 41/73, DJ 14.06.1973)

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ nº 163 - Inserida em 26.03.1999).

Pode-se ainda suscitar outro princípio de extrema importância, o **princípio da razoabilidade** (grifo nosso), que ressalta a procedência do ser humano de acordo com a razão, por ser considerado um homem médio ou comum. Logo, cabe ao empregador a prova de que a despedida do empregado foi por justa causa, visto que normalmente este não iria colocar em risco seu contrato de trabalho, por ser a forma de obter o sustento da família.

³ Art. 5º, XXXIV A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Da mesma forma, é o empregador que deve provar a má conduta do empregado, quando em situação diversa, como é o caso de: estar embriagado, situações de abandono do emprego, visto que o homem médio não se apresenta nessas condições. Assim, cabe ao empregador as provas de inadequada conduta do empregado, considerando-se as práticas de um homem comum.

Além desta, há o **princípio da irrenunciabilidade** (grifo nosso), que trata da impossibilidade do empregado de privar-se, voluntariamente, em caráter amplo e por antecipação, dos direitos concedidos pela legislação trabalhista. Fundamenta-se na indisponibilidade pelo empregado de seus direitos, possuindo ainda caráter imperativo como é comum das normas trabalhistas⁴, conforme orienta o art. 9º da CLT.

Entende-se por renúncia como um ato jurídico unilateral, pelo qual o titular de um direito, desse se desfaz. Pressupõe que seu titular tem certeza, mesmo de forma subjetiva, do direito que possui, mas por sua própria vontade decide renunciá-lo.

Na prática, às vezes, a renúncia compara-se ao não exercício do direito. Todavia, sabe-se que em regra os acordos são admitidos, enquanto que a renúncia não, pois nos ajustes permuta-se direito litigioso por um benefício visível e adequado, o que não ocorre na renúncia, pois há a privação de um direito certo.

Diante disso, Nascimento (2005, p. 351) salienta:

Que o princípio da irrenunciabilidade dos direitos do trabalhador tem a função de fortalecer a permanência dos seus direitos com a substituição da vontade manifestada, exposta às fragilidades de sua posição perante o empregador, pela da lei, impeditiva e invalidante da sua alienação.

Configura-se que por estar o empregador em posição de destaque ante o empregado, aquele não poderá constranger o trabalhador a renunciar seus direitos, por ter a devida motivação e amparo legais que justificam a permanência de sua condição, como orienta o art. 7º, incisos VI e X da Constituição Federal.⁵

Desta feita, prossegue-se com o **princípio da continuidade da relação de emprego** (grifo nosso), no que trata que há preferência legal dos contratos pelo prazo indeterminado, ao invés de determinados, por possibilitar mediante leis e convenções técnicas

⁴ Art. 9º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

⁵ Art. 7º, da C.F.: São direitos dos trabalhadores [...] além de outros:

VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

X – proteção do salário na forma da Lei, constituindo crime a sua retenção dolosa.

auferir as reais condições da dispensa do empregado, a fim de impedi-las quando sem causa justificadora, como dispõem os artigos 10 e 448 da CLT⁶.

Do mesmo pensamento assemelha-se Martins (2006, p. 78) quando cita o respaldo do enunciado 212 do TST ao dizer:

O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o desprendimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

Desta maneira há de dificultar a prática lesiva de abuso de poder e autoridade, por parte dos empregadores, na dispensa ilegal dos trabalhadores, já que terão que provar o ocorrido.

A proteção do empregado em todo e qualquer aspecto é preservada, inclusive no que tange ao **princípio da inatingibilidade salarial** (grifo nosso). Tal princípio merece a garantia diversificada da ordem pública, a fim de protestar quanto ao seu valor. O salário deve ser de caráter alimentar, atendendo às necessidades essenciais do ser humano⁷.

A noção dada para ao seu caráter pressupõe que, por o empregado exercer função laborativa merecedora de uma contraprestação (salário) a altura do serviço prestado, é que ele também proverá a satisfação das necessidades próprias e da sua família com os ganhos advindos desse trabalho, como: moradia, educação, alimentação, saúde, transporte, dentre outros.

De fato, este princípio especial está intimamente ligado a um considerado mais importante esculpido na Constituição Federal que é o princípio da dignidade da pessoa humana.

O **princípio da primazia da realidade** (grifo nosso), também chamado de Princípio do Contrato-realidade, trata da ênfase da realidade dos fatos verificada na prática da execução dos serviços pelo obreiro, devendo esta se sobrepor às formas, qualificações, e até mesmo ao que possa surgir dos documentos que constam do contrato de trabalho.

⁶ Art. 10 da CLT – Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

Art. 448 da CLT – A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados

⁷ Art. 7º são direitos dos trabalhadores [...] além de outros [...]

IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família [...] com ajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação por qualquer fim.

[...]

Salienta-se que para o Direito do Trabalho o que prevalece é o que ocorre na prática, dia-a-dia do empregado, em detrimento do alegado pelas partes, sendo irrelevante a forma de celebração da manifestação de vontade (contrato) se solene ou não.

Observa-se nos princípios descritos que são considerados também garantias nas diversas questões que são promovidas, sejam elas contratuais, individuais, coletivas e até processuais. “Alguns desses são assegurados a todas as pessoas, mas nomeadamente visam proteger àqueles que figuram nas relações trabalhistas, em especial, o trabalhador”, afirma Nascimento (2005, p. 355).

A Constituição Federal através dos seus artigos 7º e 8º reúnem os princípios constitucionais de maior relevância do Direito do Trabalho, aludindo direito individual, ainda incluindo o devido reconhecimento às convenções coletivas e as diretrizes sobre o direito coletivo do trabalho, observados outros dispositivos em caráter complementativo.

Assim sendo, a verdade é que qualquer ramo do direito hodiernamente utiliza os princípios como base para qualquer solução de celeuma, haja vista que os mesmos permitem ser interpretados de acordo com as mudanças que ocorrem no seio social.

4. A INDENIZAÇÃO NO PRÉ-CONTRATO DE EMPREGO

O direito pátrio, hodiernamente, tem apresentando um questionamento, mediante a doutrina e jurisprudência, em relação aos contratos de emprego, qual seja: Frustração da expectativa de direitos na pré- contratação faz gerar indenização por danos morais?

Os posicionamentos têm sido diversos, haja vista existirem aqueles que defendem que a frustração gera efeitos à título de indenização por danos morais; há ainda os que acreditam que geram não só os danos morais, como também os materiais; e há os que não concordam com nenhuma expectativa de recebimento de indenização por quaisquer danos.

Destarte, para uma melhor compreensão do tema pautado, importante se faz trazer à baila, considerações acerca do que consista a responsabilidade civil, como ainda esclarecimentos do que seja o princípio da boa-fé no contrato de emprego, para a partir de então demonstrarmos o que tem entendido a doutrina e a jurisprudência moderna.

4.1 Responsabilidade Civil

4.1.1 Conceitos e Espécies

Em decorrência da rápida evolução do Direito, a responsabilidade civil enfrenta uma série de discussões tornando-se um dos temas mais hipotéticos da atualidade jurídica. As sucessivas alterações humanas e o progresso tecnológico repercutem em todos os ramos do Direito e na própria conjuntura social.

A doutrina, nem mesmo a Jurisprudência, tendem a uma uniformização acerca da exata definição do alcance, dos pressupostos, e da própria textura da responsabilidade civil. Logo, a constante evolução gera um campo ilimitado de atuação.

Neste liame Pamplona Filho (2002, p. 25):

Discorrer sobre o tema responsabilidade não é, definitivamente, atribuição das mais fáceis, tendo em vista que se trata de uma matéria de natureza interdisciplinar, pois não se refere somente ao direito civil, mas sim a praticamente todos os outros ramos do Direito.

