

# Os deveres pré-contratuais na formação do contrato de trabalho

Luiz de Pinho Pedreira da Silva\*

## 1. A formação do contrato de trabalho

O contrato de trabalho é, como todo contrato, um acordo de vontades, no seu caso entre empregador e trabalhador, que pode ser realizado de modo instantâneo, como é mais comum no Brasil, ou gradativo. Esta última hipótese consiste, como explica Paolo GRECO, em um processo continuado, no qual, além do simples convite para entrar em tratativas, atos de proposta, contra-proposta ou de aceitação podem se suceder, com intervalos mais ou menos longos<sup>1</sup>. Nenhuma das partes é obrigada, pelo fato de ter participado das tratativas, a celebrar o contrato. Mas nessa fase pré-contratual pode uma delas ter uma conduta que cause dano à outra e que, por isso mesmo, lhe obrigue a ressarcir-lo, se não agiu de boa-fé.

A observância do princípio da boa-fé na etapa pré-contratual encontra, alias, supedâneo no art. 422 do vigente Código Civil, assim concebido: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

## 2. A interpretação do art. 422 do Código Civil

A redação do art. 422 tem sido objeto de crítica e de interpretações divergentes. De um lado, Antônio JUNQUEIRA AZEVEDO<sup>2</sup> e Jonas FIGUEREDO ALVES<sup>3</sup> argumentam que, como está, o referido texto legal não valoriza a necessidade de aplicação da boa-fé às fases pré-contratual e pós-contratual. Discorda Nelson NERY JUNIOR, afirmando que “o BGB § 242 que inspirou a norma brasileira sob comentário, mantém sua redação original, de 1896, que não menciona nem a fase pré-contratual nem tampouco a pós-contratual, e nem por isso a doutrina e a jurisprudência deixaram de incluir aquelas duas circunstâncias no âmbito de sua aplicação.” “Portanto compreendidas no Código

---

\* Professor Emérito da Universidade Federal da Bahia - UFBA.

1 *Il contratto di lavoro*, Turim, Unione Tipografico – