



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**SARA OLIVEIRA DE SOUZA**

**RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL NA  
RELAÇÃO DE EMPREGO E A (IM)POSSIBILIDADE DE  
INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL PELA  
EXPECTATIVA FRUSTRADA DE CONTRATAÇÃO**

Salvador  
2014

**SARA OLIVEIRA DE SOUZA**

**RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL NA  
RELAÇÃO DE EMPREGO E A (IM)POSSIBILIDADE DE  
INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL PELA  
EXPECTATIVA FRUSTRADA DE CONTRATAÇÃO.**

Monografia apresentada ao curso de graduação em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito  
parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Juliane Facó

Salvador  
2014

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**SARA OLIVEIRA DE SOUZA**

**RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL NA  
RELAÇÃO DE EMPREGO E A (IM)POSSIBILIDADE DE  
INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL PELA  
EXPECTATIVA FRUSTRADA DE CONTRATAÇÃO.**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,  
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2015

Á  
Minha mãe pelo apoio constante e por ser a  
base da minha vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus por sempre renovar as minhas forças e por guiar e iluminar os meus passos e os de todos aqueles que caminham junto comigo.

A minha professora e orientadora Juliane Facó pelo incentivo, simpatia e presteza no decorrer deste trabalho. Agradeço por me acolher no momento em que mais precisei.

A todos os meus professores, pela dedicação e entusiasmo demonstrado ao longo do curso. Por me proporcionar o conhecimento não apenas racional, mas de vida. Pude vivenciar no decorrer desses anos momentos inesquecíveis na presença de vocês.

A todos os funcionários da Faculdade Baiana de Direito pela atenção e apoio dispensados nos mais diferentes momentos, destacando aqueles que trabalham na biblioteca pela paciência e cordialidade nos momentos críticos.

Agradeço imensamente a minha mãe Maria e a minha irmã Ivone, por confiarem em mim e me darem a oportunidade de concretizar e encerrar mais uma etapa da minha vida. Tenho a certeza e convicção de que não mediram esforços para que esta etapa fosse vencida. Com toda certeza, sem a ajuda, compreensão e dedicação de vocês nada disso estaria acontecendo. Vocês são a base que me mantém em pé. Muito obrigado, amo vocês.

Aos meus poucos e bons amigos pelo companheirismo e compreensão ao longe dessa jornada, vocês foram essenciais. Contem sempre comigo, pois sei que posso contar sempre com vocês.

“O direito, filho da razão, é como o corpo, filho da matéria. Se nenhuma força da natureza neste mundo tem o poder de aniquilar uma só das moléculas sutis de que se compõem os corpos, também nenhuma força social tem o poder de aniquilar um átomo sequer de direito”.

José de Alencar

## RESUMO

A presente monografia expõe uma análise acerca do cabimento do instituto da responsabilidade civil pré-contratual nas relações de emprego, analisando a possibilidade, ou não, de indenização por danos morais e materiais ainda na fase das tratativas, com o intuito de reparar a lesão sofrida pelo empregado que possuía a justa expectativa de conseguir determinado emprego. Analisa-se, desta forma, as consequências jurídicas indenizatórias da promessa de contratação feita por uma empresa a empregado que foi injustificadamente rompida, isso porque, os danos morais ocorridos nas relações de emprego, em alguns casos, se dão antes mesmo da concretização do Contrato de Trabalho. Desta feita, é desenvolvida a observação de noções gerais de responsabilidade civil, seus elementos e espécies. Passando para a análise da fase pré-contratual e a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, que deve permear todas as relações jurídicas, pois os contraentes possuem o dever de agir com lealdade e lisura para com a outra parte, bem como trata acerca da mitigação do princípio da autonomia privada, pois ainda que o empregador tenha a liberdade de decidir se contrata ou não, esta deve sofrer limitações, observando a função social do contrato, a boa-fé objetiva e a dignidade da pessoa humana. Chegando, deste modo, ao ponto central do tema que é a indenização pela expectativa frustrada de contratação. Analisando-se as situações em que mais estão presentes os abusos passíveis de gerar prejuízos ao futuro empregado como, por exemplo, a retenção da CTPS, a realização de exames admissionais, dentre outros e, conseqüentemente, a incidência do instituto da responsabilidade civil pré-contratual.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil; fase pré-contratual; rompimento das tratativas; danos morais e materiais.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
STF	Superior Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	10
<b>2 NOÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL</b>	12
2.1 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	13
2.2 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	17
<b>2.2.1 Conduta</b>	18
<b>2.2.2 Dano</b>	19
2.2.2.1 Dano Material	21
2.2.2.2 Dano Moral	23
<b>2.2.3 Nexo de causalidade</b>	25
2.3. ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	28
<b>2.3.1 Responsabilidade Civil Objetiva e Responsabilidade Civil Subjetiva</b>	30
<b>2.3.2 Responsabilidade Civil Contratual e Responsabilidade Civil Extracontratual</b>	31
<b>2.3.3 Responsabilidade Civil Pré-contratual e Responsabilidade Civil Pós-contratual</b>	32
<b>3 A FASE PRÉ-CONTRATUAL</b>	34
3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL	34
3.2 NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES	36
3.3 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E SUA APLICAÇÃO NA FASE PRÉ-CONTRATUAL	38
<b>3.3.1 Conceito</b>	40
<b>3.3.2 Classificação</b>	42
<b>3.3.3 Funções da boa-fé objetiva</b>	44
3.3.3.1 A boa-fé como cânone hermenêutico-integrativo	44
3.3.3.2 A boa-fé e a criação de deveres jurídicos	46
3.3.3.3 A boa-fé como limite ao exercício de direitos subjetivos	48

3.4 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA E SUA APLICAÇÃO NA FASE PRÉ-CONTRATUAL	50
3.5 RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL APLICADA AO DIREITO DO TRABALHO	54
<b>4 A REPARAÇÃO CIVIL E TRABALHISTA EM FACE DA EXPECTATIVA FRUSTRADA E CONTRATAÇÃO</b>	<b>57</b>
4.1 RELAÇÃO DE TRABALHO X RELAÇÃO DE EMPREGO	58
4.2 DANO MORAL E MATERIAL NA RELAÇÃO DE TRABALHO	60
<b>4.2.1 O dano moral trabalhista</b>	<b>61</b>
<b>4.2.2 O dano material trabalhista</b>	<b>64</b>
4.3 INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL PELA EXPECTATIVA FRUSTRADA DE CONTRAÇÃO	66
<b>5 CONCLUSÃO</b>	<b>73</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>75</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem o propósito de analisar a aplicação do instituto da Responsabilidade Civil na fase pré-contratual da relação de emprego e a (im)possibilidade de indenização por danos morais e materiais pela expectativa frustrada de contratação. Para tanto a metodologia escolhida envolverá uma averiguação doutrinária e jurisprudencial acerca do tema.

A relação trabalhista é de imensurável importância para a sociedade, visto que, é por meio do trabalho que o homem obtém o seu sustento e o daqueles que dele dependem. Não é novidade que o empregado, na maioria das vezes, se encontra em situação de desvantagem no momento da contratação, e há nesse cenário a abertura necessária para que se visualize a aplicação do instituto da Responsabilidade Civil pré-contratual, que terá como consequência o surgimento do dever por parte do empregador de pagar indenizações por danos morais e materiais por conta da expectativa frustrada de contratação somada a todos os transtornos que essa situação pode causar.

O homem necessita do trabalho para viver dignamente, por essa razão, na grande maioria das vezes, se sujeita aos mandos e desmandos do empregador. Ainda na fase pré-contratual, momento em que não há celebração efetiva do contrato de trabalho, o futuro empregador pode abusar da boa-fé alheia, produzindo prejuízos os mais diversos. Nesse momento, há que se verificar se o prejuízo em questão é relevante ao ponto de ensejar o acionamento da Responsabilidade Civil pré-contratual.

Insta ressaltar que nem todo rompimento das tratativas gera justo prejuízo ao futuro empregado. Contudo, havendo relevante lesão, podendo ser de cunho moral e/ou patrimonial, é necessário promover a efetiva reparação. Dada a impossibilidade de se retornar ao *status quo ante*, tal reparação será materialização por meio do pagamento de indenizações. Sendo assim, tal possibilidade será verificada com afinco, levando em consideração todas as peculiaridades existentes no deslinde da problemática que se apresenta.

Desta feita, para o desenvolvimento do estudo em questão, serão tecidas breves considerações acerca do instituto da Responsabilidade Civil e seus elementos essenciais, objetivando especificamente a sua incidência na fase pré-contratual, dando o relevo devido ao princípio da boa-fé objetiva e também para a patente mitigação da autonomia privada verificável diante da temática escolhida. Após observar os institutos mencionados, pretende-se atingir o foco

principal deste trabalho que é mostrar como se dá a aplicação do instituto da Responsabilidade Civil pré-contratual no Direito do Trabalho, demonstrando a (im)possibilidade de indenização pela justa expectativa frustrada de contratação.

Nesse diapasão, o a exposição se estrutura em cinco capítulos, sendo um de introdução, três de desenvolvimento e, por fim, um último capítulo que consignará a conclusão.

Em um primeiro momento, faz-se necessário realizar um apanhado geral sobre o instituto da Responsabilidade Civil, sondando sobre como se deu a sua evolução ao longo do tempo, quais são os seus elementos caracterizadores e suas espécies, de forma a possibilitar que o leitor compreenda o seu cabimento no âmbito pré-contratual trabalhista.

Em seguida, fez-se importante analisar a fase pré-contratual propriamente dita. Nesse momento, cumpre apresentar considerações sobre a boa-fé objetiva, seu conceito, classificação e funções, posto que, se revela como o princípio norteador da responsabilidade pré-contratual. Realizando um contraponto ao princípio da boa-fé objetiva, será também alvo do estudo o princípio da autonomia privada. E uma vez tendo sido seguidos esses passos, as noções obtidas serão reunidas a fim de ponderar sobre a responsabilidade pré-contratual aplicada ao Direito do Trabalho.

## 2 NOÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL

A finalidade maior do direito é a busca pela justiça que tem como premissa a busca pela paz social. Desta maneira, “a tranquilidade social exige atuação do Estado para manutenção da ordem e garantia dos direitos e interesses individuais”<sup>1</sup>. Por isso, toda lesão à ordem enseja uma ação do Estado no sentido de proteger a paz social.

Nesse sentido, responsabilidade na teoria geral do direito é um instituto que se refere ao descumprimento de um dever jurídico, podendo ser vislumbrada em todos os ramos do direito como um meio de alcançar a paz social.

A responsabilidade civil surge de um emaranhado de regras e princípios que se referem a obrigação de reparar o dano causado por terceiro a outrem, decorrente de um ato ilícito que é representado pelo descumprimento de uma obrigação contratual ou de um dever geral de conduta.<sup>2</sup>

Hoje há uma tendência de não deixar a vítima de atos ilícitos sem reparação, o que enseja uma sobrecarga de ações de indenizações das mais variadas espécies. Quem pratica um ato, ou, se omite (de forma tal que cause dano), deve arcar com as consequências do seu procedimento.<sup>3</sup> Trata-se de uma regra de equilíbrio social, na qual se resume o problema da responsabilidade.<sup>4</sup>

Assim, conclui-se que a responsabilidade civil é a consequência patrimonial e jurídica que decorre do descumprimento de uma obrigação. Entretanto, não se resume a reparar o dano causado à alguém, visa também manter o equilíbrio no trato social e a ética nas relações jurídicas.

Deste modo, interessante traçar um panorama geral sobre o instituto da responsabilidade civil, tecendo breves comentários acerca da sua evolução, elementos e espécies.

---

<sup>1</sup> OLIVEIRA, Marcius Geraldo Porto de. **Dano Moral: Proteção Jurídica da Consciência**. 3.ed. São Paulo: Editora Direito, 2003, p.29.

<sup>2</sup> MENEZES, Cláudio Armando Couce de. A responsabilidade civil no direito material e processual do trabalho. **Revista LTr Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, v. 59, nº 11, novembro, 1995, p. 1472.

<sup>3</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 15.

<sup>4</sup> “A multiplicação dos infortúnios, derivada da vida moderna, induz, com efeito, o mais egoísta a pensar que amanhã será o seu dia de experimentar a desgraça, razão utilitarista, decerto, mas nem por isso menos eficiente, para que aceite e sustente a necessidade de reparação com mais frequência do que antigamente”. DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 15.

## 2.1 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No entendimento de Maria Helena Diniz<sup>5</sup>, “a responsabilidade civil apresenta uma evolução pluridimensional, visto que, sua expansão se deu tanto à sua história, aos seus fundamentos, sua área de incidência e à sua profundidade”.

Historicamente, nos primórdios da civilização humana, o que predominava era a vingança coletiva, de modo que, havia uma reação conjunta do grupo contra o agressor de um de seus componentes. Com o tempo, evoluiu para a vingança privada, em que os homens faziam justiça com suas próprias mãos. Nesse período, os sujeitos seguiam as regras da Lei de Talião, que estabelecia a reparação do mal pelo mal, sintetizada na expressão “olho por olho, dente por dente”<sup>6</sup>.

Posteriormente, já com a existência de uma autoridade soberana, o legislador veda a possibilidade de a vítima fazer justiça com as próprias mãos. É a época do Código de Ur-Nammu, do Código de Manu e da Lei das XII Tábuas<sup>7</sup>. Assim, para coibir abusos, o poder público intervinha apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito e retaliação, produzindo na pessoa lesante dano idêntico ao que experimentou<sup>8</sup>.

Entretanto, o instituto da responsabilidade civil só começou a ser esboçado ao tempo dos romanos. A primeira ideia de responsabilidade parte do Direito Romano derivada da máxima *neminem laedere* de Ulpiano, que significa “a ninguém ofender”, é a ideia de que a ninguém se deve lesar<sup>9</sup>.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, nessa época, não havia ainda regras nem limitações, dominava ainda a vingança privada. No Direito Romano a culpa traz em seu conteúdo a ideia de castigo, por forte influência da Igreja Católica. A culpa era, antes de qualquer coisa, mero pressuposto do dever de indenizar<sup>10</sup>.

A experiência romana demonstrou que a responsabilidade sem culpa poderia trazer situações injustas, surgindo a necessidade de comprovação desta como uma questão social evolutiva.

---

<sup>5</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 26.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>7</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.47.

<sup>8</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.*, 2011, p. 27.

<sup>9</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil** 3. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48.

<sup>10</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. v. 2. São Paulo: Método, 2011, p.316.

Nesse sentido, em um primeiro momento a responsabilidade civil é subjetiva, aqui a culpa é um elemento existencial, só se pode dizer que há responsabilidade civil se houver: conduta humana, culpa, causalidade e dano<sup>11</sup>.

A regra geral da responsabilidade civil é subjetiva, porque a culpa está como elemento nuclear. Entretanto, com a crescente tecnização dos tempos modernos, caracterizado pela introdução das máquinas e pelas muitas mudanças que ocorreram no século XIX junto com as revoluções industriais, e o início do processo capitalista<sup>12</sup>, houve a proliferação dos acidentes ligados às novas tecnologias, fazendo com que, a dificuldade de prova da culpa se intensificasse ao extremo.<sup>13</sup>

Como bem elucida Sergio Cavalieri Filho<sup>14</sup>

A revolução industrial levou ao infinito a capacidade produtiva do ser humano. Se antes a produção era manual, artesanal, mecânica, circunscrita ao núcleo familiar ou a um pequeno número de pessoas, a partir da Revolução Industrial a produção passou a ser em massa, em grande quantidade, para fazer frente ao aumento da demanda decorrente da explosão demográfica.

Há, desta forma, a massificação das relações, principalmente de trabalho. Dessa massificação uma questão importante surge: a questão dos acidentes de trabalho. Logo de início, quando acontecia um acidente de trabalho o sujeito tinha que demonstrar a culpa do empregador, pois a lei exigia a prova da culpa do empregador. Isso porque, toda responsabilidade repousava sobre a já conhecida ideia de culpa, um dogma herdado do direito romano, que ainda resistia às transformações sofridas pela sociedade<sup>15</sup>.

Deste modo, “a exigência de que a vítima demonstrasse a culpa em acidentes desta natureza, tornava-se odiosa diante do seu desconhecimento sobre o maquinismo empregado, da sua condição de vulnerabilidade no momento do acidente”<sup>16</sup>, fazendo com que, essa prova da culpa ficasse conhecida como a prova diabólica, porque era uma prova difícil de ser produzida pelo empregado.

---

<sup>11</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. v. 2. São Paulo: Método, 2011, p.316.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p.317.

<sup>13</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 17.

<sup>14</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Perspectivas da Responsabilidade Civil*. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord.). **Direito & Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 534.

<sup>15</sup> JOSSERAND, Louis. *Evolução da Responsabilidade Civil*. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Revista Forense. Ano 38, v. 86, abr./jun., 1941, p.549.

<sup>16</sup> SCHREIBER, Anderson. *Op.cit.*, 2013, p. 17.

Diante dessa situação, a doutrina francesa estabeleceu que nos casos de acidentes de trabalho poderia se aplicar a inversão do ônus da prova<sup>17</sup>. Ou seja, estabeleceu que em caso de acidentes de trabalho, a culpa do empregador seria presumida, ficando o empregado dispensado de provar. Nesta hipótese, o empregador indeniza, não porque tem culpa, mas porque é o dono da maquinaria ou dos instrumentos de trabalho que provocaram o infortúnio<sup>18</sup>.

Garante-se, desta forma, segurança a vítima de acidente de trabalho, com base na teoria da culpa presumida, “baseada nas situações de profunda desigualdade existente entre quem causava o dano e a vítima da lesão”.<sup>19</sup> Assim, o empregado passa a ser dispensado de provar a culpa do empregador.

Evolui-se então, para o estágio da culpa presumida. Aqui, não se trata de ignorar a culpa, mas tão somente de inverter o ônus da demonstração em benefício da vítima. Na prática, as presunções de culpa foram passando por meio de atuação jurisprudencial, de presunções relativas para presunções absolutas, de forma que, ao final, já se presumia de modo definitivo a culpa do ofensor<sup>20</sup>. Nas relações contratuais, por exemplo, a culpa é sempre presumida.

O grande desenvolvimento tecnológico experimentado pela sociedade ao longo do tempo, acabou por nos levar a aplicação da nova tese de responsabilidade sem culpa, baseada na teoria do risco<sup>21</sup>. Mesmo com o surgimento do Estado de Direito o homem não deixa de se submeter a certas situações de risco que possam lhe proporcionar benefícios e/ou vantagens.

O direito chegou para pedir uma espécie de contra partida para aqueles que exercem essas atividades arriscadas. Com base na teoria do risco fundou-se a chamada responsabilidade civil objetiva. Sendo, portanto, um meio utilizado para encontrar um justo equilíbrio entre o direito à segurança do cidadão e às atividades empresariais necessárias ao desenvolvimento da economia<sup>22</sup>.

A responsabilidade objetiva está prevista no artigo 927 do Código Civil:

Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente

---

<sup>17</sup> JOSSERAND, Louis. Evolução da Responsabilidade Civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Revista Forense. Ano 38, v. 86, abr./jun., 1941, p.549.

<sup>18</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**, 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 46.

<sup>19</sup> WALD, Aroldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos nos direitos francês e brasileiro. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v.382, nov./dez. 2005, p. 19.

<sup>20</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 31.

<sup>21</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: Método, 2011, p.317.

<sup>22</sup> WALD, Aroldo. *Op.cit.*, 2005, p. 19.



de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Este dispositivo, portanto, estabeleceu a responsabilidade civil objetiva para “todos aqueles que, exercendo habitualmente (normalmente) atividade perigosa (de risco) vierem a causar dano a outrem”<sup>23</sup>. O centro da responsabilidade deixa de ser a culpa e passa a ser a causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável<sup>24</sup>. Deve-se pensar em ressarcir o dano que alguém causou.

Na visão de Sergio Cavaliere Filho<sup>25</sup>, não se pode restringir a atividade que dá origem a responsabilidade objetiva à aquela que “contém intensa possibilidade de dano, acentuada potencialidade lesiva, fora dos padrões”. Na verdade, “a teoria do risco criada e consagrada no dispositivo em comento é muito mais abrangente do que a do risco excepcional”. Deste modo, a natureza da atividade é que irá determinar, no caso concreto, a sua propensão à criação do risco.

Na realidade, a evolução econômica e social fez da responsabilidade civil o problema central do Direito Privado no século XX. A Revolução Industrial transformou os dados da responsabilidade civil, que, de um dia para outro, dominou os tribunais, monopolizou os processos, fez convergir sobre ela os tratados e as monografias. A evolução tecnológica, as novas condições econômicas e a ideia da solidariedade social têm feito da responsabilidade civil uma das questões mais discutidas do Direito Privado Contemporâneo<sup>26</sup>.

Segundo José de Aguiar Dias, os estágios em que se processa essa evolução da responsabilidade civil, mostram nitidamente que a reparação do dano é inspirada, antes de mais nada, na preocupação de harmonia e equilíbrio que orienta o direito e lhe constitui o elemento animador<sup>27</sup>.

Conclui-se que, a responsabilidade civil vem para harmonizar a convivência em sociedade, de maneira que ninguém fique sem reparação por danos sofridos pela atuação de terceiros. Deve-se, de todas as formas, tentar reestabelecer o *status quo* do sujeito para antes da ocorrência do dano.

<sup>23</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Perspectivas da Responsabilidade Civil. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord.). **Direito & Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 537.

<sup>24</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil** 3. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

<sup>25</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op.cit.*, 2013, p. 537.

<sup>26</sup> WALD, Aroldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos nos direitos francês e brasileiro. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v.382, nov./dez. 2005, p. 17.

<sup>27</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Renovar, 2006, p. 25.