Para que se possa entender o que venha a ser a responsabilidade civil propriamente dita, faz-se mister discorrer acerca do conceito de responsabilidade.

Sobre o tema, o Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, (1995, p.679), apresenta o seguinte verbete:

Responsabilidade. S.f. (Lat; de respondere, na acep. De assegurar, afiançar). Dir. Obr. Obrigação, por parte de alguém, de responder por alguma coisa resultante de negócio jurídico ou de ato ilícito. OBS. A diferença entre responsabilidade civil e criminal está em que essa impõe o cumprimento da

pena estabelecida em lei, enquanto aquela acarreta a indenização do dano causado [...].

A responsabilidade é uma matéria secundária e isto se dá, porque ela decorre de uma relação obrigacional entre dois sujeitos que podem ocasionar o dever de reparar. Assim sendo, observa Lopes (1961, p. 188-189) “responsabilidade significa a obrigação de reparar um prejuízo, seja por decorrer de culpa, seja por outra circunstância legal que a justifique, como culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva”.

Para Silva, (1996, p. 620), a responsabilidade civil significa a obrigação de reparar os danos ou prejuízos de natureza patrimonial (e, às vezes, moral) que uma pessoa cause a outrem.

Seguindo tal raciocínio, o doutrinador Diniz (1996, p. 30), entende que: “aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”.

Aparentemente de exclusividade subjetiva, uma vez baseada na análise do comportamento do sujeito causador do dano, no concernente à teoria do risco ou à simples imposição legal, a responsabilidade se detém à forma objetiva, uma vez que independe da culpa do agente.

Na responsabilidade objetiva o exame de culpabilidade é pouco relevante. Neste caso, o cunho ressarcitório, decorre da própria natureza de determinadas atividades, ou seja, pressupõem dano, prevendo-se o risco. Deve existir o nexo causal, que interliga a conduta e o subsequente resultado, estando prevista na legislação brasileira em caráter excepcional.

Quanto à responsabilidade subjetiva, adotada, em regra, pelo Código Civil de 2002, além de comprovada a causalidade existente, faz-se mister ressaltar a culpa que inspira o causador do dano. Além disso, o ônus da prova é invertido, assim, a quem foi imputada a responsabilidade, é que cabe provar a ausência da culpa.

Para Coelho (2009, p. 255):

A responsabilidade civil pode ser objetiva ou subjetiva. No primeiro caso, o devedor responde por ato ilícito (constitui-se a obrigação em razão de sua culpa pelo evento danoso); no segundo, por ato lícito (a responsabilidade é constituída a despeito da culpa do devedor).

Em análise pormenorizada do parágrafo único do art. 944 do Código Civil, deve haver a diminuição da indenização devida, quando há excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano gerado. Considerando que a indenização não se mede

exclusivamente pela extensão do dano, Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 143) defendem que ela “permite que o juiz investigue a culpa para efeito de reduzir o quantum *debeatur*”.

4.2 O Princípio da Boa-fé no Contrato de Emprego

Este princípio é o norteador da interpretação dos contratos, pois é ele que determina que a interpretação, dos contratos, não se limite tão só às palavras ora expostas nos mesmos, mas se visa nesta hermenêutica contratual a verdadeira intenção dos contratantes, seguindo-se os ditames da boa-fé.

As partes devem agir corretamente (caráter subjetivo e objetivo) nas relações interpessoais, tanto no momento de celebração do mesmo, quanto em sua fase de execução e de seus efeitos.

Deve ser analisada a intenção de cada contratante no que se refere ao cumprimento do contrato estabelecido entre as partes, bem como a possibilidade de seu cumprimento, sendo que o caso fortuito e a força maior são exceções por não dependerem da vontade das partes.

Corroborando com o ora exposto, preceitua Diniz (1996, p. 65):

Segundo esse princípio, na interpretação do contrato é preciso ater-se mais à intenção do que ao sentido literal da linguagem, e, em prol do interesse social de segurança nas relações jurídicas, as partes deverão agir com lealdade e confiança recíprocas, auxiliando-se mutuamente na formação e na execução do contrato.

Esta é a boa-fé subjetiva, momento em que a parte contratante ingressa no contrato, acreditando que isto é correto, é o estado de consciência do contratante.

Entretanto, no Código Civil de 2002, foi adicionada a chamada boa-fé objetiva nas relações contratuais, seu artigo 422, traz a positivação de tal princípio expondo que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”.

A boa-fé compreendida no supramencionado dispositivo, relaciona-se com a percepção social daquela relação interpessoal, ou seja, os contratantes devem agir em conformidade com os padrões sociais estabelecidos pela coletividade, como bem expõe Venosa (2003, p. 379):

O intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, 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.

Com isso pode-se afirmar que a boa-fé objetiva deve ser observada em todas as etapas da relação contratual, tanto nas tratativas, quanto na própria execução do contrato e na fase pós-contratual, sempre se embasando na questão da responsabilidade exposta pelos ditames sociais, sem, contudo, esquecer-se de analisar, no caso concreto, a boa-fé subjetiva, para uma escoreta validade do contrato.

No tocante ao ramo do Direito do Trabalho, o princípio da boa-fé apresenta algumas peculiaridades, e restringindo à seara dos contratos de emprego, tem-se as seguintes palavras de Araújo (1996, p. 236):

Na dinâmica contratual, várias são as situações em que haverá a incidência do princípio da boa-fé. O princípio analisado incide em toda a plenitude, desde as tratativas preliminares, passando pelas alterações contratuais, até o término do contrato. [...]

A declaração de vontade no contrato de emprego está limitada pela responsabilidade e confiança que, tanto o empregador quanto o empregado, devem ter em conta, não só no momento da celebração do contrato, mas também no seu desenvolvimento. A vontade, nesse sentido, é valorizada em toda a sua dimensão na medida em que traduzir conduta que se ajuste, não só nos ditames previstos pela lei, senão também na aspiração de Justiça. Esta é a meta do Direito, que exige dos próprios sujeitos geradores do ato uma linha de conduta baseada no princípio da boa-fé, regulando e despertando a confiança entre as partes, assim como a de terceiros.

Assim sendo, infere-se que a indenização no pré-contrato de emprego, escora-se , também, no princípio da boa-fé, conforme preceituado no art. 187 do código civil, assim frise-se: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Logo, depreende-se que quando o empregador promete a celebração de um contrato com o empregado, e inicia-se os trâmites para a contração, indubitavelmente, gera um sentimento de confiança no empregado, haja vista o mesmo acreditar na boa-fé daquele que emitiu intenção de contratá-lo, todavia, havendo desrespeito a boa-fé e a confiança arraigada na celebração do contrato de emprego, pode ensejar frustração naquele que seria contratado, sendo passível de retribuição indenizatória, em virtude dos prejuízos morais decorrentes da atitude do empregador.

4.3. Posicionamento doutrinário e jurisprudencial

O tema em testilha enfoca a possível indenização por frustração de celebração de contrato de emprego, ou seja, é a indenização a ser percebida pelo empregado, quando o

empregador desrespeita o princípio da boa-fé, que paira entre as relações contratuais, e o sentimento de confiança que fez despertar no empregado, no momento em que externou promessa de contratação.

O ordenamento jurídico sempre buscou proteger as relações contratuais já existentes, fazendo com que as partes contratantes sempre cumprissem com suas obrigações, impossibilitando, destarte, quaisquer espécies de prejuízos a estas, conforme bem preceituado no art. 422 do código civil vigente: “Os contratantes são obrigados guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

As indenizações pós-contratual baseavam-se nos prejuízos efetivamente causados, todavia, tratando-se de um dano pré-contratual, tem-se interesses negativos, já que nenhuma obrigação concreta foi violada, mas tão somente o que se deu foi uma frustração pela obrigação prometida não realizada.