## 2.2 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Muitas mudanças ocorreram no âmbito da responsabilidade civil com o passar do tempo, devido às inovações tecnológicas postas à disposição do “homem” e de outros fatores que possibilitaram a eclosão de danos a terceiros. Diante disso, nasce o conceito de que a “responsabilidade civil deriva de uma agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior”.<sup>28</sup>

Nessa seara há aplicação do princípio da *restitutio in integrum*, ou seja, deve-se reestabelecer à vítima a situação anterior a lesão<sup>29</sup>. Sendo que, “isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano. Indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto”<sup>30</sup>.

Nesse diapasão, a responsabilidade civil decorre do dever que tem determinado sujeito de reparar o prejuízo ocasionado a outrem. Sendo a fonte geradora da responsabilidade civil o interesse em reparar o dano experimentado pelo indivíduo, de modo que, “na responsabilidade civil a perda ou a diminuição, verificadas no patrimônio do lesado ou o dano moral que geram a reação legal, movida pela ilicitude da ação do autor ou pelo risco”.<sup>31</sup>

Em virtude dessas considerações, observando a prática de ato ilícito e ocorrência de dano a outrem, deve-se analisar os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, quais sejam, a conduta, o dano e o nexo de causalidade.

### 2.2.1 Conduta

Para que o agente seja responsabilizado é necessário que algum ato tenha ocorrido, ou seja, uma conduta. A conduta é o comportamento humano movido pela vontade. Vontade é o elemento anímico que move o comportamento. Assim, na visão de Maria Helena Diniz<sup>32</sup>, a ação, como elemento constitutivo da responsabilidade civil vem a ser o “ato humano,

---

<sup>28</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil** 3. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 65.

<sup>29</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 26

<sup>30</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>31</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** volume 7: Responsabilidade civil. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21

<sup>32</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** volume 7: Responsabilidade Civil. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 56.

comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou do fato de animal ou coisa inanimada”, que acarrete em dano a outrem, gerando, deste modo, o dever de indenizar o lesado, satisfazendo os seus direitos.

A responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco da atividade exercida. O comportamento do agente poderá ser comissivo, sendo aquele que se revela num comportamento positivo, como por exemplo, a destruição de uma coisa alheia, pois o dever jurídico é de não agir<sup>33</sup>, ou ser omissivo que, “se revela na não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se”.<sup>34</sup>

Deste modo, a responsabilidade civil extracontratual é essencialmente por ação, pois os deveres jurídicos são de omissão. A responsabilidade extracontratual só será por omissão, quando o dever jurídico for de ação.

Em responsabilidade civil não se responde somente por conduta própria, apesar de ser essa a regra. Isso por causa do nexo de imputação, que às vezes lhe imputam fatos que não derivam de sua conduta.

Daí se tem, a responsabilidade por ato de terceiro, que ocorre nos casos de danos causados pelos filhos, tutelados e curatelados, ficando responsáveis pela reparação do dano os pais, tutores se curadores. O patrão também responde pelos atos dos empregados; os educadores, hoteleiros e estalajadeiros, pelos educandos e hóspedes; os farmacêuticos, por seus prepostos, bem como as pessoas jurídicas de direito privado, por seus empregados, e as de direito público por seus agentes, e por fim, os sujeitos que participam do produto do crime. Hipóteses previstas no art. 932 do Código Civil.

A responsabilidade por danos causados por animais e coisas que estejam sob a guarda do agente é, em regra, objetiva, sendo independente de culpa. Isso porque, com o desenvolvimento da indústria e das máquinas, houve um aumento no número de acidentes e as vítimas arcavam com todo o prejuízo, pois acabavam ficando sem a devida reparação.<sup>35</sup>

Interessante tecer breves comentários sobre a culpa, elemento subjetivo da conduta. É um elemento acidental que somente será essencial quando se tratar de responsabilidade civil subjetiva. O Código Civil, em seu art. 186, ao se referir ao ato ilícito, determina que este ocorre quando alguém, “por ação ou omissão voluntária (dolo), negligência ou imprudência

---

<sup>33</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 38.

<sup>34</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op.cit.*, 2011, p. 57.

<sup>35</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 66.

(culpa), viola direito ou causa dano, ainda que exclusivamente moral, a outrem, em face do que será responsabilizado pela reparação dos prejuízos”.<sup>36</sup> Desta maneira, é imprescindível que o dano seja oriundo de uma atividade culposa para que se configure o ilícito.

Segundo Maria Helena Diniz<sup>37</sup>,

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência. Sem qualquer deliberação de violar um dever. Portanto, não se reclama que o ato danoso tenha sido, realmente, querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não se ter apercebido do seu ato nem medido as suas consequências.

Assim, faz-se necessário a observância do elemento volitivo para saber se a conduta praticada pelo agente é passível de ser reparada ou não. Neste sentido é necessário, para que haja responsabilização do agente por prejuízo acarretado à vítima, a concreta configuração da conduta humana, seja por ação ou por omissão, e que seja contrário ao ordenamento jurídico.

### 2.2.2 Dano

Quando se fala em responsabilidade civil há referência inevitável à reparação do dano<sup>38</sup>. O dano é a essência da responsabilidade civil, afinal, não há reparação sem que haja efetivo prejuízo à pessoa.

Existe uma diversidade de linguagem na conceituação dos danos morais, como algo diferente dos danos materiais<sup>39</sup>. Assim, o dano poderá ser material, quando tem repercussão na órbita patrimonial, e será moral quando não houver repercussão na órbita financeira do ofendido.

O dano, portanto, é de grande relevância para a configuração da responsabilidade civil. Ressaltando, que o dano que interessa para o instituto da responsabilidade civil é aquele apto a ensejar uma obrigação de indenizar<sup>40</sup>. Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho sustenta que:

O dano é o grande vilão da responsabilidade, encontra-se no centro a obrigação de indenizar. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não

<sup>36</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 7: Responsabilidade Civil. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>38</sup> DALLEGRAVE NETO, José Afonso. **Responsabilidade Civil no direito do trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTR, 2010, p. 98.

<sup>39</sup> OLIVEIRA, Marcius Geraldo Porto de. **Dano Moral: Proteção Jurídica da Consciência**. 3.ed. São Paulo: Editora Direito, 2003, p. 27.

<sup>40</sup> OLIVEIRA, Marcius Geraldo Porto de. **Dano Moral: Proteção Jurídica da Consciência**. 3.ed. São Paulo: Editora Direito, 2003, p. 38.

fosse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. O dever de reparar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. Em outras palavras, a obrigação de indenizar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico e moral, não se impõe o dever de reparar.<sup>41</sup>

Destarte, para que haja a aplicação do instituto da responsabilidade civil, de modo a evitar o enriquecimento ilícito, é imprescindível que exista dano decorrente da conduta do agente. E que o bem prejudicado, tanto o material quanto o imaterial seja tutelado pelo ordenamento jurídico.

Isso porque, o homem conquista bens e valores, que na maioria das vezes são tutelados pelo ordenamento jurídico. Dentre esses bens e valores, encontramos aqueles que se referem ao patrimônio material do sujeito, e aqueles que se referem a personalidade jurídica. Assim, é direito do cidadão manter-se protegido contra ataques de terceiros, tendo os seus bens materiais e sua personalidade preservados.

#### 2.2.2.1 Dano Material

O dano material vincula o dano ao patrimônio do ofendido, ou seja, ao conjunto de bens constituídos por uma pessoa, formado por bens corpóreos e incorpóreos<sup>42</sup>. Desta feita, dano patrimonial é aquele decorrente de uma conta de subtração entre o status patrimonial da vítima antes diminuído do *status* patrimonial da vítima após o dano<sup>43</sup>.

Nesse sentido, o dano patrimonial vem a ser, na visão de Maria Helena Diniz:

a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável.<sup>44</sup>

Interessante abordar que, o dano material pode atingir o patrimônio presente ou futuro da vítima, bem como, pode não apenas diminuir o patrimônio como impedir que este aumente.

<sup>41</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 92.

<sup>42</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** volume 1: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 275.

<sup>43</sup> SANTOS, Romualdo Baptista dos Santos. Teoria da Responsabilidade Civil. In: ARAÚJO, Vaneska Donato de (Coord.). **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 45.

<sup>44</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** volume 7: Responsabilidade Civil. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 84.

Por essa razão, o dano material comporta duas subdivisões, quais sejam, o dano emergente e o lucro cessante.<sup>45</sup>

O dano emergente e o lucro cessante estão previstos no art. 402 do Código Civil, que preceitua: “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

O dano emergente é o efetivo prejuízo, ou seja, é o que a vítima efetivamente deixou de ganhar. Em outras palavras, “configuram os prejuízos nascidos da ação ou omissão danosa”<sup>46</sup>. A forma de mensurar o dano emergente não enseja grandes dificuldades. O que importa é verificar o real prejuízo sofrido, analisando o patrimônio antes e depois da ocorrência do dano.

Os lucros cessantes, por sua vez, “traduzem aqueles ganhos que, seguindo a ordem natural das coisas, normalmente afluíam ao patrimônio da vítima se não tivesse havido o dano”<sup>47</sup>. Segundo Sergio Cavalieri Filho<sup>48</sup>, o lucro cessante “pode ocorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado.”

Há outra hipótese de perdas e danos que não está prevista em lei, é a chamada perda de uma chance. A perda de uma chance guarda certa relação com o lucro cessante, uma vez que, “a doutrina francesa, onde a teoria teve origem na década de 60 do século passado, dela se utiliza nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor.”<sup>49</sup>

Desta maneira, ocorre perda de uma chance quando “em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima”<sup>50</sup>, como, por exemplo, a ascensão na carreira artística, ou até mesmo a possibilidade de obter um emprego melhor, dentre outras situações.<sup>51</sup>

---

<sup>45</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 94.

<sup>46</sup> BRAGA NETTO, Felipe P. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 59.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>48</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op.cit.*, 2014, p. 95.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>50</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 98.

<sup>51</sup> “AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DANOS MATERIAIS. INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE. 1. No caso dos autos, o e. Colegiado de origem consignou que - o trabalhador portuário avulso, pelo princípio da isonomia e em conformidade à Lei 9719/98 - que prevê o sistema

É cediço que a teoria da perda de uma chance vem ganhando espaço no ordenamento jurídico, de modo que, “a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria e prejuízo.”<sup>52</sup> É necessário verificar em cada caso concreto se aquele resultado tido como favorável seria realmente razoável ou se não seria uma mera possibilidade.

Seguindo essa linha de raciocínio, Sérgio Cavalieri Filho<sup>53</sup> entende que:

não se deve, todavia, olhar para a chance como perda de um resultado certo porque não se terá certeza de que o evento se realizará. Deve-se olhar a chance como a perda da possibilidade de conseguir um resultado ou de se evitar um dano; devem-se valorar as possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado para ver se são ou não relevantes para o ordenamento. Não se exige a certeza do dano, basta a certeza da probabilidade. Situa-se nesse ponto a característica essencial da perda de uma chance: a chance da probabilidade. Essa tarefa é do juiz, que será obrigado a fazer, em cada caso, um prognóstico sobre concretas possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado favorável. A indenização, por sua vez, deve ser pela *perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem*.

Ainda há discussão acerca do tipo de indenização da perda de uma chance, já se tentou enquadrá-la como uma espécie de lucro cessante ou dano emergente, mas uma forte corrente doutrinária defende que a perda de uma chance seria um terceiro gênero de indenização. Seria uma espécie de meio termo entre o lucro cessante e o dano emergente. Entende-se que, “entre um extremo e outro caberia uma graduação, que deverá ser feita em cada caso, com critério equitativo e distinguindo-se a mera possibilidade da probabilidade.”<sup>54</sup>

A perda de uma chance é uma questão que está introduzida no campo da certeza do dano, de modo que, quando a vítima vê frustrada uma expectativa séria e provável, por ato de terceiro, este tem o dever de indenizar o dano. Chance pode representar a “obtenção de uma vantagem

---

de rodízio e assegura que 'não haja preterição do trabalhador regularmente registrado' (arts. 5º e 7º, caput), tem direito a se qualificar e a concorrer às fainas de célula em altura e chefia/fiscalização. E assim sendo, o autor, por ter sido indevidamente obstado de se especializar e de exercer suas atividades nessas fainas, tem direito à indenização pela perda de uma chance - 2 . A hipótese gira em torno do dever de indenizar pela chance perdida, que, na doutrina de José Affonso Dallegrave Neto, citando Patrice Jourdain, vem à tona - quando a vítima se vê frustrada por ato de terceiro, em uma expectativa séria e provável, no sentido de obter uma vantagem ou de evitar uma perda que ameaça - (Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 4ª Ed., 2010, p. 226). Não se cogita da reparação da vantagem que a parte deixou de auferir, mas, sim, do prejuízo originado da subtração da chance de obtê-la pelas vias normais. Assim, não se trata de indenizar por um dano futuro, mas pela perda da própria chance de obter o benefício almejado. 3 . Ao deferir a indenização pleiteada, o e. TRT não violou os artigos 5º, V , 7º, XXVI , e 8º, da Carta Magna; 22, 25 e 29 da Lei 8630/93 e 8º da Lei 9.719/1998. VALOR DA INDENIZAÇÃO. O Tribunal Regional não se manifestou acerca da questão relativa ao quantum indenizatório, atraindo a aplicação da Súmula 297/TST no particular, face à ausência do necessário prequestionamento. Agravo de instrumento conhecido e não provido.” (TST - AIRR: 729-97.2011.5.09.0411, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 21/08/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/08/2013)

<sup>52</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 42.

<sup>53</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op.cit.*, 2014, p.99.

<sup>54</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 101.

esperada ou o afastamento de uma perda”<sup>55</sup>, podendo produzir um dano atual ou dano futuro, que será visto mais adiante.

Diante do que foi exposto, chega-se à conclusão de que, toda vez que houver uma redução do patrimônio pessoal do sujeito por dano produzido por terceiro, haverá o dever de indenizar. Além da efetiva perda sofrida, em alguns casos é possível a visualização da indenização pela perda de uma chance, quando o sujeito, por ação de terceiro, deixou de produzir acréscimo patrimonial.

#### 2.2.2.2 Dano Moral

Logo de início, importante frisar que o dano moral é resultante da lesão do direito da personalidade. Ou seja, caracteriza-se como uma lesão causada a um bem não patrimonial, protegido pelo ordenamento jurídico e que tem como consequência a reparação de cunho pecuniário.

Na visão de Sérgio Severo, o dano moral, também denominado de dano extrapatrimonial, é a lesão de interesse que não possui caráter econômico, estando em via oposta ao dano patrimonial<sup>56</sup>.

Segundo o entendimento de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho<sup>57</sup> acerca do tema:

o dano moral consiste na lesão de direito cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podem afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Salomão Resedá<sup>58</sup> preceitua que, diante da impossibilidade do retorno à situação anteriormente existente, há diferentes entendimentos acerca da natureza da indenização por danos morais. Como se verá mais adiante, a depender da corrente que se segue, há quem defenda ter a indenização por danos morais função sancionadora ou compensatória, assim como há quem defenda um caráter misto da indenização.

O doutrinador Carlos Alberto Bittar, por exemplo, defende a função sancionadora. Para ele, o que importa é “atribuir ao lesante os reflexos negativos resultantes de sua atuação, diante da

<sup>55</sup> SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 11-12.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>57</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil** 3. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 55

<sup>58</sup> RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 181.



subordinação necessária à manutenção da tranquilidade social”<sup>59</sup>. O que pretende é castigar o autor do dano em razão da sua conduta dolosa. Contudo, essa corrente é questionada, pois não há norma que autorize a aplicação da penalidade.

Desta forma, a teoria do caráter sancionador da indenização por dano moral cai por terra diante da realidade em que se vive, visto que, diante dos fatos não é possível pensar apenas em castigar o ofensor pelo dano, deixando de lado a vítima.<sup>60</sup>

Marcus Geraldo Porto de Oliveira, por sua vez, defende ter a indenização por danos morais uma função compensatória. Na sua visão, o caráter compensatório parece ser o mais lógico, de forma que, “evita-se o enriquecimento ilícito e indeniza-se a vítima satisfatoriamente, reservando-se a punição para os órgãos competentes do Estado”<sup>61</sup>. Nesse sentido, Salomão Viana ainda assevera que, “o valor encontrado em razão da agressão imaterial deve ser mensurado buscando estrita compensação pelo autor do dano dos prejuízos por ele causados ao ofendido.”<sup>62</sup> O problema é saber qual o valor deve ser considerado como meramente compensador.

Por fim, há quem defenda um caráter misto da indenização. Segundo essa corrente, deve existir a união entre a satisfação do ofendido e a imputação de uma obrigação dura ao ofensor. De modo que, “pelos olhos da vítima, a agressão deve figura-se como satisfatória, enquanto para o ofensor deve ser apresentado o seu aspecto sancionatório.”<sup>63</sup>

Maria Celina Bodin de Moraes<sup>64</sup>, ao abordar sobre o tema, explica que, para muitos a reparação do dano moral detém um duplo aspecto, constituindo-se como um meio de compensar a vítima, e como meio de punir o ofensor, “consistindo esta na diminuição de seu patrimônio material e na transferência da quantia para o patrimônio da vítima”. Em outras palavras o que importa é dar uma prestação jurisdicional a vítima, e ainda aplicar uma penalidade exemplar ao ofensor. Sendo este o entendimento do Supremo Tribunal Federal<sup>65</sup> e do Superior Tribunal de Justiça<sup>66</sup>.

---

<sup>59</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 21

<sup>60</sup> RESEDÁ, Salomão. *Op.cit.*, 2009, p. 182.

<sup>61</sup> OLIVEIRA, Marcus Geraldo Porto de. **Dano Moral: Proteção Jurídica da Consciência**. 3.ed. São Paulo: Editora de Direito Ltda., 2003, 65.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 184.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 185.

<sup>64</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.219.

<sup>65</sup> “Da Fixação do Valor da Indenização Para a fixação da quantia devida a título de indenização por dano moral, é preciso ter em mente as duas funções essenciais da reparação do dano moral: ensejar à vítima uma sensação de conforto e segurança, neutralizadora da angústia e dos incômodos decorrentes do fato danoso, bem como a

Em síntese, o dano moral é uma agressão a um bem ou atributo da personalidade. E, por ter natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, de modo que, a vítima pode ser compensada pecuniariamente como uma forma de satisfação e como uma maneira de sancionar o ofensor.

### 2.2.3 Nexos de causalidade

O nexo causal é um dos temas mais relevantes do instituto da responsabilidade civil, pois é sua conceituação que irá determinar a proporção da obrigação de indenizar<sup>67</sup>. Nesse sentido, para que haja a obrigação de indenizar, é preciso que exista uma relação de causa e efeito entre a conduta ilícita do agente e a ocorrência do dano. Ou seja, é indispensável a relação de causalidade entre a conduta do agente e o prejuízo experimentado pela vítima.<sup>68</sup>

De acordo com o pensamento de Maria Helena Diniz, “a responsabilidade civil não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a ação que o provocou.”<sup>69</sup> Desta forma, o vínculo entre o prejuízo causado e a ação que o originou é chamado de nexo causal, sendo imprescindível que o dano ocorrido tenha origem na ação. Destacando-se, não ser necessário que o dano resulte imediatamente do fato que o produziu, bastando a verificação de que o prejuízo não teria ocorrido se o fato não tivesse acontecido dentro daqueles moldes.

Em outras palavras, a causa do dano é o evento que contribuiu para provocá-lo ou para aumentar os seus efeitos. Em princípio, “só existe obrigação de reparar os danos que tenham

---

função punitiva que visa a coibir o agente a praticar novamente o dano. A reparação deve ser prudentemente arbitrada à vista de que o valor indenizatório não seja irrisório e nem tampouco vultoso a ponto de causar enriquecimento sem causa da parte lesada, mas considerar a necessidade de reparar com justiça a dor sofrida.” (STF - AI: 858620 PR, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 03/06/2013, Data de Publicação: DJe-108 DIVULG 07/06/2013 PUBLIC 10/06/2013)

<sup>66</sup> “Fixação do montante indenizatório considerando o equívoco da ré, o aborrecimento e o transtorno sofridos pelo demandante, além do caráter punitivo-compensatório da reparação.” (STJ - EDcl no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 167.842 RS, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 27/03/2014, T4 - QUARTA TURMA)

<sup>67</sup> OLIVEIRA, Marcius Geraldo Porto de. **Dano Moral: Proteção Jurídica da Consciência**. 3.ed. São Paulo: Editora Direito, 2003, p. 51.

<sup>68</sup> DA SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. **A reparação do dano moral no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2004, p.15.

<sup>69</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro volume 7: Responsabilidade Civil**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 127.

sido causados por fatos da responsabilidade da pessoa obrigada a indenizar, embora estes não tenham de ser necessariamente resultantes de sua atuação.”<sup>70</sup>

Nem sempre é fácil saber se determinado fato, que contribuiu para a ocorrência do dano, o deu causa, foi o fato gerador do dano. O problema é que algumas vezes, além do dano causado por determinada ação, surgem outros danos que provavelmente não teriam ocorrido se não fosse aquele fato, mas não se sabe se devem ser levados em consideração.<sup>71</sup>

Válido destacar que imputabilidade é diferente de nexos de causalidade. A imputação é saber a quem a lei atribui a responsabilidade pelo fato, ou seja, cuida-se de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente, sendo um fator subjetivo. Enquanto o nexos de causalidade consiste na ação ou omissão do sujeito que produz o dano, sendo um fator objetivo.<sup>72</sup>

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho<sup>73</sup> preconiza que:

quando o resultado decorre de um fato simples, a questão não oferece a menor dificuldade, porquanto, a relação de causalidade é estabelecida de maneira direta entre o fato e o dano. O problema torna-se um pouco mais complexo nas hipóteses de causalidade múltipla, isto é, quando há uma cadeia de condições, várias circunstâncias concorrendo para o evento danoso, e temos que precisar qual dentre elas é a causa real do resultado.

Teorias procuram esclarecer que condições devem ser consideradas causas de danos, ou seja, procuram identificar quais fatores determinantes serão considerados como causas, sendo os demais fatores, meras condições. Nesse sentido, Fernando Noronha preceitua que:

condições, são todos os fatores que estão na origem de um dano, são todos os elementos sem os quais ele não teria sido produzido, são todas as circunstâncias de que não se pode abstrair, sem mudar o resultado danoso. Causas do dano são apenas as condições consideradas como sendo efetivamente determinantes para o resultado.<sup>74</sup>

Das teorias existentes para determinar a causalidade, três merecem destaque, quais sejam, a teoria da equivalência dos antecedentes, teoria da causalidade adequada e a teoria prevista no artigo 403 do Código Civil, também chamada de teoria da causalidade direta ou imediata.

A teoria da equivalência dos antecedentes, na visão de Romualdo Baptista dos Santos, se baseia no princípio de que todas as condições para o evento são causas, logo não se distingue causa de condição, ou seja, “se várias condições concorrem para o mesmo resultado,

<sup>70</sup> NORONHA, Fernando. O nexos de causalidade na responsabilidade civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, vol. 14, ano 4, abr./jun. 2003, p. 54.

<sup>71</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>72</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 62.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>74</sup> NORONHA, Fernando. *Op.cit.*, 2003, p. 55.

considera-se eu todas possuem o mesmo valor, isto é, que se equivalem para a produção do dano”<sup>75</sup>.

É no bojo dessa teoria que a expressão *conditio sine qua non* faz sentido, pois aqui se indaga sobre as condições sem as quais o evento não teria se produzido<sup>76</sup>. Fernando Noronha assevera que segundo essa teoria, “todas as *conditiones sine quibus non* (“condições sem as quais não”) do resultado seriam causas deste. Toda e qualquer condição indispensável para o evento seria causa.”<sup>77</sup>

Contudo, aplicar essa teoria ao instituto da responsabilidade civil poderia levar a um patamar elevado a obrigação de reparar o dano, “torna a responsabilidade civil muito fluida, alargando o leque de pessoas que podem ser chamadas a responder por um mesmo evento danoso”<sup>78</sup>.

A teoria da causalidade, por sua vez, faz distinção entre causa e condição. “Causa, para ela, é o antecedente não só necessário mas, também, adequado à produção do resultado. Logo, se várias condições concorreram para determinado resultado, nem todas serão causas, mas somente aquela que for a mais adequada à produção do evento.”<sup>79</sup> O problema dessa teoria é que ela abre um campo para discricionariedade muito amplo, afinal não traz um conceito do que seria considerado, dentre várias condições, a mais adequada.

No entanto, a doutrina e jurisprudência<sup>80</sup> firmaram entendimento de que a teoria adotada é a da causalidade adequada<sup>81</sup>, à luz do artigo 403 do Código Civil:

ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual

Nesse diapasão, Sérgio Cavalieri Filho, considera como causa jurídica “apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva.”<sup>82</sup> Além disso, “embora o artigo 403 fale em inexecução, o que é próprio da responsabilidade

<sup>75</sup> SANTOS, Romualdo Baptista dos Santos. Teoria da Responsabilidade Civil. In: ARAÚJO, Vaneska Donato de (Coord.). **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 47.

<sup>76</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>77</sup> NORONHA, Fernando. O nexo de causalidade na responsabilidade civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, vol. 14, ano 4, abr./jun. 2003, p. 56.

<sup>78</sup> SANTOS, Romualdo Baptista dos Santos. *Op.cit.*, 2008, p. 47.

<sup>79</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 65.

<sup>80</sup> “Na aferição do nexo de causalidade, a doutrina majoritária de Direito Civil adota a teoria da causalidade adequada ou do dano direto e imediato, de maneira que somente se considera existente o nexo causal quando o dano é efeito necessário e adequado de uma causa (ação ou omissão). Essa teoria foi acolhida pelo Código Civil de 1916 (art. 1.060) e pelo Código Civil de 2002 (art. 403).” (STJ - REsp: 1307032 PR, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 18/06/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2013)

<sup>81</sup> SANTOS, Romualdo Baptista dos Santos. Teoria da Responsabilidade Civil. In: ARAÚJO, Vaneska Donato de (Coord.). **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 48.

<sup>82</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 67.

contratual, está consolidado o entendimento de que também se aplica à responsabilidade extracontratual”<sup>83</sup>.

Diante de tudo que foi exposto, chega-se à conclusão de que nenhuma das teorias oferecem uma solução que abarque todas as hipóteses, bem como, foram elaboradas com base em uma realidade totalmente diferente da atual. Por isso, o que se observa hoje é uma flexibilização da causalidade, com o intuito de abarcar as novas situações, e não deixar a vítima sem reparação.

### 2.3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil tem a ver com o dever jurídico civil de reparar a vítima dos danos causados por terceiros, fazendo com que, retorne ao *status quo ante*, tanto quanto possível. Não é novidade que um mesmo fato pode ensejar o descumprimento de vários deveres jurídicos, assim como o descumprimento de várias responsabilidades.

Desta forma, a responsabilidade pode se apresentar sob diferentes espécies a depender do ângulo em que é analisada. A responsabilidade pode ser dividida em objetiva e subjetiva, contratual e extracontratual, e em pré-contratual e pós-contratual.

Cabe, deste modo, tecer breves comentários acerca das espécies de responsabilidade civil e os seus desdobramentos.

#### 2.3.1 Responsabilidade Civil Subjetiva e Responsabilidade Civil Objetiva

A depender da análise da culpa como elemento fundamental, duas são espécies de responsabilidade civil, uma baseada na culpa, chamada de responsabilidade subjetiva, e a outra baseada no risco da atividade exercida pelo agente, independente de culpa, chamada de responsabilidade objetiva<sup>84</sup>.

Na responsabilidade civil subjetiva a culpa é um elemento existencial, só se pode dizer que há responsabilidade civil se houver conduta humana, culpa, causalidade e dano. Por outro lado, a

---

<sup>83</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>84</sup> SOUSA, Maiza Cristina Rêgo. **A apreciação do dano moral na fase pré-contratual justiça do trabalho.** 2009. Monografia. (Curdo de Pós-Graduação em Direito do Trabalho) – Curso Juspodivm em parceria com a Faculdade Baiana de Direito, Salvador.

responsabilidade civil objetiva dispensa o elemento culpa, sendo o centro da responsabilidade a causalidade entre o dano ocorrido e a conduta do autor.

Denomina-se subjetiva, a responsabilidade que possui relação direta com a culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nesse sentido, só há responsabilidade se o agente causador do dano agiu com culpa ou dolo<sup>85</sup>.

A responsabilidade objetiva, por sua vez, não deriva da culpa. “Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Ela é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco.”<sup>86</sup> Isso ocorreu porque, o desenvolvimento industrial em conjunto com o aumento populacional, gerou novas situações que não poderiam ser protegidas se o elemento culpa fosse necessário.

A responsabilidade objetiva, deste modo, surge baseada na teoria do risco. Essa teoria parte da premissa de que, toda pessoa que exerce alguma atividade cria risco de dano para terceiros, de maneira que, deve ser obrigado a repará-lo, ainda que não haja culpa em sua conduta<sup>87</sup>. Em outras palavras, a culpa na responsabilidade objetiva não é aquela em que a culpa está presumida, mas dispensada como elemento do suporte fático.

Em relação ao dano e a ilicitude, é importante ressaltar, que nem sempre haverá coincidência entre ambos. Nem todo ato danoso é ilícito, assim como nem todo ato ilícito é danoso.<sup>88</sup> Por esse motivo, a obrigação de indenizar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem, conforme preceitua o já mencionado art. 927 do Código Civil.

O art. 188 do Código Civil<sup>89</sup> é expresso nesse sentido, trazendo hipóteses em que a conduta do agente, embora cause dano a outrem, não viola dever jurídico. São as chamadas excludentes de ilicitude. A lei autoriza, logo o ato é lícito<sup>90</sup>.

De acordo com o dispositivo mencionado, não constituem ato ilícito aqueles praticados no exercício regular de um direito, em legítima defesa ou em estado de necessidade<sup>91</sup>.

---

<sup>85</sup> GONÇALVES, Roberto Carlos. **Responsabilidade Civil**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>87</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>88</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 34.

<sup>89</sup> Art. 188 do Código Civil de 2002 – “Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo”.

<sup>90</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 34.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 35.

O exercício regular de direito é o direito exercido regularmente, de acordo com seu fim econômico, social a boa-fé e os bons costumes. Quando o direito subjetivo é exercido nesses termos, age-se licitamente. A legítima defesa ocorre quando o sujeito, usando moderadamente os meios necessários para sua defesa, repele injusta agressão. Já o estado de necessidade ocorre quando alguém deteriora ou destrói coisa alheia, ou causa lesão a outrem no intuito de remover perigo iminente<sup>92</sup>.

Em relação ao ônus da prova no campo da responsabilidade civil, verifica-se a aplicação da regra geral do Código de Processo civil que consagra que ao autor cabe demonstrar os fatos constitutivos do seu direito, e ao réu, os fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito em disputa, ou seja, cabe à parte interessada o ônus de provar os fatos alegado<sup>93</sup>, art. 333 do CPC<sup>94</sup>. Contudo, o que se observa hoje é que a distribuição do *onus probandi* deixou de ser rígida tornando-se dinâmica, ao passo que, adapta-se conforme a situação em questão, e, a depender da presença de determinados elementos<sup>95</sup>.

### 2.3.2 Responsabilidade Civil Contratual e Responsabilidade Civil Extracontratual

No âmbito da responsabilidade civil se tem essa dicotomia central entre a responsabilidade contratual e extracontratual. Deste modo, a responsabilidade civil pode ser vista sobre o prisma contratual ou extracontratual, a depender do fato ensejador. Isso porque, uma pessoa pode causar prejuízo a terceiro por descumprir obrigação derivada de um contrato, ou apenas por infringir um dever legal.

Responsabilidade contratual se refere aquela situação em há um dever jurídico resultante de um contrato, prevista no art. 389<sup>96</sup> e seguintes do Código Civil. É a responsabilidade que

---

<sup>92</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>93</sup> DALLEGRAVE NETO, José Afonso. **Responsabilidade Civil no direito do trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTR, 2010, p. 105.

<sup>94</sup> Art. 333 do Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 – “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

<sup>95</sup> DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Op.cit.*, 2010, p 106.

<sup>96</sup> Artigo 389 do Código Civil de 2002 – “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

decorre do descumprimento de um dever jurídico resultante de um contrato, da existência de um vínculo anterior ou de uma relação jurídica pessoal entre as partes<sup>97</sup>.

Em outras palavras, se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, há responsabilidade contratual. Isso ocorre porque o dever jurídico pode derivar da vontade das partes, e estas contraem para si obrigações por meio de negócios jurídicos, que são os contratos.<sup>98</sup> De modo que, se uma das partes reuni os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, quais sejam, conduta, dano e nexo de causalidade, por conta do vínculo obrigacional que lhes cerca, haverá a incidência da responsabilidade civil contratual.

A responsabilidade civil extracontratual, por sua vez, é a “transgressão de um dever jurídico imposto pela lei”.<sup>99</sup> Quando se pratica o ato ilícito, não há nenhum vínculo jurídico, no caso, vínculo contratual, de caráter pessoal entre a vítima e o causador do dano.

Interessante destacar a diferença em relação ao ônus da prova. Na responsabilidade contratual o credor deverá demonstrar que a prestação não foi cumprida, ou seja, que houve o inadimplemento da obrigação, e que o devedor encontra-se em mora. Nesse caso, o devedor somente poderá se isentar de reparar o dano se comprovar a ocorrência de uma das excludentes de responsabilidade, mencionadas em tópico anterior, quais sejam, culpa exclusiva da vítima e caso fortuito ou força maior.<sup>100</sup>

Conclui-se que, na responsabilidade contratual, antes que haja a obrigação de indenizar, já existe uma relação jurídica estabelecida entre as partes. E, na responsabilidade extracontratual inexistente entre as partes um vínculo jurídico preexistente, que só é criado a partir da ocorrência do fato danoso.

### **2.3.3 Responsabilidade Civil Pré-contratual e Responsabilidade Civil Pós-contratual**

Uma relação contratual passa por fases. Em um primeiro momento se tem a fase pré-contratual, passando para a fase contratual, estendendo-se até a fase pós-contratual. Em qualquer uma dessas fases é possível a aplicação do instituto da responsabilidade civil.

---

<sup>97</sup> DALLEGRAVE NETO, José Afonso. **Responsabilidade Civil no direito do trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTR, 2010, p. 106.

<sup>98</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 31.

<sup>99</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>100</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.63.



Em outras palavras, o dano apto a ensejar a obrigação de reparar pode ocorrer tanto na fase pré-contratual, sendo aquela que antecede a formação do contrato propriamente dito, quanto na fase pós-contratual, que ocorre após a extinção do contrato. Ambas, segundo entendimento de José Affonso Dallegrave Neto, “não decorrem da violação de obrigação principal do contrato, mas da ofensa a um dever de conduta imanente à figura dos sujeitos do contrato, pautado no princípio da boa-fé.”<sup>101</sup>

Interessante ressaltar que, o princípio da boa-fé objetiva transcende a mera esfera da execução contratual, “traduzindo-se no dever de agir com lealdade, lisura e consideração com o outro sujeito da relação.”<sup>102</sup> Devendo, deste modo, ser observado e respeitado, já no momento das negociações preliminares ou mesmo após o fim do contrato, como se extrai do o art. 422 do Código Civil<sup>103</sup>.

No tocante a responsabilidade civil pré-contratual, entende-se se tratar de uma obrigação de reparar os danos resultantes do fato de, ainda nas negociações preliminares de um contrato, uma das partes criar na outra, com uma atuação desleal, a certeza de que o negócio irá se realizar.<sup>104</sup>

A responsabilidade civil pós-contratual, por seu turno, caracteriza-se pela responsabilização pelos danos ocorridos após o fim do contrato. Pode-se dizer “que a responsabilidade pós-contratual é uma projeção da responsabilidade pré-contratual, guardando-se as devidas particularidades.”<sup>105</sup> A responsabilidade civil pós-contratual possui sua base fincada na boa-fé objetiva, que tem como premissa o agir de forma leal, honesta, de modo a não ferir a confiança depositada pelo outro.

Interessante saber se a responsabilidade civil pós-contratual é uma espécie de responsabilidade contratual ou extracontratual. A responsabilidade contratual, abordada inicialmente, refere-se a aquela situação em que há um dever jurídico resultante de um contrato, previsto no art. 389 e seguintes do Código Civil. A responsabilidade civil

---

<sup>101</sup> DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTr, 2010, p.142.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p.143.

<sup>103</sup> Art. 422 do Código Civil de 2002 – “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

<sup>104</sup> NORONHA, Fernando. O nexos de causalidade na responsabilidade civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, vol. 14, ano 4, abr./jun. 2003, p. 49.

<sup>105</sup> LOPES, Lissandra de Ávila. A responsabilidade pós-contratual no direito civil. **Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM**. Nov./2006, Vol. 1, N. 3, p. 47. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs>>. Acesso em: 06/10/2014.

extracontratual, é aquela caracterizada pela prática de ato ilícito, sem que haja entre as partes qualquer vínculo jurídico existente.

A responsabilidade civil pós-contratual melhor se insere no âmbito da responsabilidade civil contratual, pois “haverá, nesse caso, o inadimplemento dos deveres contratuais acessórios de lealdade, informação e proteção, continuando, portanto, o vínculo contratual em razão de persistirem também os efeitos do contrato”.<sup>106</sup>

Desta forma, deve-se respeitar a boa-fé objetiva em todas as fases do contrato. Desde a fase das tratativas (pré-contratual), até mesmo após o adimplemento ou da extinção do contrato. As partes devem agir com lisura, lealdade e honestidade, a fim de, não quebrar o vínculo de confiança depositado, pois, se houver a quebra da confiança, e conseqüentemente, a ocorrência de dano, haverá a aplicação do instituto da responsabilidade civil.

Importante ressaltar que, no próximo capítulo, será analisado mais detalhadamente a fase pré-contratual.

---

<sup>106</sup> LOPES, Lissandra de Ávila. A responsabilidade pós-contratual no direito civil. **Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM**. Nov./2006, Vol. 1, N. 3, p. 47. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs>>. Acesso em: 06/10/2014.

### 3 A FASE PRÉ-CONTRATUAL

Já se sabe que a responsabilidade civil decorre, *a priori*, da prática de um ato ilícito, ou seja, de uma violação aos preceitos previstos no ordenamento jurídico, gerando desequilíbrio social.<sup>107</sup> Desta forma, a ofensa aos bens jurídicos pode gerar a responsabilização, quando o ordenamento busca uma reparação dos danos causados pelo autor.

Para que o contrato seja formado, é necessário que antes exista uma proposta e que esta seja aceita. Contudo, nem sempre o contrato irá se firmar a partir de uma proposta e da imediata aceitação. Em muitos casos, a oferta é antecedida de uma fase, às vezes prolongada, de negociações preliminares.<sup>108</sup>

Nessa fase de negociações preliminares, as partes possuem uma ampla liberdade de decisão, que é progressivamente restringida à medida em que, uma parte cria na outra, por meio dos seus comportamentos, a expectativa de celebração do contrato<sup>109</sup>.

Desta forma, como já abordado anteriormente, a conclusão de um contrato passa por fases, até chegar ao seu objetivo final. Logo, é possível visualizar a fase pré-contratual, contratual e pós-contratual. E, em qualquer das fases, caso haja dano a outra parte, é plausível a aplicação do instituto da responsabilidade civil.

#### 3.1. RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL

Reconhece-se, que da fase das tratativas já nasce um vínculo jurídico de seriedade. A reparação por dano pré-contratual atende ao denominado interesse negativo, que é aquele em que o prejuízo recai sobre aquilo que a parte perdeu ou deixou de ganhar em face de uma negociação que foi posteriormente frustrada. Logo, a tutela da confiança comercial o fundamento da responsabilidade pré-contratual que tem como objetivo zelar pela harmonia do

---

<sup>107</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 11.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 63.

<sup>108</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 3: contratos e atos unilaterais. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 70.

<sup>109</sup> PRATA, Ana. **Notas Sobre Responsabilidade Pré-contratual**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 17.

comportamento das partes, solucionando eventual conflito entre a vontade e a declaração manifestada.<sup>110</sup>

Em outras palavras, o dano pré-contratual é pautado no princípio da boa-fé objetiva, na confiança negocial, o que exige dos contratantes a probidade, a honestidade, a fé na palavra, dentre outros. De modo que, a boa-fé deve lastrear todas as relações jurídicas travadas entre os seres humanos. Devendo sempre assumir uma postura transparente, de integridade, que inspire confiança no outro.

A princípio, chega-se à conclusão de que, tanto a responsabilidade pré-contratual quanto a pós-contratual se enquadram na responsabilidade civil extracontratual, pois na primeira (pré) o vínculo jurídico não se formou, e na segunda (pós) o contrato já foi extinto.<sup>111</sup>

Entretanto, é interessante fazer uma análise mais profunda para saber em que tipo de responsabilidade civil é enquadrada a responsabilidade pré-contratual. Para isso é necessário identificar se a violação ensejadora de indenização decorre de um direito relativo ou da ofensa à um direito geral e absoluto<sup>112</sup>.

Desta forma, quando se está diante de um dever absoluto e geral de não lesar, será o caso de responsabilidade civil extracontratual; se estiver diante de um dever de não lesar relativo, fazendo parte do conteúdo obrigacional ou mesmo de um dever especial dos sujeitos ainda na que na fase das tratativas, em que o dano daí decorrente deva ser reparado com base no princípio da boa-fé, seria próprio da responsabilidade civil contratual.<sup>113</sup>

Em outras palavras, a responsabilidade extracontratual decorre de violação de dever geral previsto em lei ou em norma jurídica, sendo um ato ilícito que por si só já acarreta na origem da relação jurídica obrigacional, criando, para aquele que causou o dano, o dever de repará-lo. A responsabilidade contratual, por sua vez, deriva do descumprimento de uma obrigação mantida previamente entre as partes envolvidas.<sup>114</sup>

Deste modo, chega-se ao entendimento de que trata-se de uma relação de caráter preparatório, visto que, o contrato passa por etapas, e não se deve desprezar o período das tratativas. Assim,

---

<sup>110</sup> DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 143.

<sup>111</sup> SILVA, HEBE MARA SÁ. **Dano Morais na fase pré-contratual das Relações Individuais Trabalhistas**. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/hebe\\_mara\\_sa\\_silva.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/hebe_mara_sa_silva.pdf). Acesso em: 10 fev. 2014.

<sup>112</sup> DALLAGRAVE NETO, José Affonso. *Op.cit.*, 2010, p. 145.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 145.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p.101.

a responsabilidade pela violação de um dever pré-contratual se arraigaria no contrato a ser celebrado no futuro.

### 3.2 NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES

Como já exposto anteriormente, na lógica da obrigação como um processo, o contrato se desenvolve em três fases, a fase pré-contratual, contratual e pós-contratual.

A fase pré-contratual, objeto do presente trabalho, se inicia com as negociações preliminares, que podem culminar na conclusão do contrato. As negociações preliminares também são conhecidas como fase das tratativas ou fase de pontuação.

Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>115</sup> preceituam que:

nas tratativas as partes analisam a conveniência de eventualmente se submeter ao vínculo contratual. É o período propício para pesquisas, reflexões, exame de dados e informações, propostas e contrapropostas, enfim, um conjunto de atos de esclarecimento do conteúdo necessário à implementação do negócio jurídico.

Importante se faz distinguir proposta e contrato preliminar das negociações preliminares. Como já visto, as negociações preliminares são atos tendentes à análise da viabilidade do contrato.