Para melhor entendimento veja-se o que leciona Fischer *apud* Dallegrave Neto (2008, p.121):

Quem pede a indenização do interesse contratual positivo não desiste do negócio jurídico válido, pois reclama, pelo contrário, a sua execução, ainda que em vez do cumprimento efectivo, que se tornou impossível ou perdeu todo o interesse por ele, exija outro objecto, subsidiário da prestação principal: o pedido tem a sua base no contrato ou negócio jurídico válido e perfeito. Por interesse contratual negativo entende-se, ao invés, aquele que se deixa invocar, para efeitos de indenização, a quem confiou na validade dum negócio que no fim de contas vem a ser nulo, quer em consequência de vício original quer por causas posteriores.

Extraíndo-se o dito, linhas atrás, a responsabilidade civil contratual em voga é escorada na confiança estabelecida entre as partes no momento em que há a promessa de celebração do contrato de emprego, porém não é a promessa pura e simples, não se trata da mera verbalização da promessa de contratação, mas a verbalização convincente da tratativa.

Contudo, há os que discordam quanto à possibilidade de indenização decorrente de frustração de celebração de contrato de emprego, é o caso, por exemplo, de Pereira (2000, p. 139), que defende:

Há dificuldade na determinação concreta da culpa *in contrahendo*, vez que para tanto se exige a conciliação de dois princípios: da liberdade contratual e da boa-fé no momento da condução das tratativas negociais, asseverando que a culpa daí advinda é aquiliana e não contratual, vez que baseada na regra geral de que a ninguém é dado prejudicar outrem (*neminem laedere*), e portanto não se trata de violação de cláusula contratual, pois que, nesta fase, ainda não existe contrato.

Coaduna-se a tal posicionamento alguns Tribunais, podendo-se destacar a seguinte decisão:

116000037718 - RESPONSABILIDADE CIVIL FASE PRÉ-CONTRATUAL - CONVITE PARA TRABALHO - RECUSA EM CONTRATAR APÓS APRESENTAÇÃO DE TODOS OS DOCUMENTOS E EXAMES - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - JUSTO IMPEDIMENTO - Não há dever de indenizar na fase pré-contratual quando a empresa comprova que foi justo o motivo para a desistência da contratação no curso das tratativas. (TRT-05ª R. - RO 0013200-63.2009.5.05.0012 - 2ª T. - Relª Luíza Lomba - DJe 31.08.2010)

A questão é que filiar-se ao entendimento acima exposto, é o mesmo que desconsiderar as responsabilidades existentes no momento em que são apresentadas manifestações de interesses das partes em celebrar, concretamente, um contrato de emprego. Até mesmo porque, antes do firmamento do referido contrato, algumas providências devem ser tomadas, como é o caso, por exemplo, de retirada de alguns documentos, exames admissionais, sendo, estes, inexoravelmente, vinculados ao ato de contratação do empregado pelo empregador.

Neste sentido, não coadunar-se com a idéia de possibilidade de indenização por quebra de promessa de contrato de emprego, é não considerar a existência da boa-fé, nem tão pouco da confiança existente entre as partes contratantes, pois, por mais que não haja um contrato efetivamente realizado, o compromisso de uma parte com a outra já passa a existir.

A jurisprudência já demonstrou posicionamento a favor da responsabilidade civil nos casos em comento, assim registre-se:

21159928 – DANO MORAL E MATERIAL. LESÃO PRÉ-CONTRATUAL. PROMESSA DE CONTRATAÇÃO NÃO HONRADA. DIREITO À INDENIZAÇÃO. As negociações para o preenchimento de um posto de trabalho que ultrapassam a fase de seleção 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 aos princípios da lealdade e da boa-fé (art. 422 do Código Civil). Evidencia-se a constatação do prejuízo na hipótese do reclamante pedir demissão do emprego anterior, ficando desprovido de meios para sua subsistência e satisfação de seus compromissos financeiros. Devida a indenização por danos morais e materiais fixada na origem, nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil. (TRT 2ª R.; RO 01231-2008-067-02-00-3; Ac. 2010/0470429; Décima Primeira Turma; Relª Desª Fed. Maria Aparecida Duenhas; DOESP 01/06/2010; Pág. 476).