A proposta, também denominada de policitação, diferentemente, consiste na oferta de contratar que uma parte faz à outra, com intuito de celebrar determinado contrato<sup>116</sup>, prevista no art. 427 do Código Civil<sup>117</sup>. Em outras palavras, “proposta é a firme declaração receptícia de vontade dirigida à pessoa com a qual alguém pretende celebrar um contrato, ou ao público”.<sup>118</sup>

O contrato preliminar<sup>119</sup>, por sua vez, é uma “convenção completa que demanda um acordo de vontades e uma relação jurídica concluída, de natureza patrimonial”<sup>120</sup>, havendo, desta forma, consentimento dos pré-contratantes. Ressalvado que, o contrato preliminar não deve ser

---

<sup>115</sup> CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos**. 2.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 76.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p.180.

<sup>117</sup> Código Civil de 2002 – “Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.

<sup>118</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.73.

<sup>119</sup> “Sob certo aspecto, o contrato preliminar é uma fase particular da formação dos contratos, já que as partes, que querem os efeitos de um negócio definitivo, estipulam entretanto que certos deles se não produzirão desde logo, pela vontade das mesmas partes; afora isto, é ele um contrato comum”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, v. III**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.82.)

<sup>120</sup> CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, 2012, p. 77.

entendido como uma categoria intermediária entre as negociações preliminares e o contrato definitivo, sendo uma figura autônoma<sup>121</sup>.

O seu conteúdo consiste numa obrigação de contratar, de forma que, “quem estipula contrato preliminar obriga-se a emitir a necessária declaração de vontade e a praticar os indispensáveis atos de conclusão de outro contrato que projetou realizar”<sup>122</sup>.

Em princípio, as negociações preliminares não vinculam as partes, ou seja, elas não geram, por si mesmas, obrigações para os participantes. Entretanto, essa fase faz surgir os chamados deveres jurídicos para os seus contraentes, decorrentes da incidência do princípio da boa-fé.

Os principais deveres jurídicos são os deveres de lealdade e correção, de informação e proteção e cuidado e de sigilo.<sup>123</sup> Ou seja, não celebrar o negócio jurídico é um direito que assiste ao contratante, contudo desde que seja observado o princípio da boa-fé e não viole a confiança alheia.<sup>124</sup>

A violação de qualquer desses deveres durante a fase das tratativas, enseja a responsabilidade do contraente, independentemente da celebração ou não do contrato. A incidência do instituto da responsabilidade civil ocorre no caso de um dos contraentes “induzir no outro a crença de que o contrato será celebrado, levando-o a despesas ou a não contratar com terceiro etc. e depois recusar, causando-lhe dano”.<sup>125</sup>

Assim, “o rompimento dos tratos ilegítimamente, violador da confiança, implicará o dever de ressarcir o interesse negativo, quer no que concerne aos danos emergentes, quer com relação aos lucros cessantes”<sup>126</sup>. Isso porque, a confiança vai paulatinamente ganhando corpo e consistência, podendo chegar a um ponto em que seria injusto que o rompimento injustificado, inesperado e arbitrário de uma das partes não ensejasse qualquer tipo de indenização.

---

<sup>121</sup> CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos**. 2.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 77.

<sup>122</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 160.

<sup>123</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 3: contratos e atos unilaterais. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 73.

<sup>124</sup> POPP, Carlyle. **Responsabilidade Civil Pré-negocial: O rompimento das tratativas – pensamento jurídico**, volume III. Curitiba: Juruá, 2001, p. 230.

<sup>125</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op.cit.*, 2013, p. 74.

<sup>126</sup> POPP, Carlyle. *Op.cit.*, 2001, p. 232.

Assim, com o passar do tempo a confiança na formação do negócio jurídico é aprofundada, fazendo com que, os deveres pré-contratuais também evoluam<sup>127</sup>. Deve-se sempre, portanto, observar se no procedimento das negociações não houve formação de legítima expectativa.

Sendo assim, mesmo com redação precária, o já mencionado art. 422 do Código Civil compreende as tratativas preliminares, que antecedem o contrato, bem como as obrigações derivadas do contrato, ainda que já executado. De forma que, as partes podem responder por fatos que tenham ocorrido antes da celebração definitiva do contrato, durante a execução do contrato e respondem também por fatos que decorram do contrato findo<sup>128</sup>.

Conclui-se, portanto, que a fase pré-contratual também vincula as partes no sentido de ter que ser observado o princípio da boa-fé e seus deveres acessórios. Pois, ainda que não exista uma vinculação em termos contratuais, existe em termos obrigacionais, e sua violação acarreta responsabilidade.

### 3.3 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E SUA APLICAÇÃO NA FASE PRÉ-CONTRATUAL

Cristiano Chaves e Farias e Nelson Rosenvald, consideram que a excepcional ascensão da boa-fé objetiva nas mais recentes legislações é fruto da superação de um modelo formalista e positivista que dominou os ordenamentos jurídicos no século XIX, sobrevivendo até o final da Segunda Guerra Mundial.<sup>129</sup>

Os ordenamentos jurídicos podem trabalhar com sistemas fechados ou abertos. Nos sistemas fechados o Direito aplicado é aquele emanado da autoridade legislativa competente para editar a norma, sem a interferência de valores filosóficos, sociológicos ou econômicos.<sup>130</sup> Assim, em um sistema fechado, por ser considerado completo, o aplicador da lei necessita no momento de interpretar a norma unicamente realizar uma operação de subsunção<sup>131</sup>, ou seja,

---

<sup>127</sup> PRATA, Ana. **Notas Sobre Responsabilidade Pré-contratual**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 17.

<sup>128</sup> NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil: apontamentos gerais. In: FRANCIULLI NETTO, Doingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **O Novo Código Civil – Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003, p. 433.

<sup>129</sup> CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das obrigações**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 161.

<sup>130</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>131</sup> REQUIÃO, Maurício. **Normas de Textura Aberta e Interpretação: Uma análise no adimplemento das obrigações**. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p. 30.

“passagem mecânica, passiva, do facto para a previsão normativa, de modo a integrar a premissa menor do silogismo jurídico”.<sup>132</sup>

O sistema aberto, por sua vez, surge de uma necessidade de normas mais adaptáveis, diante da impossibilidade do legislativo em acompanhar as mudanças sociais com a mesma rapidez em que acontecem, no que podem prestar grande contribuição a doutrina e a jurisprudência<sup>133</sup>.

Interessante ressaltar que, os conceitos indeterminados, que são os princípios e as cláusulas gerais, integram o sistema aberto de normas. A classificação desses conceitos trata de uma análise da estrutura semântica, sendo visualizada no plano da linguagem. Os princípios, deste modo, estão assentados no plano normativo, tendo como contraposto as regras. As cláusulas gerais, a seu turno, são técnicas legislativas que se situam no plano em confronto à casuística<sup>134</sup>.

A corroborar o exposto acima, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>135</sup> prelecionam que:

com a edição de conceitos abertos como o da boa-fé objetiva, é possível ao magistrado adequar a aplicação do Direito e dos influxos de valores sociais, pois os limites dos fatos preconizados nas cláusulas gerais são móveis e passíveis de concretização variável.

Desta forma, a boa-fé servirá como um critério objetivo apto a orientar o julgador na escolha das condutas que guardem adequação com o acordado pelas partes, sempre baseado na ética e na lealdade.<sup>136</sup> A boa-fé objetiva é fundamento principiológico de maior importância, pois é a através dela que se investiga a presença ou não da responsabilidade pré-negocial.<sup>137</sup>

Sendo assim, em todas as fases do contato, o princípio da boa-fé deve ser observado. Afinal, a boa-fé tem como uma das principais funções servir de fonte de deveres de conduta, impostos às partes de um determinado contrato, seja antes de iniciada sua fase de execução, durante a

<sup>132</sup> CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2013, p.33.

<sup>133</sup> REQUIÃO, Maurício. **Normas de Textura Aberta e Interpretação: Uma análise no adimplemento das obrigações**. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p.35.

<sup>134</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>135</sup> CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das obrigações**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 166.

<sup>136</sup> “O princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato. Guarda relação com o princípio de direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza. Recomenda ao juiz que presuma a boa-fé, devendo a má-fé, ao contrário, ao contrário, ser provada por quem alega. Deve este, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, dar por pressuposta a boa-fé objetiva, que impõe ao contratante um padrão de conduta, nos moldes do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar”. (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 3: contratos e atos unilaterais. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.54.)

<sup>137</sup> POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 109.



execução, e até mesmo após a extinção do contrato. Lembrando que, tem fundamental relevância na fase pré-contratual.

### 3.2.1 Conceito

A boa-fé se expressa nas relações privadas por meio do princípio constitucional da solidariedade<sup>138</sup>, convertendo-se em princípio pela sua capacidade de gerar deveres de conduta, não apenas as partes envolvidas na relação jurídica, mas também em consideração a terceiros.<sup>139</sup>

Em outras palavras, na visão de Nelson Rosenvald<sup>140</sup>:

O princípio da boa-fé encontra sua justificativa no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir na cooperação e retidão, garantam a promoção do valor constitucional do solidarismo, incentivando o sentimento de justiça social, com repressão a todas as condutas que importem em desvio aos parâmetros sedimentados de honestidade e lisura. Seria, em uma última instância, a tradução no campo jurídico do indispensável cuidado e estima que devemos conceder ao nosso semelhante.

O princípio da boa-fé, desta forma, estabelece um padrão comportamental. Esse padrão é o da conduta correta, leal, visa lograr o justo andamento da relação contratual (em todas as suas fases), e assegurar a confiança necessária para o tráfego negocial.<sup>141</sup>

Assim, segundo o entendimento de Álvaro Villaça Azevedo<sup>142</sup>, desde o início, devem os contratantes manter o espírito de lealdade, esclarecendo os fatos e situações relevantes atreladas à contratação, procurando deixar, da melhor maneira possível, as prestações equilibradas. Os contratantes, portanto, devem prestar informações importantes, expressando

---

<sup>138</sup> “A Constituição Federal de 1988 consagrou um Estado Democrático de Direito funcionalizado à efetivação de direitos fundamentais e, entre os objetivos fundamentais da República, priorizou a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). Em seguida, concretizou a convocação à fraternidade com a meta de erradicação da pobreza e marginalização, além da redução de desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III). Não há dúvida de que a diretriz da solidariedade se converteu em finalidade primordial, alé de vetor interpretativo para qualquer ato normativo. Essa atuação promocional, vazada na procura pela justiça distributiva e igualdade substancial, objetiva superar uma visão míope e egoísta do direito. O direito de solidariedade se desvincula, então, de uma mera referência a valores éticos transcendentais, adquirindo fundamentação e a legitimidade política nas relações sociais concretas, nas quais se articula uma convivência entre individual e o coletivo, à procura do bem comum”. ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 81.

<sup>139</sup> LAGO JÚNIOR, Antônio. **A responsabilidade civil à luz da boa-fé objetiva**: uma análise a partir dos deveres de proteção. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Bahia, p.210.

<sup>140</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 81.

<sup>141</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Autonomia privada, Confiança e Boa-fé: Princípios informadores da relação obrigacional. **Revista Baiana de Direito**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, n. 4, jul./dez., 2009, p. 334.

<sup>142</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos contratos típicos e atípicos**: curso de direito civil. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.15.

com clareza o conteúdo do contrato, para evitar posteriormente, interpretações divergentes. De modo tal, que a extinção do contrato não acarrete em enriquecimento sem causa ou danos a uma das partes.

Nesse sentido, Judith Martins-Costa<sup>143</sup> preleciona que:

na relação obrigacional, portanto, considerando o mandamento de ‘agir segundo a boa-fé’, as partes se devem mutuamente lealdade e probidade (como correção de condutas) no trato dos interesses envolvidos naquela relação a fim de que esta chegue ao adimplemento satisfativo. Do vetor ‘correção’ ou ‘probidade’ nascem os deveres de cooperação mútua; do dever ‘lealdade’ e ‘consideração aos interesses alheios’ nascem as especiais cautelas de proteção para que, da relação jurídica em que estão co-envolvidos, não resultem danos injustos à pessoa e ao patrimônio da contraparte.

Logo, com a formação do vínculo obrigacional, além dos deveres que nascem do contrato e que decorrem da lei, outros deveres surgem, que são chamados de instrumentais ou funcionais, decorrentes de princípios, ou “de exigências do tráfico jurídico-social viabilizadas pela boa-fé objetiva”.<sup>144</sup>

O princípio da boa-fé cria para os sujeitos de uma relação obrigacional uma “ordem envolvente de condutas”<sup>145</sup> que impede não apenas comportamentos desleais, mas impõe deveres às partes. Essa “ordem envolvente de condutas” gerada pelo princípio da boa-fé abrange toda a relação obrigacional, desde a fase pré-contratual até após a conclusão do negócio jurídico.<sup>146</sup>

Judith Martins-Costa<sup>147</sup> ainda esclarece que,

O princípio da boa-fé objetiva atua, *prima facie*, tendo em vista a implementação de deveres de lealdade, cooperação, correção e consideração com os legítimos interesses alheios, inclusos os deveres de informativos instrumentalmente necessários à higidez da relação, à sua formação válida e esclarecida e ao seu correto desenvolvimento e adimplemento, pois o bem jurídico subjacente é o *da confiabilidade do tráfico negocial*.

Desta forma, o princípio da boa-fé objetiva, tem por escopo vedar comportamentos contraditórios, incompatíveis com posturas anteriormente tomadas, instituto chamado de *venire contra factum proprium*.<sup>148</sup> Isso porque, é possível que uma das partes, abusando da confiança depositada pela outra, “após acenar com o desejo de continuidade das negociações,

<sup>143</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos contratos típicos e atípicos**: curso de direito civil. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 335

<sup>144</sup> BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no Direito Individual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p. 180.

<sup>145</sup> MARTINS-COSTA, Judith *apud* BAPTISTA MACHADO, João. **A cláusula do Razoável**. In: *Obra Dispersa*. v. I. Scientia Jurídica. Braga, 1991, p. 530.

<sup>146</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 335

<sup>147</sup> *Idem*. Autonomia privada, Confiança e Boa-fé: Princípios informadores da relação obrigacional. **Revista Baiana de Direito**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, n. 4, jul./dez., 2009, p. 342.

<sup>148</sup> POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 125.

impondo custos à parte contrária, abrupta e imotivadamente, provoque o encerramento destas”<sup>149</sup>, causando-lhe prejuízos que devem ser ressarcidos.

Isto posto, chega-se à conclusão de que, o princípio da boa-fé é aquele que estabelece um roteiro a ser seguido pelas partes para o cumprimento do negócio jurídico. É o princípio do qual se exigem padrões de conduta, de lealdade, de eticidade e de cooperação em determinado tempo e espaço. Do princípio da boa-fé objetiva decorre o princípio da cooperação, de modo que, as partes devem atuar em cooperação em uma dada relação jurídica para ela atinja sua finalidade. As partes devem atuar de forma leal, cooperativa e ética, antes da formação do vínculo contratual propriamente dito, durante e depois.

### 3.2.2 Classificação

Como já visto, é necessário que as partes, ao negociarem, sigam um padrão de lealdade, honestidade e de probidade. Duas são as acepções de boa-fé, boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva.

A boa-fé subjetiva esteve presente no Código Civil de 1916, com a natureza de regra de interpretação do negócio jurídico.<sup>150</sup> A boa-fé subjetiva não é considerada um princípio, mas um estado psicológico em que “a pessoa possui a crença de ser titular de um direito que em verdade só existe na aparência”<sup>151</sup>. Isto é, diz respeito ao conhecimento ou à ignorância da pessoa relativamente a certos fatos, servindo como proteção aquele que tem a consciência de estar agindo em conformidade com o direito, apesar de não ser a realidade. Está em contraposição com a má-fé.<sup>152</sup>

---

<sup>149</sup> POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 129.

<sup>150</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 55.

<sup>151</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 79.

<sup>152</sup> “A boa-fé objetiva é examinada externamente, vale dizer, a aferição se dirige à correção da conduta do indivíduo, pouco importando a sua convicção. O contrário da boa-fé subjetiva é a má-fé; já o agir humano desprovido de lealdade e correção é apenas qualificado como carecedor de boa-fé objetiva. Tal qual no direito penal, irrelevante é a cogitação do agente”. CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos**. 2.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 165.

Em sentido diverso, a boa-fé objetiva constitui uma norma jurídica fundada em um princípio geral do direito, que consiste em uma verdadeira regra de comportamento, de fundo ético e exigibilidade jurídica.<sup>153</sup>

O princípio compreende um modelo de eticização de conduta social, “verdadeiro *standard* jurídico ou regra de comportamento, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e de correção”<sup>154</sup>, de modo a não frustrar a legítima confiança depositada pela parte.

Nesse sentido, Nelson Rosenvald<sup>155</sup> conclui que:

a boa-fé é um arquétipo ou modelo de comportamento social que nos aproxima de um conceito ético de proceder de forma correta. Toda pessoa deverá ajustar o seu agir negocial a este padrão objetivo. A conduta esperada é a conduta devida, de acordo com parâmetros sociais. A boa-fé consiste em uma ideia que insere uma suavização e uma correção em uma inteligência demasiadamente estrita do princípio do *pacta sunt servanda*, introduzindo modulações que possam ser exigidas nas circunstâncias do caso concreto. Trata-se de uma fórmula indutora de uma certa dose de moralização na criação e no desenvolvimento das relações obrigacionais, propiciando a consideração por uma série de princípios que a consciência social demanda, mesmo que não estejam formulados pelo legislador ou pelo contrato.

Outrossim, na visão de Rogério Marrone de Castro Sampaio<sup>156</sup>:

a boa-fé objetiva, inserida no Direito Moderno como cláusula geral, surge como importante instrumento, colocado à disposição do operador da lei, para a obtenção de soluções diferenciadas e justas, decorrentes, em especial, de controvérsia oriunda de uma relação contratual. Distingue-se, portanto, da até então consagrada boa-fé subjetiva que se limita à simples aferição do grau de conhecimento que possui o contratante a respeito do negócio celebrado. Nesse caso, a dificuldade em se demonstrar, no caso concreto, o estado psicológico do contratante, retira muito da sua utilidade prática. De outra sorte, a boa-fé objetiva tem como paradigma o respeito de deveres anexos, identificados, em cada caso concreto, pelo operador da lei. Segundo um padrão de conduta comum, exigido do homem médio e que se identifica de acordo com os aspectos sociais e econômicos visados com o negócio jurídico celebrado. Assim, impõe-se ao contratante o respeito a esses deveres, relegando-se a plano secundário a aferição do seu estado psicológico.

Em síntese, na boa-fé subjetiva o que se leva em consideração é o aspecto psicológico do agente, haja vista que o agente ignora que a sua conduta pode gerar dano a outrem, tendo como contrapartida a figura da má-fé. Já a boa-fé objetiva, foco do capítulo, caracteriza-se por ser um dever de conduta, pelo qual o agente deve seguir um padrão de conduta de acordo com a ética e a moral.

<sup>153</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 4: contratos, tomo I: teoria geral. 9.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 101.

<sup>154</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 80.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>156</sup> SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito Civil: contratos**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 29.

### 3.2.3 Funções da boa-fé

Existem diversas situações em que o princípio da boa-fé atua nas relações contratuais. Ponto em comum é que a sua atuação se dá sempre como modo de correção de situações indevidas, de busca da lisura da obrigação em questão, configurando-se não como uma interferência indevida na autonomia das partes, mas sim como um meio de alcançar equilíbrio e justiça nas relações contratuais.

Desta forma, três são as funções da boa-fé: a função integrativa, criadora de deveres jurídicos e a limitadora ao exercício de direitos.

#### 3.2.3.1 A boa-fé como cânone hermenêutico-integrativo

Segundo assevera Clóvis do Couto e Silva, “não se pode recusar a existência de relação entre hermenêutica integradora e o princípio da boa-fé”.<sup>157</sup> A boa-fé desempenha um papel hermenêutico, pois atua como um norteador ao aplicador do Direito, que deverá interpretar as cláusulas contratuais de acordo com “o sentido moralmente mais recomendável e socialmente mais útil”<sup>158</sup>.

Vale ressaltar que, a função integrativa da boa-fé não se restringe às cláusulas contratuais, atingindo toda a relação contratual, desde as tratativas até após a extinção do contrato.

Nesse sentido, interpretar e integrar o contrato, de acordo com os mandamentos do princípio da boa-fé, significa traduzir o comportamento das partes, levando em consideração a finalidade e função social da relação jurídica em questão, como uma ordem de cooperação.<sup>159</sup> Ou seja, deve-se levar em conta o conjunto de direitos e deveres, em que as partes visam a uma finalidade comum.

Segundo o entendimento de Judith Martins costa<sup>160</sup>:

A primeira função, hermenêutico-integrativa, é a mais conhecida: atua aí a boa-fé como *kanon* hábil ao preenchimento de lacunas, uma vez que a relação contratual

---

<sup>157</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como um processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 35.

<sup>158</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 4: contratos, tomo I: teoria geral. 9.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 105.

<sup>159</sup> BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no Direito Individual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p.183

<sup>160</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1.ed., 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 428.

consta de eventos e situações, fenomênicos e jurídicos, nem sempre previstos ou previsíveis pelos contratantes.

Miguel Reale pondera que, “em todo ordenamento jurídico há artigos-chave, isto é, normas fundantes que dão sentido às demais, sintetizando diretrizes válidas ‘para todo sistema’”.<sup>161</sup>

No plano hermenêutico da otimização do comportamento contratual e do estrito cumprimento o ordenamento jurídico, o art. 113 do Código Civil<sup>162</sup>, prevê que os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé.<sup>163</sup>

Nesse sentido, “o magistrado não apelarà a uma interpretação literal do texto contratual, mas observará o sentido correspondente às convenções sociais ao analisar a relação obrigacional que lhe é submetida”.<sup>164</sup>

Sobre o tema, Humberto Theodoro Júnior<sup>165</sup> salienta que:

nos tempos atuais, prevalece o princípio de que ‘todos os contratos são de boa-fé’, já que não existem mais, no direito civil, formas sacramentais para a declaração de vontade nos negócios jurídicos patrimoniais, mesmo quando a lei considera um contrato como solene. O intérprete, portanto, em todo e qualquer contrato, tem que se preocupar mais com o ‘espírito’ das convenções do que com sua letra.