Questão pertinente ao nosso estudo é no tocante à competência material da Justiça do Trabalho quanto ao julgamento das demandas desse jaez. Assim, conforme redação do art. 114 do nosso Manto Constitucional, pode-se extrair:

Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas”.

Cediço e indubitável é perceber que à Justiça do Trabalho compete processar e julgar os litígios em que envolvem: empregado e empregador, todavia acontece que no momento em que o empregado passa a fazer parte de um processo seletivo de vaga à emprego, ainda não é o mesmo considerado empregado, propriamente dito, mas mero candidato à vaga disponibilizada para laborar.

Acontece que, independente de tal caracterização efetiva, já se formou um vínculo entre tais partes, já que o empregador tenciona em contratar o empregado que demonstra disponibilidade em ocupar o cargo apresentado.

Diante do exposto, salutar é gizar o julgamento do Ministro Antônio José de Barros:

A Constituição Federal, no art. 114, atribui à Justiça do Trabalho a competência para “conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores”. Da norma ali inserta, depreende-se que os dissídios individuais entre os trabalhadores e empregadores abrangem, também, os decorrentes de danos morais praticados no âmbito da relação de emprego. Não há dúvida de que, “in casu”, a questão controvertida é oriunda da relação de emprego. Trata-se de dano extrapatrimonial sofrido pelo empregado, quer provenha da fase pré-contratual quer da contratual ou pós-contratual, pois se refere ao contrato de trabalho. Registre-se pronunciamento do STF, em acórdão da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, no qual se concluiu não ser relevante para fixação da competência da Justiça do Trabalho que a solução da lide remeta a normas de Direito Civil, mas que o fundamento do pedido se assente na relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho (Conflito de Jurisdição nº 6959-6, Distrito Federal). Da mesma forma, para perquirir-se acerca da prescrição aplicável, há considerar em que se assenta o fundamento do pedido. Incensurável a conclusão regional, de que o prazo prescricional aplicável à espécie é o previsto no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal. Recurso conhecido e desprovido.” (TST, RR n. 809-2001-006-19-01, 4ª. T., Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen - DJ: 09-05-2003)

Tal competência da Justiça do Trabalho gerou uma lei específica acerca do tema, qual seja, a Lei n 9029/95, em que aduz: “que cria às empresas o dever de não-discriminar os trabalhadores por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, tanto no momento da execução, quanto no da admissão”. (PINTO, 2007, p. 176)

5 CONCLUSÃO

A pesquisa em pauta permitiu analisar em que consistem as relações contratuais, bem como fazer um paralelo entre os princípios que as regem através de uma série de conceitos e problemáticas referentes aos contratos nas relações de emprego.

Ciente de que a doutrina e jurisprudência ainda não pacificaram o entendimento de que deve existir responsabilidade civil imputado ao empregador, quando este frustra promessa de celebração de contrato de emprego, subsistem situações razoáveis, as quais pressupõem desrespeito ao mínimo ético exigido aos contratantes, que no caso em tela, são: empregador e empregado, que poderão ocasionar a reparação civil do dano.

De certo, a responsabilização decorre do rompimento unilateral do compromisso de celebração de contrato de emprego, desde que ausente o justo motivo. A própria responsabilidade civil gera a obrigação de indenizar, bastando que a desistência de celebração de contrato lesione o empregado prometido ao emprego, uma vez que romper injustamente uma promessa configura abuso e não exercício regular de um determinado direito peculiar as partes.