Judith Matins-Costa<sup>166</sup> entende que, a boa-fé objetiva como cânone hermenêutico-integrativo atua como, “uma via para uma adequada realização, pelo juiz do plano de valoração do legislador”. Nesse ponto, “se insere a questão de desenvolvimento da ordenação contratual conforme ao seu sentido, nas hipóteses em que o juiz não encontra apoio no texto contratual, nem literalmente considerado, nem segundo a reconstrução da intenção das partes.”

Nesse passo, é possível afirmar que “a boa-fé é mais do que apelo à ética, é noção técnico-operativa que se especifica, no campo de função ora examinado, como o dever do juiz de tornar concreto o mandamento de respeito à recíproca confiança”<sup>167</sup>, concernente às partes contratantes, como forma de assegurar que o contrato atinja a finalidade esperada para o qual foi constituído.

<sup>161</sup> REALE, Miguel. **Estudos Preliminares do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 75.

<sup>162</sup> Art. 113 do Código Civil – “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

<sup>163</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 86.

<sup>164</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>165</sup> THEODORO Jr., Humberto. **O Contrato e Seus Princípios**. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 38.

<sup>166</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópicos no processo obrigacional**. 1.ed., 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 430.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 437.

Relacionando com o direito laboral, a função interpretativa-integrativa da boa-fé “auxilia o operador do Direito do Trabalho a, diante do fato concreto, qualificar a natureza da relação jurídica existente, como também preencher as lacunas existentes desse mesmo vínculo”<sup>168</sup>.

Em suma, havendo qualquer tipo de dúvida em relação ao negócio jurídico, utilizar-se-á a melhor interpretação para o caso. Ou seja, o aplicador do direito tem o dever de extrair da norma, objeto de sua análise, o sentido mais recomendável de acordo com os padrões éticos. Desta forma, passa-se a tratar da função criadora de deveres em decorrência da boa-fé.

### 3.2.3.2 A boa-fé e a criação de deveres jurídicos

Em cada relação contratual, é possível visualizar os deveres de prestação e deveres de conduta. Os deveres de prestação se subdividem em deveres principais e os deveres secundários. Os deveres principais constituem o núcleo da relação obrigacional<sup>169</sup>, ou seja, só há os outros deveres porque aquele existe.

Os deveres secundários, por sua vez, seriam aqueles que tratam de prestações não principais, eles sempre surgem em consequência do dever principal, ou seja, “se destinam a preparar o cumprimento ou assegurar a prestação principal”.<sup>170</sup>

Já os deveres de conduta, objeto do tópico, também chamados de “*deveres acessórios*, ou *laterais*”<sup>171</sup>, não dizem respeito as prestações específicas, sendo utilizado quando houver a necessidade para realização das finalidades da própria relação jurídica<sup>172</sup>. Eles irão gerar deveres entre esses sujeitos com o intuito de padronizar a boa-fé objetiva. “São em verdade, ‘deveres invisíveis’, ainda que juridicamente existentes.”<sup>173</sup>

Fernando Noronha<sup>174</sup> assevera que os deveres de conduta têm por finalidade,

Assegurar que a pessoa ou os bens da parte contrária não sofrerão danos por causa, nem durante a realização da prestação devida, não se traduzem em prestações específicas, identificáveis com antecipação, para que o credor pudesse exigir o seu cumprimento; eles têm como único fundamento o princípio da boa-fé e, por isso, só

<sup>168</sup> BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no Direito Individual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p.183.

<sup>169</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1.ed., 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 437.

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 438.

<sup>171</sup> NORONHA, Fernando. **O Direito do Contrato e Seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 160.

<sup>172</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

<sup>173</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 4: contratos, tomo I: teoria geral. 9.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 106.

<sup>174</sup> NORONHA, Fernando. *Op.cit.*, 1994, p. 162.

são identificáveis em cada caso concreto e, normalmente, só podem ser apontados depois de terem sido violados, provocando danos.

Esses deveres de conduta promovem a integração do contrato baseados no princípio da boa-fé objetiva, e são tripartidos em deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade.<sup>175</sup>

Os deveres de proteção pretendem “proteger a contraparte dos riscos de danos a sua pessoa e patrimônio, na constância da relação”.<sup>176</sup> Ou seja, cada um na relação negocial tem a obrigação de não causar lesões desnecessárias a parte contrária, seja no próprio sujeito ou no seu patrimônio. Logo, “as partes, enquanto perdure o fenômeno contratual, estão ligadas a evitar que, no âmbito desse fenômeno, sejam infligidos danos mútuos”.<sup>177</sup>

Os deveres de esclarecimento são, na verdade, derivados de uma imposição moral e jurídica de comunicar a outra parte “todas as características e circunstâncias do negócio e, bem assim, do bem jurídico, que é seu objeto, por ser imperativo de lealdade entre os contraentes”<sup>178</sup>. Sendo, correlato à relação obrigacional desde a sua origem até após a sua conclusão, envolvendo as negociações preliminares e a fase pós-contratual.<sup>179</sup> Isto é, a parte deve fornecer a outra todas as informações necessárias para que tenha ciência do que realmente está adquirindo.

O dever de lealdade, por seu turno, impõe às partes a abstenção sobre qualquer conduta capaz de falsear o objeto do negócio jurídico, sendo assim, agir com deslealdade implica atingir a dignidade do outro contratante.<sup>180</sup> De modo que, “lealdade nada mais é do que a fidelidade aos compromissos assumidos, com respeito aos princípios e regras que norteiam a honra e a probidade”.<sup>181</sup>

Reportando ao Direito do Trabalho, o princípio da boa-fé objetiva cria na relação contratual, inclusive trabalhista, deveres às partes, no caso, empregado e empregador, cuja fonte não é previsão contratual nem legal.<sup>182</sup>

Desta forma, a violação de qualquer um desses deveres de conduta importa em responsabilização da parte, caso haja a ocorrência de prejuízo. Devendo ser observado e levado em consideração em todas as fases do contrato, desde fase pré-contratual até a pós-

<sup>175</sup> NORONHA, Fernando. **O Direito do Contrato e Seus Princípios Fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 162.

<sup>176</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 104.

<sup>177</sup> NORONHA, Fernando. *Op.cit.*, 1994, p. 162.

<sup>178</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 4: contratos, tomo I: teoria geral. 9.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 109.

<sup>179</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 108.

<sup>180</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

<sup>181</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op.cit.*, 2013, p. 107.

<sup>182</sup> BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no Direito Individual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 218.



contratual. E por fim, a boa-fé ainda implica na limitação de direitos subjetivos, tema que será abordado a seguir.

### 3.2.3.3 A boa-fé como limite ao exercício de direitos subjetivos

Por fim, é possível falar da função limitadora do exercício de direitos subjetivos, que tem como fundamento o próprio princípio da boa-fé objetiva. Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona<sup>183</sup> esclarecem que:

por meio da boa-fé objetiva, visa-se a evitar o exercício abusivo dos direitos subjetivos. Aliás, no atual sistema constitucional, em que se busca o desenvolvimento socioeconômico sem desvalorização da pessoa humana, não existe mais lugar para a ‘tirania dos direitos’.

Nesse sentido, o art. 187 do Código Civil, ao tratar de ato ilícito, utiliza-se da boa-fé como forma de se restringir o uso abusivo de direitos:

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

Trata-se, então, do desdobramento da teoria do abuso de direito, de modo que, o exercício do direito deve, à luz do princípio da boa-fé, sofrer certas limitações, quando exercido abusivamente.<sup>184</sup> Fernando Noronha assevera que “a boa-fé exige de cada parte que, ao exercer os seus direitos, haja com moderação, e, também, limita o exercício desses direitos, observada a respectiva função social”.<sup>185</sup>

Desta forma, a boa-fé apresenta-se como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, observando conjuntamente a função social do contrato<sup>186</sup>.

Variadas situações, quando apuradas objetivamente, conduzem ao abuso do direito, surgindo a boa-fé como limitadora do exercício de direitos subjetivos. Judith Martins-Costa, por exemplo, dispõe sobre a teoria dos atos próprios, segundo a qual “se entende que a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua anterior conduta interpretada

<sup>183</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 4: contratos, tomo I: teoria geral. 9.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 112.

<sup>184</sup> BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no Direito Individual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p.186.

<sup>185</sup> NORONHA, Fernando. **O Direito do Contrato e Seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 170.

<sup>186</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1.ed., 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 457.

objetivamente segundo a lei, segundo os bons costumes e a boa-fé”.<sup>187</sup> O efeito principal é impedir que a parte após violar dever contratual, exija o cumprimento pela outra parte, ensejando a oposição da *exceptio non adimpleti contractus*.<sup>188</sup>

Judith Martins explica ainda que, a teoria dos atos próprios se subdivide em duas vertentes. Uma denominada de *tu quoque*, e a segunda é a vedação do *venire contra factum proprium*. Por *tu quoque* deve-se compreender a impossibilidade de a parte que não adimpliu com a obrigação negocial, alegar o inadimplemento da outra para pôr fim a relação negocial ou pleitear indenização.<sup>189</sup>

Carlyle Popp<sup>190</sup> explicita que:

o seu fundamento é a justiça contratual, especificamente no âmbito da proporcionalidade do contrato. Evidentemente, que o enfoque negocial deve ser interpretado de maneira harmônica e coesa para ambos os contratantes. Isto conduz ao raciocínio que para inibir o *tu quoque* é fundamental que o descumprimento anterior seja semelhante ou equivalente ao atual que se pretende exigir, pois se este é mais relevante do que aquele, evidentemente que não se trata de exercício inadmissível de posição jurídica.

Explica ainda que, “a presente figura pode surgir no âmbito das relações negociais preparatórios para elaboração de um contrato e ser utilizada como fundamento do recesso motivado”. Tornando-se mais evidente a partir do momento em que os contratantes celebram acordos parciais, minutas e pontuações estabelecendo previamente determinadas obrigações.

191

Trazendo para o Direito do Trabalho, essa violação à boa-fé objetiva teria enorme aplicação, pois sempre que se estivesse diante de uma situação de violação do contrato por parte do empregador, este não poderia despedir o empregado alegando descumprimento das suas obrigações contratuais.<sup>192</sup>

---

<sup>187</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1.ed., 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 460.

<sup>188</sup> “(...) a parte deveria primeiro cumprir, não o cumprindo, não pode demandar o cumprimento daquela que deveria cumprir em segundo lugar. Tratando-se de prestações recíprocas e interligadas, cabe à parte que sofreu os efeitos do inadimplemento da outra o direito de “paralisar” a ação do autor inadimplente, sob o fundamento de não ter sido realizada por este a prestação devida”. (*Ibidem, loc.cit*)

<sup>189</sup> POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial**: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2001, p. 130.

<sup>190</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>191</sup> *Ibidem*, p. 132.

<sup>192</sup> MEIRELES, Edilton. Funções da Boa-fé Objetiva Aplicáveis ao Contrato de Emprego. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, ano 74, nº 10, out. 2010, p. 1178.

A locução, *venire contra factum proprium*, por sua vez, traduz “o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente”.<sup>193</sup> Em outras palavras, o princípio da boa-fé objetiva veda comportamentos contraditórios, ou seja, incompatíveis com posturas anteriormente tomadas.

A despeito do tema, Edilton Meireles<sup>194</sup> afirma que, “exigem-se dois comportamentos, distantes no tempo, ambos lícitos, sendo que o primeiro – *factum proprium* – é contrariado pelo segundo”. Assim, para caracterizar o instituto do *venire contra factum proprium*<sup>195</sup>, a contradição deverá se referir diretamente ao *factum proprium*.

No contrato de trabalho a aplicação do *venire contra factum proprium* pode dar-se quando o empregador toma uma atitude em relação a determinado empregado, despertando neste um estado de confiança, vindo, posteriormente, a praticar ato contraditório, revelando a falta de boa-fé do titular do direito exercido.<sup>196</sup> Por exemplo, “quando o empregador indica como seu representante na CIPA um empregado e, antes mesmo do fim do seu mandato, despede o mesmo arbitrariamente”<sup>197</sup>.

Conclui-se que, o objetivo principal é trazer segurança jurídica ao tráfego social, em todas as suas searas, respeitados os princípios e situações próprias de cada instituto jurídico. Valorizando sempre, a lealdade e o comprometimento para com a outra parte.

### 3.3 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA E SUA APLICAÇÃO NA FASE PRÉ-CONTRATUAL

É sabido que o contrato é essencial para o desenvolvimento da sociedade, visto que, revela-se como um instrumento de circulação de riquezas, sem o qual a sociedade fica engessada. Por esse motivo, o instrumento contratual deve estar em conformidade com o contexto econômico

---

<sup>193</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes *apud* BARACAT, Eduardo Milléo. **A Boa-fé no Direito Individual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 195.

<sup>194</sup> MEIRELES, Edilton. Funções da Boa-fé Objetiva Aplicáveis ao Contrato de Emprego. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, ano 74, nº 10, out. 2010, p. 1175.

<sup>195</sup> “O *venire contra factum proprium* pode se revelar em duas situações: a) quando uma pessoa, sem se vincular contratualmente, manifesta a intenção de não praticar determinado ato e, depois, pratica-o; e, b) quando uma pessoa, sem, também, se vincular especificamente, declara que irá adotar determinada conduta e, depois, nega-se a adotá-la”. (*Ibidem, loc.cit.*)

<sup>196</sup> *Ibidem*, p. 1176.

<sup>197</sup> BARACAT, Eduardo Milléo. *Op.cit.*, 2013, p.197.

e social no qual se insere, assumindo, desta forma, diferentes significados e conteúdos a depender do momento em que se encontra na história.<sup>198</sup>

Nesse diapasão, faz-se necessário, antes de adentrar no tema propriamente dito, fazer um apanhado geral sobre a autonomia, e seus estágios no desenvolvimento histórico.

O contrato sempre teve como preceito básico a ideia de autonomia da vontade. A concepção tradicional da autonomia da vontade está ligada ao período do liberalismo econômico e político e ao valor do individualismo.<sup>199</sup> Nesse sentido, as palavras de Natália Berti:

O Estado Liberal funda-se na lógica do *laissez faire laissez passer*, isto é, calca-se em um Estado mínimo, cujo papel é apenas assegurar as condições macroeconômicas básicas e deixar aos particulares, com base em uma igualdade formal, o poder de regular os seus próprios interesses. As intervenções estatais nas relações privadas, especialmente nas relações contratuais, eram consideradas excepcionais, cabendo à “mão invisível do mercado” solucionar os problemas sociais e propiciar o bem comum.

Em decorrência das ideias liberais presentes na filosofia individualista e liberal pós-revolução francesa nos séculos XVIII e XIX, a autonomia da vontade predominava, de forma que, a vontade era encarada como o cerne do contrato.<sup>200</sup> Cabendo, pois aos próprios particulares, com base na sua vontade, estabelecer as regras contratuais e os seus efeitos, sem qualquer intervenção estatal. Destaca-se que, “a autonomia da vontade era, pois o poder do indivíduo de criar e regular os efeitos jurídicos de sua contratação, sem intervenção externa”<sup>201</sup>.

Importante notar que a autonomia da vontade possui feição subjetiva, pois revela a vontade em si mesma, no seu sentido mais psicológico. A sua função seria a de garantir a própria vontade do sujeito.<sup>202</sup> Como bem elucida Roxana Cardoso Brasileiro Borges<sup>203</sup>, segundo a teoria da autonomia da vontade:

a pessoa se obriga através da declaração de vontade, ficando em segundo plano outras circunstâncias nas quais o negócio jurídico estivesse inserido. Essa ideia derivava de uma concepção individualista exacerbada de direito, que considerava o sujeito fora do contexto social. Uma vez declarada a vontade, este, em geral, teria a força de desencadear efeitos jurídicos.

A autonomia da vontade, baseada no dogma da soberania da vontade entre as partes e na visão do contrato como lei entre as partes, bem satisfaz o momento individualista e liberalista do

<sup>198</sup> BERTI, Natália. Da Autonomia da Vontade à Autonomia Privada: Um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. **Revista de Direito Privado**, ano 15, vol.57, jan./mar., 2014, p. 81.

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>200</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 65.

<sup>201</sup> BERTI, Natália. *Op.cit.*, 2014, p. 82.

<sup>202</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Op.cit.*, p. 66.

<sup>203</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia Privada e Negócio Jurídico. **Revista do Curso de Direito da UNIFCS**. Porto Alegre: Síntese, v. 5, 2005, p.73.

século XIX<sup>204</sup>. Nas palavras de Fernando Noronha, “o Estado liberal era a forma política de uma sociedade visceralmente individualista”<sup>205</sup>. Contudo, a filosofia individualista e liberal cai por terra diante de novas necessidades sociais, econômicas e políticas.

O ideal do Estado não intervencionista acabou por permitir o aprofundamento das desigualdades econômicas e sociais e o abuso de poder. Portanto, “era necessário modificar o contrato, em sua estrutura e função, a fim de adequá-los às novas finalidades econômico-sociais, bem como à busca de equilíbrio e equivalência nas relações contratuais”<sup>206</sup>. O Estado passa, então, a intervir nas relações sociais, de maneira que o contrato assume uma visão mais solidarista.<sup>207</sup>

A solidariedade contratual liga-se a justiça social, ou seja, a preocupação com um direito justo e que compatibilize os interesses privados e coletivos. Diante deste quadro, a autonomia da vontade, passa a ser limitada por normas de ordem pública e pelo predomínio do interesse coletivo<sup>208</sup>.

Como já dito, a autonomia da vontade fica reduzida ao foro interno das partes, a um aspecto subjetivo. Com o surgimento da nova ordem econômica, que tutela a confiança, o equilíbrio, a estabilidade e o dinamismo das relações, a denominação “autonomia da vontade” perde valor. Passa-se a defender a prevalência de uma vontade objetiva, de modo que, “o contrato nasce não da mera vontade, mas de uma declaração ou comportamento objetivo, disciplinado pelo ordenamento jurídico”<sup>209</sup>.

Sendo assim, a expressão autonomia da vontade é substituída, como forma de superar a velha concepção liberal e individualista, pela expressão autonomia privada. Nesta nova tem-se o seguinte:

o negócio jurídico não nasce da simples manifestação de vontade. A teoria da autonomia privada demonstra que não existe uma ligação automática da vontade a um poder de gerar consequências jurídicas. A vontade não é o único fator determinante do negócio jurídico. o negócio jurídico nasce, na verdade, de uma manifestação ou declaração ou comportamento concludente disciplinado pelo

---

<sup>204</sup> BERTI, Natália. Da Autonomia da Vontade à Autonomia Privada: Um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. **Revista de Direito Privado**, ano 15, vol.57, jan./mar., 2014, p. 85.

<sup>205</sup> NORONHA, Fernando. **O Direito do Contrato e Seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 69.

<sup>206</sup> BERTI, Natália. *Op.cit.*, 2014, p. 85.

<sup>207</sup> COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia Privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 181.

<sup>208</sup> BERTI, Natália. *Op.cit.*, 2014, p. 86.

<sup>209</sup> *Ibidem*, p. 88.

ordenamento jurídico e que, por isso, deve obedecer a todos os pressupostos de validade que este exige.<sup>210</sup>

A Constituição Federal de 1988 consagra a autonomia privada como um direito fundamental, reconhecendo como um dos objetivos da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade “livre, justa e solidária”<sup>211</sup>, art. 3º, inciso I.

Contudo, a liberdade, como valor constitucional, não é absoluta, encontra sua própria limitação em outros valores ou princípios, igualmente, constitucionais, como é o caso do princípio que protege a dignidade da pessoa humana<sup>212</sup>, previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.<sup>213</sup>

Desta forma, importante frisar que a autonomia privada não foi reduzida quantitativamente, houve, na verdade, uma transformação qualitativa conforme os preceitos trazidos pela Constituição Federal. A atuação da vontade individual deve, portanto, observar os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da igualdade substancial que integram o Estado Social de Direito delineado pelo constituinte.<sup>214</sup>

Nesse sentido, a autonomia privada deve ser exercida conforme os preceitos da lei, da ordem pública, da moral e dos bons costumes<sup>215</sup>. Ou seja, a liberdade de contratar deve ser utilizada de forma responsável, observando os limites impostos. É o que bem observa Filipe P. Braga Netto<sup>216</sup> ao asseverar que:

o conteúdo (atual) dos contratos não corresponde mais apenas à vontade das partes, presumível ou real. Ele deve ser composto por padrões mínimos de razoabilidade, que remetem à boa-fé objetiva, ao equilíbrio material entre as prestações e à vedação ao abuso de direito.

Tendo em vista os aspectos observados, é possível afirmar que existe liberdade de contratar e de não contratar, que deve ser observada durante todo o processo de formação, execução e

<sup>210</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia Privada e Negócio Jurídico. **Revista do Curso de Direito da UNIFCS**. Porto Alegre: Síntese, v. 5, 2005, p.73.

<sup>211</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da Autonomia Privada e o Direito Contratual Brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.) **Direito Contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007, p. 52.

<sup>212</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>213</sup> Constituição Federal, art. 1º “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

<sup>214</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 83.

<sup>215</sup> BERTI, Natália. Da Autonomia da Vontade à Autonomia Privada: Um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. **Revista de Direito Privado**, ano 15, vol.57, jan./mar., 2014, p. 90.

<sup>216</sup> BRAGA NETTO, Felipe P. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 4.

conclusão do contrato. Entretanto, não se deve abusar do direito de livre contratação, ou seja, a liberdade de contratar deve ser exercida de forma a não causar danos a outra parte.

A parte tem o direito de exercer a sua liberdade, desde que, comporte-se de maneira leal e correta, agindo conforme os mandamentos da boa-fé objetiva, pois aquele que viola ou desrespeita boa-fé objetiva em sede de autonomia privada comete abuso de direito, que pode trazer importantes e graves consequências à parte.

### 3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL APLICADA AO DIREITO DO TRABALHO

É sabido que o contrato é a base jurídica sobre a qual se solidifica a relação de trabalho. É, como todo contrato, um acordo de vontade entre as partes, no caso entre empregador e trabalhador. Todavia, nessa fase pré-contratual pode uma delas agir de modo a causar dano à outra, devendo, desta forma, arcar com a indenização dos prejuízos, se não agiu de boa-fé, abusando do seu direito de contratar<sup>217</sup>.

Fernando Noronha, observa que, “se bem atentarmos nos atos geralmente apontados como de abuso de direito, veremos como em todos está presente uma violação do dever de agir de acordo com a boa-fé”<sup>218</sup>.

Convém, antes de adentrar no tema em si, traçar um panorama sobre a responsabilidade civil pré-negocial, o que foi feito por José Augusto Rodrigues Pinto<sup>219</sup>:

a raiz profunda do tema responsabilidade nasce do embate subterrâneo entre o poder social e a contenção jurídica. Dessa raiz chegam à superfície do convívio humano quatro ramificações atuantes como escudos protetores do interesse individual contra as agressões partidas do conjunto social. A responsabilidade não aflorou sozinha; fê-lo interagindo com as outras três ramificações referidas numa espécie de rede cuja função é promover a coabitação equilibrada de dois impulsos que se repelem no mundo das relações jurídicas: a da denominação, característico do ser social, por sua índole invasiva da individualidade, e o da resistência jurídica, por sua tenacidade em preservá-la. Assim, onde a sociedade se organiza e o Direito se constitui também atuam as quatro ramificações de apoio vital à proteção do indivíduo, a saber: patrimônio, dano, responsabilidade e reparação. A compreensão global do papel de cada uma flui naturalmente dessa ordem de inserção de seu significado e essência.

---

<sup>217</sup> SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. Os deveres pré-contratuais na formação do contrato de trabalho. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2009, p.103.

<sup>218</sup> NORONHA, Fernando. **O Direito do Contrato e Seus Princípios Fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 176.

<sup>219</sup> PINTO, José Augusto Rodrigues. Breves considerações sobre a responsabilidade no direito do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, ano 31, n. 117, jan./mar., 2005, p. 116.

Desta feita, quando se verificar a ocorrência de prejuízo a bens materiais ou imateriais, vislumbra-se a figura do dano. O dano é a “ofensa que afeta o patrimônio da vítima, seja na perda ou deterioração de uma coisa economicamente apurável (material), seja quando a mancha bem no foro íntimo, como a honra (moral).”<sup>220</sup>

Havendo dano moral ou patrimonial, surge o instituto da responsabilidade, que se revela como “o dever jurídico de todo ser humano ou social de satisfazer prestação ou suportar sanção em decorrência de obrigação legal, contratual, ou simplesmente fática que ato ou omissão a ele imputáveis venha a contrariar.”<sup>221</sup>

É potencial a influência da postura adotada pelo Código Civil de 2002 em relação ao abuso de direito e a relação individual de emprego. Isso porque, o poder econômico, na celebração, e o poder diretivo do empregador, na execução do contrato, abre uma enorme brecha para que haja exercício abusivo de direito no momento do ajuste de vontades com o empregado.<sup>222</sup>

Com a concorrência do mercado de trabalho, os trabalhadores são levados a aceitar cada vez mais condições temerárias impostas pelo empregador, além disso, em sede de negociações preliminares muitas vezes são induzidos a desencadear gastos para a concretização de futuro contrato, que se não vier a ser realizado pode trazer a responsabilização por danos morais, materiais e pela perda de uma chance<sup>223</sup>.

Interessante ressaltar que a CLT, em seu art. 8º<sup>224</sup>, autoriza a Justiça do Trabalho a utilizar a jurisprudência, analogia, equidade, princípios e normas gerais do direito, e até ao direito comparado, quando houver falta de disposições legais ou contratuais a serem aplicadas ao caso concreto, bem como, estabelece, em seu parágrafo único, que o Direito Comum será utilizado como fonte subsidiária do Direito do Trabalho, no que for compatível com os princípios fundamentais.<sup>225</sup>

---

<sup>220</sup> FLORINDO, Valdir. **Dano Moral e o Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 50.

<sup>221</sup> PINTO, José Augusto Rodrigues. Breves considerações sobre a responsabilidade no direito do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, ano 31, n. 117, jan./mar., 2005, p.115.

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 119

<sup>223</sup> MAIA, Isabela Santos. **Responsabilidade do empregador pela perda de uma chance nas negociações preliminares**. 2009. Monografia. (Curso de Pós-graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho) – Juspodivm, Salvador, p. 30.

<sup>224</sup> Art. 8º da CLT - “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

<sup>225</sup> CORRÊA, Antônio de Pádua Muniz. Da responsabilidade civil no Direito do Trabalho. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**. Porto Alegre: Magister, 2004, p. 37.



Não é novidade que o dano moral e material, ensejadores da responsabilidade civil, estão atrelados à três pressupostos básicos para o seu reconhecimento, quais sejam, “que o fato agressor seja antijurídico ou ilícito, tenha provocado dano e exista nexo de causalidade entre o dano e o seu agressor que, na seara trabalhista, comumente é o empregador, mas poderá ser um empregado ou ex-empregado.”<sup>226</sup>

Assim sendo, é evidente que há aplicação do instituto da responsabilidade civil na seara trabalhista, de maneira supletiva, posto que “é do empregador a responsabilidade pelas indenizações por dano moral ou material resultantes de conduta ilícita por ele cometida, ou por suas chefias, contra o empregado, sem relação com a infortúnica do trabalho.”<sup>227</sup>

Em vista dos argumentos apresentados, resta patente que, embora o Direito do Trabalho seja uma disciplina que gira em torno de uma relação contratual propriamente dita, o trabalhador pretendente a emprego, exposto a exacerbada sujeição e vulnerável a danos, deve ser levada em consideração pelo ordenamento jurídico. Assim é que, mesmo sem estar sob a proteção da responsabilidade civil, por ausência de um contrato, há necessidade de tutela jurídica, o que se busca através da responsabilidade pré-contratual.

Diante disso, frente a importância dos referidos direitos, precisa é a necessidade de que a proteção dos mesmos na seara trabalhista deva acontecer de forma abrangente, incluindo a fase pré-contratual. Levando sempre em consideração o instituto da boa-fé objetiva, de modo que, o empregador tem a obrigação de agir de forma leal e correta para com o futuro empregado. Logo, não deve despertar a confiança se não tem a intenção de contratar, caso contrário, havendo a ocorrência de dano, surgirá o dever de indenizar.

---

<sup>226</sup> CORRÊA, Antônio de Pádua Muniz. Da responsabilidade civil no Direito do Trabalho. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**. Porto Alegre: Magister, 2004, p. 38.

<sup>227</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 627.

#### 4 A REPARAÇÃO CIVIL E TRABALHISTA EM FACE DA EXPECTATIVA FRUSTRADA DE CONTRATAÇÃO

A vida em sociedade é um constante interagir, em que as pessoas não estão imunes a ter seus interesses em choque com os de seus semelhantes. É sabido que todos os seguimentos sociais e econômicos passam por transformações, os valores sofrem mudanças o que, por consequência, afeta as relações jurídicas, principalmente as relações no âmbito laboral.

Em razão dessas alterações, verifica-se que existe a tentativa de cada vez mais flexibilizar os direitos trabalhistas, tornando o trabalhador ainda mais vulnerável às imposições feitas pelo mercado de trabalho, fazendo surgir situações que ferem normas de ordem pública<sup>228</sup>, tais como os direitos da personalidade, atingindo diretamente a dignidade do trabalhador. Os conflitos nas relações de trabalho, podem ocorrer antes, durante ou após a conclusão do pacto laboral.

Por ser hipossuficiente na relação, o trabalhador necessita de uma tutela mais eficiente dos seus direitos, para que esteja protegido contra abusos. Desta forma, as relações entre trabalhador e empregador devem se basear na cláusula geral da boa-fé e da função social do contrato<sup>229</sup>, pois a dignidade da pessoa humana, qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, no âmbito laboral<sup>230</sup>.

Nesse contexto, é possível que na fase pré-negocial, na chamada fase das tratativas, surja para o empregador o dever de indenizar por conta de eventuais promessas de contratação feitas ao empregado e não cumpridas, agindo em desacordo com os preceitos da boa-fé.

Não se pode olvidar, que o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado em todos as fases do processo de contratação. Logo, o empregador deve agir de forma leal, correta, proba, não gerando no futuro empregado expectativa de contratação que não se efetivará.

Deste modo, caracterizada a responsabilidade pré-negocial, passa-se a perseguir a quantificação dos danos derivados de ilícitos pré-negociais. Nesse aspecto, há divergência

---

<sup>228</sup> MAIA, Isabela Santos. **Responsabilidade do empregador pela perda de uma chance nas negociações preliminares**. 2009. Monografia. (Curso de Pós-graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho) – Juspodivm, Salvador, p. 37.

<sup>229</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>230</sup> ÁVILA, Pedrotti Rosemeri; AUGUSTIN, Sérgio. Assédio sexual nas relações de trabalho: agressão a direitos fundamentais. **Revista Discurso Jurídico**. jan./jul. 2007, v.3, n.1. Disponível em: <<http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/view/208/95>>. Acesso em: 26 out. 2014.

acerca dos limites da indenização da responsabilidade pré-contratual no que tange aos tipos de interesses indenizáveis, ou seja, se tal indenização compreende os prejuízos sofridos com a mera expectativa frustrada de contratação ou se compreenderia a expectativa de lucro que o futuro contrato de emprego traria, e ainda, se haveria direito adquirido à execução do contrato.

Antes de adentrar no tema propriamente dito, interesse abordar sobre a diferença entre a relação de trabalho e a relação de emprego, pois o que aqui se defende é a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil pré-contratual na relação de emprego.

#### 4.1 RELAÇÃO DE TRABALHO X RELAÇÃO DE EMPREGO

A Ciência do Direito enxerga nítida distinção entre relação de trabalho e relação de emprego. Entretanto, é interessante destacar que, tanto a relação de trabalho quanto a relação de emprego são modalidades de relação jurídica, isto é, de “situação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjetivo e a correspondente imposição a outra de um dever ou de uma sujeição”<sup>231</sup>.

É sabido que, a relação jurídica pressupõe a existência de, ao menos, duas pessoas e de uma norma jurídica qualificadora de uma relação social<sup>232</sup>. A relação jurídica se manifesta por meio dos direitos subjetivos, sendo “o poder de exigir ou pretender de outra pessoa um determinado comportamento positivo ou negativo”<sup>233</sup>, e dos direitos potestativos que podem ser definidos como “poderes jurídicos de, por um ato livre de vontade, só de per si ou integrado por uma decisão judicial, produzir efeito jurídicos que inelutavelmente se impõe a outra parte”<sup>234</sup>.

A relação de trabalho possui um caráter genérico, pois faz alusão a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação principal baseada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano, referindo-se “a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível”<sup>235</sup>.

---

<sup>231</sup> ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**, v.1. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 2.

<sup>232</sup> BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 5.ed. rev e ampl. São Paulo: LTr, 2009, p. 220.

<sup>233</sup> ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Op.cit.*, 1997, p. 10.

<sup>234</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3.ed., Coimbra: Editora Coimbra, 1999, p. 174.

<sup>235</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12.ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 279.

A expressão relação de trabalho englobaria, desta forma, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor.<sup>236</sup> Sendo assim, relação de trabalho é gênero do qual relação de emprego é espécie<sup>237</sup>.

Em similar linha de raciocínio Arnaldo Sussekind<sup>238</sup>, em artigo específico sobre o tema, afirma que:

a relação de trabalho corresponde ao vínculo jurídico estipulado, expressa ou tacitamente, entre o trabalhador e uma pessoa física ou jurídica, que o remunera pelos serviços prestados, ela vincula duas pessoas, sendo que o sujeito da obrigação há de ser uma pessoa física, em relação à qual o contratante tem o direito subjetivo de exigir o trabalho ajustado. O trabalhador autônomo, ao contrário do empregado, assume o risco da atividade profissional que exerce.

A palavra trabalho, embora ampla, possui uma delimitação, visto que, se refere ao dispêndio de energia pelo ser humano, com vistas a produzir um resultado útil. “Trabalho é atividade inerente à pessoa humana, compondo o conteúdo físico e psíquico dos integrantes da humanidade<sup>239</sup>. Em outras palavras, o trabalho humano, revela-se como o meio que o homem dispõe de “empunhar sua força braçal, profissional, intelectual ou literária, artística e científica, em troca de sua subsistência”<sup>240</sup>, ou em busca de maior conforto.

A relação de emprego, por sua vez, do ponto de vista técnico jurídico, é uma das modalidades da relação de trabalho, sendo a modalidade mais relevante de pactuação de prestação de trabalho existente, tanto na ótica econômico-social, quanto na ótica jurídica<sup>241</sup>.

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado<sup>242</sup> possui o entendimento de que:

a caracterização da relação empregatícia é, portanto, procedimento essencial ao Direito do Trabalho, à medida em que propiciará o encontro a relação jurídica básica que deu origem e assegura desenvolvimento aos princípios, regras e institutos jurtrabalhistas e que é regulada por esse ramo jurídico especial. É procedimento com reflexos no próprio Direito Processual do Trabalho, uma vez que este abrange, essencialmente, as lides principais e conexas em torno da relação de emprego (ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela EC 45/2004 – art. 114, I a IX, CF/88 – não retirou a hegemonia das lides empregatícias no âmbito da Justiça Especializada).

A relação de emprego possui natureza contratual, pois tem como pressuposto o contrato de trabalho. Seus principais elementos são:

<sup>236</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12.ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 279.

<sup>237</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5.ed. rev e ampl. São Paulo: LTr, 2009, p.220.

<sup>238</sup> SUSSEKIND, Arnaldo. Da Relação de Trabalho. **SDI: Jurisprudência uniformizadora do TST** – v.1, n.1. Curitiba: Decisório Trabalhista, 1996, p.9.

<sup>239</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Op.cit.*, 2013, p. 279.

<sup>240</sup> CORRÊA, Antônio de Pádua Muniz. Relação de Trabalho. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**. Porto Alegre: Magister, v.4, jan./fev. 2005, p. 92.

<sup>241</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Op.cit.*, 2013, p. 280.

<sup>242</sup> *Ibidem*, p. 281.

a) a personalidade, ou seja, um dos sujeitos (o empregado) tem o dever jurídico de prestar serviços em favor de outrem pessoalmente; b) a natureza não-eventual do serviço, isto é, ele deverá ser necessário à atividade normal do empregador; c) a remuneração do trabalho a ser executado pelo empregado; d) finalmente, a subordinação jurídica da prestação de serviços ao empregador.<sup>243</sup>

Em relação a competência da Justiça do Trabalho, a Constituição Federal de 1988 declarou no art. 114, I, com redação alterada pela EC 45/2004, que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar “as ações oriundas da relação de trabalho”, logo, não se limita apenas as ações entre empregados e empregadores<sup>244</sup>. Bem como, o inciso IX outorgou competência à Justiça do Trabalho para processar e julgar “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei”.

Sendo assim, a relação de trabalho é um gênero que envolve qualquer dispêndio de energia humana e, a relação de emprego é uma espécie da relação de trabalho, ou seja, uma das formas de trabalhar é através da relação de emprego que é tutelada pelo Direito do Trabalho.

Diante de tal exposição, interessante ressaltar que a relação de emprego é o enfoque do presente trabalho, pois envolve agente na condição de futuro empregado que tem a sua expectativa de contratação frustrada.

#### 4.2 DANO MORAL E MATERIAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO

O dano constitui a essência da responsabilidade civil. Pode-se conceituar dano como lesão a interesses juridicamente tuteláveis. Como já abordado em momento anterior, o dano material e o dano moral são danos que afetam o patrimônio da vítima, seja pela perda ou deterioração de uma coisa economicamente apurável, no caso do dano material, seja quando macha bem de foro íntimo, como a honra, sendo dano de cunho moral<sup>245</sup>.

O dano patrimonial também chamado de dano material, enseja, por sua própria natureza, precisa e integral reparação, de maneira oposta ao dano extrapatrimonial, também chamado de moral, que possui uma função mais compensatório do que indenizatória<sup>246</sup>.

<sup>243</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5.ed. rev e ampl. São Paulo: LTr, 2009, p.221.

<sup>244</sup> SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. A Concepções da Relação de Trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. Curitiba: Genesis, ano 33, jul./set. 2007, p. 118.

<sup>245</sup> FLORINDO, Valdir. **Dano Moral e o Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 50.

<sup>246</sup> DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Controvérsias sobre o dano moral trabalhista. **Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior**. São Paulo: Instituto Cesarino Júnior, nº. 30, 2006, p. 89.

<sup>246</sup> *Ibidem*, p. 91.

Sendo assim, o empregador deve atuar com bom senso, com respeito à figura do empregado como pessoa digna e merecedora de ter seus direitos personalíssimos e não personalíssimos integralmente resguardados. Logo, uma vez ocorrendo dano, na esfera econômica ou na esfera íntima da parte, surge o dever de ressarcir, de compensar.

#### 4.2.1 O dano moral trabalhista

O instituto do dano moral sempre esteve presente no ordenamento jurídico pátrio, contudo, foi a Constituição Federal de 1988, que inseriu, de uma vez por todas, a reparabilidade do dano moral. O direito mais fundamental do ser humano, que é o respeito a seus sentimentos mais nobres, ganha o devido respaldo<sup>247</sup>. Conforme dispõe os incisos V e X do art. 5º:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação.

Quando a ordem jurídica e o equilíbrio social são violados pela atividade humana, a sociedade reage de imediato contra esses fatos que ameaçam a ordem constituída, infligindo uma sanção ao transgressor, como forma de manter o equilíbrio social e fazer com que a vítima seja compensada<sup>248</sup>.

Maria Celina Bodin de Moraes<sup>249</sup> destaca a importância de conceituar o dano moral como lesão à dignidade humana, sobretudo pelas consequências dela gerada:

assim, em primeiro lugar, toda e qualquer circunstância eu atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue a sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral a ser reparado. Acentue-se que o dano moral, para ser identificado, não precisa estar vinculado à lesão de algum ‘direito subjetivo’ a pessoa vítima, ou causar algum prejuízo a ela. A simples violação de uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial (ou de um ‘interesse patrimonial’) em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora da tutela, será suficiente para garantir a reparação.

Diante desse quadro, o Direito do Trabalho também é chamado a contribuir para com o respeito entre os homens, e a consequente e sintonizada evolução do Direito brasileiro, afinal, as relações de trabalho, indiscutivelmente, também se revelam como um campo propício para

<sup>247</sup> FLORINDO, Valdir. **Dano Moral e o Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 75.

<sup>248</sup> CARMO, Júlio Bernardo do. O dano moral e sua reparação no âmbito do direito civil e do trabalho. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, ano 60, n.3, mar. 1996, p. 301.

<sup>249</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. São Paulo: Renovar, 2007, p. 188.

a ocorrência de ofensas que afetam a personalidade da pessoa humana, gerando intranquilidade nas relações travadas<sup>250</sup>.

Valdir Florindo<sup>251</sup> assevera que:

na vida em sociedade, estamos sempre sujeitos a causar um dano ou então a sofrê-lo. Na relação de emprego, a questão não é diferente, pois empregado e empregador, até pela convivência habitual, estão sempre sujeitos a sofrer danos, ou então a causar dano (um ao outro), seja ele moral ou material, e nem por isso estão imunes à devida reparação, hoje elevado à estatura constitucional.

A partir de conclusão extraída do texto citado, é possível afirmar que o empregador que causar prejuízos por dano moral ao empregado, deve repará-lo. E, de igual modo, deve o empregado reparar o empregador caso tenha lhe causado algum tipo de prejuízo. Ou seja, o contrato de emprego rende ensejo a que “ambos os contraentes, infrinjam direitos da personalidade, conquanto o mais comum seja a violação da intimidade, a vida privada, da honra ou da imagem do trabalhador”<sup>252</sup>.

Importante ressaltar que os aludidos direitos da personalidade manifestam-se tanto fora quanto dentro da esfera dos contratos. Nesse sentido José Affondo Dallegrave Neto<sup>253</sup> assinala que:

assim, o cidadão empregado, quando da execução do contrato de trabalho tem seus direitos de personalidade salvaguardados, inclusive contra eventuais abusos patronais. Caso o trabalhador seja ofendido em sua honra, privacidade, nome imagem, etc, haverá lesão a um interesse extrapatrimonial tutelado em direito; a reparação desse dano moral estará enquadrada na responsabilidade civil contratual, máxime porque agente e vítima ostentam a figura jurídica de contratante (empregado e empregador) no momento da consumação do dano.