Logo, a partir do momento que uma promessa de contratação é frustrada e prejuízos são ocasionados ao contratado, que no caso em voga é o empregado, outra conclusão não há a de que caberá ao empregador responsável indenizar à parte ofendida, com o fito de amenizar a situação instaurada.

A doutrina teve dificuldade em estabelecer uma compreensão quanto à possibilidade de tal indenização, haja vista acreditar que numa relação pré-contratual de emprego, os vínculos ainda não nasceram efetivamente, logo, não há que se falar em empregado e empregador, todavia, conforme ficou demonstrando no estudo ora em apreço, a partir do momento que há uma mera expectativa de contratação trabalhista e ações vinculadas a essa promessa são geradas, pode-se caracterizar que já ocorre o vínculo entre as mesmas, sendo, portanto, preenchido os requisitos de caracterização de cada agente.

Dito de outro giro, depreende-se que a doutrina e jurisprudência buscam minimizar os prejuízos sofridos pelos empregados que tiveram frustradas as expectativas de contratação para realização de atividades laborativas por ato unilateral do empregador. Logo, atribuir a estes a responsabilidade civil do dano é apenas uma forma de instaurar, nas relações contratuais de emprego, o respeito à boa-fé e confiança que preexiste neste tipo de relação.

REFERÊNCIAS

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

CATHARINO, José Martins. **Compêndio do direito do trabalho**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1981.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil das obrigações. Responsabilidade civil**. 3 ed. rev. 2v. São Paulo: Saraiva, 2009.

CORDEIRO, Kleber. Contrato individual de trabalho: **conceito**. Disponível em: <http://www.klebercordeiro.com.br/direito-do-trabalho/contrato-individual-de-trabalho-conceito>. Acesso em 10 abr 2011

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 3 ed. São Paulo: Ltr, 2008

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 10. ed. 10v. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 2.ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio século XXI**. 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Volume 3: **Dos contratos e atos unilaterais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 5v. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MENDONÇA, Rita de Cássia Tenório. Contrato de trabalho: **noções preliminares**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/estoc72.html>. Acesso em: 03 maio 2011

MINAYO, Maria Cecília de Souza. O Desafio do conhecimento: **pesquisa qualitativa em saúde**. 4. ed., São Paulo – Rio de Janeiro: Hucitec-Abrasco, 1996.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 31. ed. São Paulo: LTr, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v.3. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Dano moral na relação de emprego**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2002.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2007

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 13. ed. 4v. São Paulo: Saraiva, 1993.

SAAD, Renan Miguel. **O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lúmen e Juris, 1994.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense,1991.

SOARES, Orlando. **Responsabilidade civil no direito brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 3.ed. v.2. São Paulo: Atlas, 2003.

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

INDEMNITY IN PRE-EMPLOYMENT CONTRACT: A CRITICAL ANALYSIS

PAULO RICARDO NEVES ARAÚJO

KARINA FERREIRA SOARES DE ALBUQUERQUE

ABSTRACT

This article discusses about the possibility of civil liability of employer due to the broken promise to contract for employment. In addition to a controversial within the field of legal relations, the counselor is faced with the absence of specific legislation to sustain such a feat. Based on the analysis of civil liability as a whole, this study is of fundamental importance for understanding the qualitative and indemnity, considering the compensation of damages by the employee and which agency holds the substantive jurisdiction to adjudicate disputes of this ilk. And for the better understanding of common occurrence, the frustration of the contract of employment despite being discussed in the harvest of liability is characteristic Institute of Labour Law, which is why this paper will emphasize the evolution of the concept of labor relations. Regardless of free will peculiar to man, will apply the principle of objective good faith that the employee does not face losses due to abuse of rights of the employer. The paper concludes by analyzing in detail the civil liability of the frustration of hiring the employee by the employer, since repentance is not unreasonable to conclude the contract, cause injuries when the employee is subject to the general rule in tort, since absent any law special verse on the subject.

Key Words: Accountability; Agreement; Frustration.