Nessa linha de raciocínio segue o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL DECORRENTE DA RELAÇÃO DE EMPREGO. REVISTA A PERTENCES. PRESCRIÇÃO. 1 - Não há utilidade em seguir no debate sobre a incidência da prescrição civil decenal ou trienal, pois o caso é de pedido de indenização por dano moral decorrente da relação de emprego (revista a pertences que ocorreu até o final de 2009), em que se aplica a prescrição trabalhista, nos termos dos arts. 7º, XXIX, da Carta Magna e 11 da CLT. 2 - No caso dos autos, não está configurada a prescrição bienal (não há extinção do contrato de trabalho e a ação foi ajuizada em 2010), tampouco a prescrição quinquenal. Recurso de revista de que não se conhece. REVISTA A PERTENCES. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. A dignidade da pessoa humana, fundamento da República, nos termos do art. 1º, III, da CF/88, e regra matriz do direito à indenização por danos

<sup>250</sup> FLORINDO, Valdir. **Dano Moral e o Direito do Trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 75

<sup>251</sup> *Ibidem*, p. 76

<sup>252</sup> DALAZEN, João Oreste. Aspectos do Dano Moral Trabalhista. *In*: ROMAR, Carla Teresa Martins; SOUSA, Otávio Augusto Reis de. (Coords.). **Temas Relevantes de Direito Material e Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000, p. 588.

<sup>253</sup> DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Controvérsias sobre o dano moral trabalhista. **Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior**. São Paulo: Instituto Cesarino Júnior, n.º. 30, 2006, p. 89.

<sup>253</sup> *Ibidem*, p. 99.

morais, previsto no art. 5º, X, da CF/88, impõe-se contra a conduta abusiva do empregador no exercício do poder de direção a que se refere o art. 2º da CLT, o qual abrange os poderes de organização, disciplinar e de fiscalização. No caso dos autos, conforme consta no acórdão recorrido, o reclamante não era submetido a simples revista de rotina, mas era obrigado a abrir a bolsa, e colocar os pertences sobre um balcão, bem como a tirar sapatos e bonés, na frente de outro empregado encarregado a tal mister, o que configurou extrapolação do poder fiscalizatório da reclamada e violou a intimidade e privacidade do empregado. Nesse contexto, a condenação da reclamada não ofende os arts. 186 e 927 do CC, que garantem reparação àquele que sofrer ato ilícito, como ocorreu neste caso. Recurso de revista de que não se conhece.

**INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. VALOR ARBITRADO.** A jurisprudência desta Corte estabelece que a revisão do valor arbitrado a título de indenização por dano moral e material apenas é viável quando a condenação é irrisória ou exorbitante em relação aos fatos discutidos, o que implica não alcançar a finalidade prevista em lei. No caso, o TRT condenou a reclamada ao pagamento de indenização no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), e, ante os fatos consignados, em especial a revista, quando os empregados eram obrigados a abrir a bolsa, e a colocar os pertences sobre um balcão, bem como a tirar sapatos e bonés, não é desproporcional o valor fixado, de modo que não se justifica a excepcional intervenção desta Corte no feito. Arestos inservíveis. Recurso de revista de que não se conhece. (TST - RR: 14289420105190007, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 06/08/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/09/2014)

Como destaca Valdir Florindo<sup>254</sup>, diversas são as situações de abusos de direito praticados pelo empregador, “atingindo a honra, a dignidade daquele que lhe presta serviços e que colabora para com o crescimento da produção, e que absolutamente não pode ser tratado com indiferença e insensatez”, mas sim “com seus próprios valores, pois a pessoa humana é fonte e fulcro de todo os valores”.

Não se pode olvidar que o contrato de trabalho pode ser antecedido, como acontece nos demais contratos, de uma fase constituída por tratativas e denominada de pré-contratual<sup>255</sup>. Ou seja, a responsabilidade por ofensa aos direitos da personalidade não se exaure na relação contratual, devendo ser observada também na fase das tratativas e mesmo após a execução do contrato. Isso ocorre em decorrência do princípio da boa-fé objetiva que traz deveres às partes.

É preciso frisar que ninguém é obrigado a contratar, o empregador tem a liberdade de fazê-lo ou não. Entretanto, se proceder de forma a convencer o futuro empregado da seriedade das tratativas, levando-o “a adotar medidas tendentes à contratação, e efetuar despesas, assumir compromissos com terceiros, agir, em suma, no propósito aparente de que vai ser firmado o

<sup>254</sup> FLORINDO, Valdir. **Dano Moral e o Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 86.

<sup>255</sup> SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **A Reparação do Dano Moral no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004, p. 36.



contrato”<sup>256</sup>, e, se imotivadamente rompe com as tratativas, deve responder por eventuais danos causados.

A ocorrência de danos morais na fase pré-contratual não ocorre do simples rompimento unilateral das tratativas, mas das circunstâncias de cada caso concreto, sem prejuízo de possíveis danos materiais<sup>257</sup>. Nesse sentido, o dano moral ao empregado, na fase pré-contratual, pode “resultar tanto da não-celebração do contrato, que as tratativas deixaram prever, como das violações da sua intimidade, de sua honra, do seu direito à não-discriminação arbitrária, etc.”<sup>258</sup>

Conclui-se, deste modo, que é possível a indenização no âmbito do Direito do Trabalho por ocorrência de danos morais. O empregador tem o dever de agir conforme os mandamentos da boa-fé objetiva, em todas as fases do contrato. Não gerando no outro, expectativas de contratação, que se frustrada poderá acarretar indenização, em decorrência da observância do princípio da dignidade humana. Assim como, durante a execução do contrato de trabalho, tem a obrigação de agir conforme o bom senso, não abusando do seu direito, respeitando o trabalhador, que já se encontra em situação desfavorável. E, até mesmo após o fim da relação contratual.

#### 4.2.2 O dano material trabalhista

O dano material, como já exposto anteriormente, atinge o patrimônio material da vítima, ensejando uma precisa e integral reparação ao prejuízo objetivamente sofrido. A reparação do dano poderá se processar de duas maneiras, uma pela reparação natural, ou seja, restauração do *status quo* alterado pela lesão, e pela indenização pecuniária quando não for possível restabelecer a situação anterior ao fato que ocasionou a lesão<sup>259</sup>.

O dano material é sempre reparável, visto que, com a sua ocorrência, ou se restaura a situação anterior ou se integra o patrimônio mediante o equivalente pecuniário do desfalque,

---

<sup>256</sup> SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **A Reparação do Dano Moral no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004, p. 37.

<sup>257</sup> DALAZEN, João Oreste. Aspectos do Dano Moral Trabalhista. In: ROMAR, Carla Teresa Martins; SOUSA, Otávio Augusto Reis de. (Coords.). **Temas Relevantes de Direito Material e Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000, p. 589.

<sup>258</sup> SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Op.cit.*, 2004, p. 38.

<sup>259</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 7. Da Responsabilidade Civil**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 84.

“intervindo, ademais, os juros de mora, para ajustar a compensação à maior ou menor duração do dano”<sup>260</sup>.

Nesse sentido, o princípio da *restitutio in integrum* aplica-se perfeitamente, pois o que se procura é a restituição integral do dano. Diversamente ocorre com o dano não patrimonial que, em verdade, busca mais uma compensação do que efetivamente uma restituição ao *statu quo ante*<sup>261</sup>.

O Código Civil estabelece no art. 402 que o ressarcimento dos danos materiais abrange parcelas de duas naturezas, quais sejam, o que efetivamente o lesado perdeu e o que razoavelmente deixou de ganhar<sup>262</sup>. Ou seja, pode alcançar tanto o dano atual quanto o dano futuro, denominados de dano emergente e os lucros cessantes, respectivamente.<sup>263</sup>

O dano emergente constitui-se em tudo aquilo que se perdeu e que se revela suscetível de liquidação pela aplicação da teoria da diferença entre o patrimônio antes e depois ao fato gerador do dano ou à inexecução contratual<sup>264</sup>.

O lucro cessante, por seu turno, é visto como o a perda do ganho esperável, a frustração da expectativa do lucro, a diminuição potencial do patrimônio do ofendido, apurado segundo juízo razoável de probabilidade, de acordo com o normal desenrolar dos fatos.<sup>265</sup>

Nesse sentido é oportuna a transcrição de recente julgado da 2ª Turma do C. TST que prestigia o entendimento ora expedido:

Quanto ao dano material, a doutrina o divide em dano emergente e lucro cessante. Caracteriza-se o dano emergente, também chamado de positivo, como sendo aquilo que a vítima perdeu em decorrência da enfermidade, como, por exemplo, as despesas com consultas médicas, psiquiátricas, fisioterápicas, exames complementares, assim como com medicamentos. Tais despesas, vale destacar, presumem-se necessárias. Desse modo, ainda que a autora não tenha comprovado nos autos gastos com tratamento médico ou similares, ainda assim, faz jus à indenização por danos materiais (emergentes) que, todavia, deverá ser apurada em liquidação por artigos. Consiste, por sua vez, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. (TST, AIRR n. 83100-52.2008.5.05.0018, 2ª Turma, Rel. Min. Delaíde Miranda Arantes, DEJT 08/10/2014, p. 6)

<sup>260</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 993.

<sup>261</sup> CASILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 84.

<sup>262</sup> OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 5.ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 208.

<sup>263</sup> DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Controvérsias sobre o dano moral trabalhista. **Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior**. São Paulo: Instituto Cesarino Júnior, nº. 30, 2006, p. 91.

<sup>264</sup> *Idem*. **Responsabilidade Civil no direito do trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTR, 2010, p. 165.

<sup>265</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.79.

Incumbe anotar, ainda, que segundo José Affonso Dallegrave Neto, boa parcela da doutrina inclui o dano decorrente da “perda de uma chance” como espécie de dano material, e outros o consideram como um *tertium genus* que se soma ao dano material e moral<sup>266</sup>.

Nesse sentido, o dano moral trabalhista pode ocorrer toda vez que o empregador ou futuro empregador abusando do seu direito, causa prejuízo a parte hipossuficiente, que no caso é o empregado. Assim, contra esses abusos, surge o dever de reparar o dano, de fazer com que, o volte ao estado anterior ao da lesão. Restituindo, desta forma, o patrimônio da vítima.

#### 4.3 INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL PELA EXPECTATIVA FRUSTRADA DE CONTRAÇÃO

É sabido que o instituto da responsabilidade pré-contratual possui plena aplicação no Direito do Trabalho, pois uma das relações jurídicas mais complexas é a relação de trabalho, e o próprio ordenamento jurídico reconhece a desigualdade fática entre os sujeitos<sup>267</sup>.

A fase pré-contratual também denominada de fase das tratativas, como explicitado, se caracteriza por ser aquele momento em que as partes que objetivam um negócio jurídico futuro começam a se contatar com o desiderato de firmarem seus interesses da melhor maneira possível. Esse período só irá findar com a conclusão do negócio<sup>268</sup>.

Importante lembrar, que a regra basilar da responsabilidade civil na fase pré-contratual é a da não responsabilização, posto que, não existe vínculo jurídico formado entre as partes apto a ensejar a reparação caso não haja a formação do contrato. Seria ilógico que o simples fato de manifestar interesse em um negócio jurídico gerasse para as partes o dever de reparação por sua não concretização.<sup>269</sup>

---

<sup>266</sup> DALLEGRAVE NETO, José Afonso. **Responsabilidade Civil no direito do trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTR, 2010, p. 166.

<sup>267</sup> PAMPLONA, Rodolfo. Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho e o Novo Código Civil Brasileiro. **Revista Synthesis: Direito do Trabalho Material e Processual**. São Paulo: Síntese, n.41, 2005, p. 59.

<sup>268</sup> CUNHA, Daniela Moura Ferreira. **Responsabilidade Pré-negocial por Rupturas das Negociações**. Coimbra: Almedina, 2006, p.78.

<sup>269</sup> CORREIA, Jamile Costa. **Responsabilidade Civil nas Relações Pré-Contratuais empregatícias por Desrespeito ao Princípio da Boa-fé objetiva**. 2009. Monografia (Curso de Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho) – Faculdade Baiana de Direito, Jus Podivm, Salvador, p. 60.

Entretanto, durante todo este período as partes devem obedecer os preceitos da boa-fé objetiva, sob pena de não o fazendo ensejarem a aplicação do instituto da responsabilidade civil pré-contratual<sup>270</sup>.

A boa-fé objetiva, como abordado em capítulo anterior, constitui uma regra de conduta que possui conteúdo indeterminado, do qual emergem variáveis e inúmeros deveres. Cabendo, desta forma, ao aplicador do direito, verificar diante do caso concreto, quais as consequências obrigacionais devem ser extraídas do princípio da boa-fé<sup>271</sup>.

Destaca-se que, a boa-fé objetiva não deve ser concebida como um limite negativo a autonomia privada, isto é, que a sua observância não se revele como um modo de proibição aos sujeitos de praticar dadas condutas inerentes à prossecução dos seus interesses. Deve, na verdade, ser concebida como um conteúdo positivo, impondo as partes a prática de comportamentos de colaboração, de cooperação e de solidariedade no trato negocial<sup>272</sup>.

Assim, partilhando do entendimento de Daniela Moura Ferreira Cunha, as partes devem adotar comportamentos que sejam leais em toda a fase prévia à constituição do negócio jurídico, bem como, devem se comportar lealmente no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas entre si. É certo afirmar, então, que a “boa-fé objetiva é um princípio que tem na conduta honesta a trava mestra de seu significado”<sup>273</sup>.

Em síntese, a boa-fé objetiva ultrapassa o âmbito da mera execução contratual, revelando-se como um dever de lealdade, lisura e consideração com as expectativas da outra parte da relação. Ao passo que, deve ser observado os deveres anexos, decorrentes desse princípio, quais sejam, de lealdade, segurança e informação. Todos esses deveres anexos devem estar presentes na fase das tratativas. Logo, o rompimento do acordo celebrado entre as partes, que viole o princípio da boa-fé objetiva enseja, em função da responsabilidade pré-contratual, o pagamento de indenização. Tudo aqui exposto, já foi objeto de análise em capítulo anterior.

Tecidas estas considerações, chega-se ao tema central do trabalho, que gira em torno da possibilidade ou não de indenização pela expectativa frustrada de contratação do empregado e, já é possível visualizar que o futuro empregador que gere legítima expectativa de contratação, deverá arcar com os devidos danos causados pela não concretização do contrato.

---

<sup>270</sup> CUNHA, Daniela Moura Ferreira. **Responsabilidade Pré-negocial por Rupturas das Negociações**. Coimbra: Almedina, 2006, p.78.

<sup>271</sup> PRATA, Ana. *Notas Sobre Responsabilidade Pré-contratual*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 38.

<sup>272</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>273</sup> CUNHA, Daniela Moura Ferreira. *Op.cit.*, 2006, p.120.

Ressaltando que não é todo e qualquer rompimento injustificado que gera o dever de indenizar, devendo ser analisado caso a caso, pelos motivos agora expostos.

Primeiramente, não se pode olvidar que a Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III, assegura a dignidade da pessoa humana como fundamento de todo Estado Democrático de Direito.<sup>274</sup> Garantindo, desta maneira, “uma tutela especial e privilegiada a toda e qualquer pessoa humana, em suas relações extrapatrimoniais”<sup>275</sup>.

Assim, a dignidade da pessoa humana, fundamento do ordenamento jurídico, pode ser atingida quando a formação do contrato de trabalho é frustrada, ainda que na fase pré-contratual.

O campo juslaboral é meio propício para que ocorra abuso de direito e, conseqüentemente, violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Afinal, o empregado ou futuro empregado já se encontra em uma posição de vulnerabilidade, posto que o emprego representa o sustento para si e para os seus dependentes. Deste modo, na esperança de obter aquele emprego, acaba por se expor fornecendo informações pessoais, e se submetendo a realização dos exames admissionais, a dinâmicas de grupo, testes e inúmeras entrevistas. Entretanto, muitas vezes, sem qualquer justificativa plausível, o empregador rompe inesperada e imotivadamente com as negociações.

Nesse sentido, os entendimentos preliminares, em que se discute o surgimento de uma futura relação jurídica, ainda que sem compromisso de ânimo definitivo, podem produzir efeitos jurídicos. Sobre esse tema Luiz de Pinho Pedreira esclarece que:

(...) este período pré-contratual, em que o empregador entrevista, submete a teses e finalmente seleciona o candidato à vaga disponível não é, em princípio, vinculativo, até o momento em que, pelo estágio que atingiu a negociação, somente admite previsão de admissão certa; a desistência injustificada de contratação pelo empregador pode causar prejuízo aquele que porventura tenha deixado outro emprego diante da promessa não concretizada ou mesmo desprezando oferta de igual nível ou de maior conveniência.<sup>276</sup>

É certo que, a indenização não ocorre pelo simples rompimento unilateral do pré-contrato<sup>277</sup>, afinal, o empregador possui a autonomia de contratar ou não. Entretanto, a partir do momento que este gera na outra parte legítima expectativa de contratação, adotando atitudes que leve o

<sup>274</sup> DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Controvérsias sobre o dano moral trabalhista. **Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior**. São Paulo: Instituto Cesarino Júnior, nº. 30, 2006, p. 99.

<sup>275</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 120.

<sup>276</sup> SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **A Reparação do Dano Moral no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004, p. 37.

<sup>277</sup> *Ibidem*, p. 38.

futuro empregado a acreditar fielmente que será contratado, é possível que venha a ser chamado a indenizar.

É certo que, este período pré-contratual, em que o empregador submete o futuro empregado a testes, faz entrevista, exames admissionais, e finalmente escolhe o candidato apto à vaga, a *priori*, não tem o condão de gerar vínculo, salvo se progredir a tal ponto que somente se admite previsão de admissão certa. Nesse caso, a desistência sem justificativa do empregador, pode causar prejuízos ao futuro empregado, que pode, por exemplo, ter deixado um emprego ou até mesmo recusado uma proposta contando com a contratação<sup>278</sup>.

Um exemplo do que aqui se defende está na decisão do julgamento de Agravo de Instrumento pela 3ª Turma do TST, com ementa ora transcrita:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PRÉ-CONTRATO DE TRABALHO. CONTRATAÇÃO FRUSTRADA. CARACTERIZAÇÃO DE DANO MORAL. 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 efetivação do pacto, sendo que, na sequência, acaba por não efetivá-lo, enseja a condenação ao pagamento de indenização por dano moral, além dos danos materiais evidenciados ou razoavelmente aferidos (art. 5º, V e X. CF; art. 186, CCB). Desse modo, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido. (TST - AIRR: 8482820105090594, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 18/12/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/01/2014).

Sendo assim, do ponto de vista ético, o futuro empregador deve agir conforme os mandamentos da boa-fé objetiva, que demanda comportamento correto, probo e leal para com a outra parte na relação, com vistas a formar um contrato justo e equilibrado. Não devendo criar infundada promessa de contratação<sup>279</sup>.

Ainda acerca do princípio da boa-fé objetiva, este representa, segundo o entendimento de Anderson Schreiber, a expressão da solidariedade social no campo das relações privadas.

---

<sup>278</sup> SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **A Reparação do Dano Moral no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004, p. 37.

<sup>279</sup> “Com efeito, sabe-se que os negociantes devem guardar o princípio da boa-fé, seja na execução, seja na conclusão do contrato, conforme prescreve o art. 422 do CC/02, porque nele repousa a confiança na consumação da avença, que leva o interessado a realizar atos tendentes à satisfação dos pressupostos estabelecidos pelo proponente, confiando que, assim procedendo, logrará perfectibilizar o acordo. Assim, à medida que o proponente progride na negociação com a atribuição, inclusive, de providências dirigidas à consumação do negócio, maior é a expectativa gerada no interessado, podendo inclusive acarretar-lhe prejuízos de ordem pessoal e material. A questão pode ser avaliada sob o prisma da teoria da culpa in contrahendo, há muito difundida por Ihering, conjugada à materialização no sistema jurídico brasileiro da boa-fé contratual, e que estimula a observância do primado da confiança nas relações negociais.” (TST, AIRR-835-52.2011.5.02.0444, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, Data de Julgamento: 24/09/2014)

Logo, existe a necessidade de conter o exercício desenfreado do princípio da autonomia privada dos contratantes<sup>280</sup>.

Deve-se, portanto, superar a obsessão pelo sujeito e pela sua vontade individual como fonte primordial da formação dos contratos e adotar uma visão mais solidária, que “se faz atenta à repercussão externa dos atos individuais sobre os diversos centros de interesses, atribuindo-lhes eficácia obrigacional independentemente da vontade ou da intenção do sujeito que os praticou”<sup>281</sup>.

Para além da questão da boa-fé objetiva, oportuno lembrar do *venire contra factum proprium*. Isso porque, é vedado no ordenamento pátrio, contradição de comportamentos entre si, em razão da “legítima confiança depositada por outrem, em consonância com a boa-fé”<sup>282</sup>. Assim, o futuro empregador não pode, simplesmente, quebrar a confiança do futuro empregado, comportando-se de modo completamente incoerente.

Em recente julgado o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região aplicou a proibição do comportamento contraditório como forma de reprimir o abuso de direito dos empregadores na fase pré-contratual, entendendo ser necessário a observância dos mandamentos do princípio da boa-fé objetiva.

PRÉ-CONTRATO - TRATATIVAS CONSISTENTES - DEVER DE INDENIZAR - Desse comportamento exsurge o dever de indenizar: em que uma parte viola o dever de boa-fé das negociações que antecedem o contrato e lesa, com esse comportamento, outra pessoa. Trata-se da violação à boa-fé objetiva, relativa ao dever recíproco de se comportar com lealdade, boa-fé esta que se exige dos contraentes desde o momento anterior à formação do contrato até, muitas vezes, após seu término, como é o caso do sigilo de empresa, que exige do ex-empregado a abstenção de revelá-lo mesmo após anos de ruptura contratual. A injusta frustração de uma expectativa razoável na futura conclusão do contrato é fato jurígeno do dano moral (art. 427 do CCB). Não é necessário, portanto, a prova da violação da boa-fé subjetiva, bastando, para fins de delineamento do dano moral e material, a ruptura às figuras parcelares da boa-fé objetiva (teoria dos atos próprios), notadamente do *venire contra factum proprium*, que veda atos contraditórios dos sujeitos nas negociações, como forma de coibir o abuso de direito. (TRT da 15ª Região, processo nº 0000413-35.2010.5.15.0029-RO, Relatora Des. Federal do Trabalho Mariane Khayat, 1ª turma, 2ª câmara, publicado em 11.3.2011)

Deste modo, quando as expectativas de contratação do empregado são alimentadas de forma a não deixar dúvidas de que será contratado, e simplesmente a contratação não é levada adiante, existe um resultado danoso que advém da frustração dessa real expectativa, gerando a

---

<sup>280</sup> SCHREIBER, Anderson. **A proibição de Comportamento Contraditório: Tutela da Confiança e *Venire Contra Factum Proprium***. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 79.

<sup>281</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>282</sup> *Ibidem*, p. 95.

caracterização de dano moral e até mesmo material, podendo ser observado todos os elementos da responsabilidade civil, quais sejam: conduta lesiva, dano e nexos causal.

Para melhor ilustrar o dano moral e material causado pela expectativa frustrada de contratação, interessante trazer alguns exemplos de atitudes que lhes dão ensejo. Um exemplo é a negativa de contratação, após as negociações preliminares, por conta de conduta discriminatória do empregador.<sup>283</sup> Pode ser citada, de igual modo, a negativa de contratação do empregado após a aprovação em processo seletivo, realização de exames admissionais, recolhimento da CTPS e abertura de conta salário. Sendo este o entendimento do TST, de acordo com a ementa a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DANOS MORAIS. CONTRATAÇÃO FRUSTRADA. OBRIGAÇÕES NA FASE PRÉ-CONTRATUAL. ÔNUS DA PROVA.

1. Trata-se da hipótese em que condenada a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, decorrente da frustração de expectativa de contratação do autor.

2. Do quadro fático delineado no acórdão regional, extrai-se que a reclamada ficou de posse da CTPS do obreiro por aproximadamente um mês, abrindo inclusive conta salário, e, em razão disso, o obreiro rejeitou outras propostas de emprego, bem como que a reclamada não aceitou o reclamante dizendo que não havia mais necessidade de funcionários.

3. No caso dos autos, o Tribunal Regional não dirimiu a controvérsia à luz dos princípios disciplinadores da repartição do ônus da prova, razão pela qual inconcebível a vulneração dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC, sendo certo que o dano moral é um dano in re ipsa, que prescinde de comprovação, bastando a demonstração do ato ilícito e do nexos causal, os quais restaram evidenciados na hipótese em voga, com base na prova efetivamente produzida.

4. Inespecíficos os arestos paradigmas trazidos a cotejo, porque abordam situação de mera submissão a processo seletivo, sem qualquer notícia acerca da retenção da CTPS do obreiro, tampouco quanto à abertura de conta salário, circunstâncias que distinguem a hipótese dos autos. Óbice da Súmula 296/ TST. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. 1. O e. Tribunal entendeu que, à falta de regra específica, a indenização deve ser fixada - tomando em consideração a gravidade e a repercussão da ofensa, a condição econômica do ofensor, a pessoa do ofendido e, por fim, a intensidade do sofrimento que lhe foi causado -. Asseverou ainda que o julgador deve atentar para - o desestímulo ao lesante - vetor pedagógico da indenização -, de molde a impedir a reiteração da conduta em outras situações, sem olvidar do bom senso, da experiência de vida, a realidade e as peculiaridades do caso individualmente. Tal fixação deve orientar-se, portanto, pelo princípio constitucional da razoabilidade -. Nessa linha, manteve - o valor da indenização, a título de danos morais, arbitrado na origem no importe de R\$ 10.000,00 -. 2. Com base nas circunstâncias da espécie, não se verifica a notória desproporcionalidade passível de

<sup>283</sup> “INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. EXPECTATIVA DE CONTRATAÇÃO. RECUSA DE CONTRATAÇÃO APÓS EXAME DE SANGUE ADMISSIONAL QUE APONTA ALTO ÍNDICE GLICÊMICO. A promessa de contratação frustrada atenta contra o princípio da boa-fé objetiva. Tal princípio traz ínsito um modelo de atitude, exigindo que as partes ajam de acordo com um padrão moral. E restando incontroversa a expectativa de contratação da reclamante, inclusive com abertura de conta-salário em Banco indicado pela empresa, e não comprovado pela reclamada que as condições de trabalho se mostrariam prejudiciais à saúde da reclamante, que sofre de diabetes, constitui-se o dever de indenizar. Recurso da reclamante provido.” (TRT-4, Nº: 0000771-85.2013.5.04.0292 RO, Relator: Marçal Henri Dos Santos Figueiredo, Data de Julgamento: 21/05/2014, 2ª Vara do Trabalho de Sapucaia do Sul)



ensejar a redução do quantum, razão pela qual resta incólume o artigo 944 do Código Civil. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (TST - AIRR: 8355220115020444 , Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 24/09/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2014)

Na ementa acima transcrita, pode-se ver a boa-fé objetiva atuando para trazer à tona o dever de responsabilidade por parte da empresa que efetivamente gerou expectativa de contratação na reclamante, a despeito de reter a sua CTPS por mais de mês, bem como solicitar inúmeros documentos pessoais, abertura de conta salário, agindo, deste modo, de forma a não deixar dúvidas de que haveria a celebração do contrato de emprego, fazendo com que a reclamante recusasse outras propostas de emprego. Assim, a atitude da reclamada de cancelar a contratação, sob a alegação de que não precisa mais de funcionários, é considerado ato ilícito, capaz de ensejar a aplicação do instituto da responsabilidade civil pré-contratual por dano moral e material causado a reclamante pela falsa promessa de contratação.

Deste modo, o dano moral causado pela expectativa frustrada de contratação pode ter origem no próprio rompimento injustificado do pacto ou até mesmo no caso de perda de uma chance de celebrar um outro contrato de trabalho<sup>284</sup>.

Sendo assim, diante de tudo que foi exposto, é possível reconhecer a possibilidade de ocorrência de dano moral ou material na fase das tratativas. Deve-se em todos os momentos levar em consideração os mandamentos da boa-fé objetiva, da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da função social da propriedade, de modo que, as partes devem se comportar socialmente de maneira a não ocasionar prejuízo ao outro.

Deste modo, o desrespeito ao princípio a boa-fé e seus deveres anexos, bem como quando há comportamento contraditório de uma das partes, dá ensejo a aplicação do instituto da responsabilidade civil nas relações pré-contratuais trabalhistas.

---

<sup>284</sup> “EXPECTATIVA REAL DE CONTRATAÇÃO. PERDA DE UMA CHANCE. DANO MATERIAL. INDENIZAÇÃO. DEVIDA. À luz da teoria da perda de uma chance que se fundamenta na probabilidade de que haveria o ganho e a certeza de que a perda indevida da vantagem resultou um prejuízo, o não cumprimento de obrigação contratual que obsta a possibilidade de resultado positivo ao trabalhador, constitui inegável dano a ensejar o pagamento de indenizações correspondentes”. (TRT-1 - RO: 00012054520115010028 RJ , Relator: Monica Batista Vieira Puglia, Data de Julgamento: 18/02/2014, Quarta Turma, Data de Publicação: 17/03/2014)

## 5 CONCLUSÃO

No mundo contemporâneo o trabalho tem fundamental importância para homem, não somente por seu cunho financeiro, mas por proporcionar a dignificação do ser humano. É por meio do trabalho que o homem garante sua subsistência, sendo que o homem sem trabalho não consegue obter o mínimo existencial para si e para sua família.

Nessa esteira, toda proteção ao trabalho se faz necessária, posto que, o campo juslaboral é meio fértil para a ocorrência de abusos. Deste modo, é possível a incidência do instituto da responsabilidade civil nas relações trabalhistas. Como já visto, a responsabilidade civil na teoria geral do direito é um instituto que se refere às consequências do descumprimento de um dever jurídico, e, é assim em todos os ramos do direito.

A celebração do contrato de trabalho passa por fases, quais sejam, a fase das negociações preliminares, a da execução do contrato e a fase pós-contratual. Em todos esses momentos se faz importante que as partes se comportem de forma tal a não causar prejuízo ao outro, caso contrário, haverá a incidência da responsabilidade civil como forma de ressarcir o lesado pelos prejuízos sofridos.

O enfoque principal foi na responsabilidade pré-contratual e sua aplicação na relação de emprego, sendo a responsabilidade que se dá antes mesmo da formação do contrato propriamente dito. Revela-se como um momento em que as partes discutem o surgimento de uma futura relação jurídica. A princípio, essas negociações não possuem o condão de vincular as partes, entretanto, pode ser que venham a produzir efeitos jurídicos.

Interessante ressaltar que a incidência da responsabilidade pré-contratual não se dá pelo simples rompimento das tratativas, existindo a necessidade de que uma das partes tenha criado na outra inequívoca expectativa de celebração futura.

Desta forma, o empregador que age de modo a dá indícios de que o empregado será efetivamente contratado, desistindo da celebração do contrato deve ser chamado a indenizar. Isso porque, deve-se observar durante todo o trâmite contratual os mandamentos da boa-fé objetiva, ou seja, as partes possuem a obrigação, o dever de agir com lealdade e lisura no trato social.

Em outras palavras, à medida que o empregador progride na negociação adotando providências no sentido de consumir o negócio jurídico, maior se torna a expectativa gerada no futuro empregado, podendo acarretar-lhe prejuízos pessoal e/ou material.

Como cediço, o empregado é a parte frágil da relação de emprego. Tem-se, desta feita, que a liberdade do empregador em relação à contratação daquele que oferece sua mão-de-obra deve ser analisada de modo mais restritivo, observando sempre os direitos fundamentais do trabalhador, previstos do art. 5º da Constituição Federal.

Destarte, algumas atitudes perpetradas pelas empresas, como a retenção da CTPS, a realização de exames admissionais, a abertura de conta salário, fazem com que o empregado acredite fielmente que será contratado, de maneira que, nesses casos, o rompimento das tratativas deve ser considerado conduta ilícita apta a ensejar a aplicação do instituto da responsabilidade civil pré-contratual. Assim, o futuro empregador tem o dever de indenizar o futuro empregado moral e materialmente pela expectativa frustrada de contratação, pois não agiu de forma leal e correta, ferindo os princípios da boa-fé objetiva e da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, conclui-se que a promessa de contratação frustrada por parte do futuro empregador caracteriza afronta direta ao princípio da boa-fé, gerando, deste modo, o dever de indenizar o empregado pela falsa expectativa criada.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**, v.1. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

ÁVILA, Pedrotti Rosemeri; AUGUSTIN, Sérgio. Assédio sexual nas relações de trabalho: agressão a direitos fundamentais. **Revista Discurso Jurídico**. jan./jul. 2007, v.3, n.1. Disponível em: <<http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/view/208/95>>. Acesso em: 26 out. 2014.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no Direito Individual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5.ed. rev e ampl. São Paulo: LTr, 2009.

BERTI, Natália. Da Autonomia da Vontade à Autonomia Privada: Um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. **Revista de Direito Privado**, ano 15, vol.57, jan./mar., 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia Privada e Negócio Jurídico. **Revista do Curso de Direito da UNIFCS**. Porto Alegre: Síntese, v. 5, 2005.

BRAGA NETTO, Felipe P. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista Nº 729.97.2011.5.07.0411. Primeira Turma. Relator: Hugo Carlos Scheuermann. Julgado em 21 ago. 2013. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24065163/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-7299720115090411-729-9720115090411-tst>>. Acesso em: 02 set. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR Nº 835-52.2011.5.02.0444. Primeira Turma. Relator: Hugo Carlos Scheuermann. Julgado em 24 set. 2014. Disponível em: <[file:///C:/Users/Sara%20Souza/Downloads/65913\\_2014\\_1412330400000.pdf](file:///C:/Users/Sara%20Souza/Downloads/65913_2014_1412330400000.pdf)>. Acesso em: 05 out. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR Nº 848-28.2010.5.09.0029. Terceira Turma. Relator: Maurício Godinho Delgado. Julgado em 18 dez. 2013. Disponível em: <[file:///C:/Users/Sara%20Souza/Downloads/172543\\_2011\\_1391158800000.pdf](file:///C:/Users/Sara%20Souza/Downloads/172543_2011_1391158800000.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR Nº 835-52.2011.5.02.0444. Primeira Turma. Relator: Hugo Carlos Scheuermann. Julgado em: 24 set. 2014. Disponível em:

<file:///C:/Users/Sara%20Souza/Downloads/65913\_2014\_1412330400000%20(1).pdf>.  
Acesso em: 16 nov.2014.

CARMO, Júlio Bernardo do. O dano moral e sua reparação no âmbito do direito civil e do trabalho. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, ano 60, n.3, mar. 1996.

CASILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos**. 2.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012.

**Código Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 23 set. 2014.

**Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília, DF: Senado, 1943. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2014

**Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>.  
Acesso em: 27 out. 2014.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2013.

CORREIA, Jamile Costa. **Responsabilidade Civil nas Relações Pré-Contratuais empregatícias por Desrespeito ao Princípio da Boa-fé objetiva**. 2009. Monografia (Curso de Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho) – Faculdade Baiana de Direito, Jus Podivm, Salvador.

CORRÊA, Antônio de Pádua Muniz. Da responsabilidade civil no Direito do Trabalho. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**. Porto Alegre: Magister, 2004. \_\_\_\_\_ . Relação de Trabalho. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**. Porto Alegre: Magister, v.4, jan./fev. 2005.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia Privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CUNHA, Daniela Moura Ferreira. **Responsabilidade Pré-negocial por Rupturas das Negociações**. Coimbra: Almedina, 2006.

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. **Responsabilidade Civil no direito do trabalho**. 4ª ed. São Paulo: LTR, 2010. \_\_\_\_\_ . Controvérsias sobre o dano moral trabalhista. **Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior**. São Paulo: Instituto Cesarino Júnior, nº. 30, 2006.

DALAZEN, João Oreste. Aspectos do Dano Moral Trabalhista. *In*: ROMAR, Carla Teresa Martins; SOUSA, Otávio Augusto Reis de. (Coords.). **Temas Relevantes de Direito Material e Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

DA SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. **A reparação do dano moral no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013.

DE MENEZES, Cláudio Armando Couce. A responsabilidade civil no direito material e processual do trabalho. **Revista LTr Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, v. 59, nº 11, novembro, 1995.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 7. Da Responsabilidade Civil**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FLORINDO, Valdir. **Dano Moral e o Direito do Trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil 3**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 3: contratos e atos unilaterais. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade Civil**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da Autonomia Privada e o Direito Contratual Brasileiro. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.) **Direito Contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007.

LOPES, Lissandra de Ávila. A responsabilidade pós-contratual no direito civil. **Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM**. Nov./2006, Vol. 1, N. 3, p. 47. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs>>. Acesso em: 06/10/2014

MAIA, Isabela Santos. **Responsabilidade do empregador pela perda de uma chance nas negociações preliminares**. 2009. Monografia. (Curso de Pós-graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho) – Juspodivm, Salvador.

MARTINS-COSTA, Judith *apud* BAPTISTA MACHADO, João. **A cláusula do Razoável**. *In*: *Obra Dispersa*. v. I. Scientia Jurídica. Braga, 1991.

\_\_\_\_\_. Autonomia privada, Confiança e Boa-fé: Princípios informadores da relação obrigacional. **Revista Baiana de Direito**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, n. 4, jul./dez., 2009.

\_\_\_\_\_. **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1.ed., 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELES, Edilton. Funções da Boa-fé Objetiva Aplicáveis ao Contrato de Emprego. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, ano 74, nº 10, out. 2010.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil: apontamentos gerais. *In*: FRANCIULLI NETTO, Doingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **O Novo Código Civil – Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003.

NORONHA, Fernando. O nexó de causalidade na responsabilidade civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, vol. 14, ano 4, abr./jun. 2003.

\_\_\_\_\_. **O Direito do Contrato e Seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Marcius Geraldo Porto de. **Dano Moral: Proteção Jurídica da Consciência**. 3.ed. São Paulo: Editora Direito, 2003

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 5.ed. São Paulo: LTr, 2009.

PAMPLONA, Rodolfo. Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho e o Novo Código Civil Brasileiro. **Revista Synthesis: Direito do Trabalho Material e Processual**. São Paulo: Síntese, n.41, 2005.

PARANÁ. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento Nº 858620. Relatora: Cármem Lúcia. Julgado em 07 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+858620%2ENUME%2E%29&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/lobhokra>>. Acesso em: 10 out. 2014.

PARANÁ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.307.032. Quarta Turma. Relator: Ministro Raul Araújo. Julgado em 18 jun. 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1235280&num\\_registro=201102701418&data=20130801&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1235280&num_registro=201102701418&data=20130801&formato=PDF)>. Acesso em: 30 set. 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3.ed., Coimbra: Editora Coimbra, 1999.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Breves considerações sobre a responsabilidade no direito do

trabalho. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, ano 31, n. 117, jan./mar., 2005.

POPP, Carlyle. **Responsabilidade Civil pré-negocial**: Rompimento das tratativas – pensamento jurídico, vol. III. Curitiba: Juruá, 2001.

PRATA, Ana. **Notas Sobre Responsabilidade Pré-contratual**. Coimbra: Almedina, 2005.

REALE, Miguel. **Estudos Preliminares do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REQUIÃO, Maurício. **Normas de Textura Aberta e Interpretação**: Uma análise no adimplemento das obrigações. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p.35.

RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg no Agravo em Recurso Especial Nº 167.842. Quarta Turma. Relator: Marco Buzzi. Julgado em 27 março 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25037508/embargos-de-declaracao-no-agrvo-regimental-no-agrvo-em-recurso-especial-edcl-no-agrg-no-aresp-167842-rs-2012-0079613-8-stj/inteiro-teor-25037509>>. Acesso em: 25 out. 2014.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho. 1ª Região. Recurso Ordinário Nº 0001205-45.2011.5.01.0028. Quarta Turma. Relator: Mônica Batista Viera Puglia. Julgado em 18 fev. 2014. Disponível em: <<file:///C:/Users/Sara%20Souza/Downloads/ACORDAGDCMC0076-2014O.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

ROSEVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

RUSSO JR, Rômulo. **Responsabilidade Pré-contratual**. Salvador: JusPodvim, 2006.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho. 15ª Região. Recurso Ordinário Nº 0000413-35.2010.5.12.0029. Segunda Câmara. Relatora: Mariane Khayt. Julgado em 11 março 2011. Disponível em: <[http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pProcesso.wProcesso?pTipoConsulta=PROCESSO\\_CNJ&pidproc=1751208&pdblink=>](http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pProcesso.wProcesso?pTipoConsulta=PROCESSO_CNJ&pidproc=1751208&pdblink=>)>. Acesso em: 02 nov. 2014.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito Civil: contratos**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SANTOS, Romualdo Baptista dos Santos. Teoria da Responsabilidade Civil. In: ARAÚJO, Vaneska Donato de (Coord.). **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de Comportamento Contraditório: Tutela da Confiança e Venire Contra Factum Proprium**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.



SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como um processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA, Hebe Mara Sá. **Dano Morais na fase pré-contratual das Relações Individuais Trabalhistas**. Publica Direito. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/hebe\\_mara\\_sa\\_silva.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/hebe_mara_sa_silva.pdf). Acesso em: 10 fev. 2014.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **A Reparação do Dano Moral no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

SOUSA, Maiza Cristina Rêgo. **A apreciação do dano moral na fase pré-contratual justiça do trabalho**. 2009. Monografia. (Curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho) – Curso Juspodivm em parceria com a Faculdade Baiana de Direito, Salvador.

SUSSEKIND, Arnaldo. Da Relação de Trabalho. **SDI: Jurisprudência uniformizadora do TST** – v.1, n.1. Curitiba: Decisório Trabalhista, 1996.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. v. 2. São Paulo: Método, 2011.

THEODORO Jr., Humberto. **O Contrato e Seus Princípios**. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

WALD, Aroldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos nos direitos francês e brasileiro. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v.382, nov./dez. 2005.

**ATA DE DEFESA DE MONOGRAFIA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM  
DIREITO DA FACULDADE BAIANA DE DIREITO**

Aos 03 de março de 2015 realizou-se, na sede da Faculdade Baiana de Direito, na Rua Visconde de Itaboraahy 989 – em Salvador/ Bahia, às 15h, a sessão de Defesa da Monografia Final do (a) bacharelando (a) **Sara Oliveira de Souza**, intitulada *Responsabilidade Civil pré-contratual na relação de trabalho e a (im)possibilidade de indenização por dono moral e material pela expectativa frustrada de contratação*, estando presente o (a) Orientador prof.(a) **Juliane Dias Facó**, os demais componentes da Banca Examinadora, Prof(a) **Antonio Carlos Paula de Oliveira** e Prof(a) **Roberto Dórea Pessoa** e, ainda, alunos do Curso de Direito. Os trabalhos foram iniciados e os integrantes da Banca Examinadora passaram a arguir o aluno (a). Após a arguição, a Banca Examinadora deliberou nos seguintes termos:

Banca Examinadora	Notas	Indicação de alteração do texto para a entrega da versão final
<b>Juliane Dias Facó</b>	8,0	
<b>Antonio Carlos Paula de Oliveira</b>	8,0	
<b>Roberto Dórea Pessoa</b>	8,0	

Nada mais havendo a tratar, o (a) Senhor (a) Presidente declarou encerrada a sessão, sendo lavrada a presente ata que, depois de lida e aprovada, vai assinada pelos membros da Banca Examinadora.

*Juliane Facó*

Prof. Orientador  
**Juliane Dias Facó**

Membro da Banca Examinadora  
**Antonio Carlos Paula de Oliveira**

*Roberto Dórea Pessoa*

Membro da Banca Examinadora  
**Roberto Dórea Pessoa**

Salvador, 03 de março de 2015.



NPJ - Núcleo de Prática Jurídica  
R. VISCONDE DE ITABORAHY, Nº 116, AMARALINA  
SALVADOR - BA - CEP- 41900-010- TEL: (71) 3276.13  
www.faculdadebaianadedireito.com.br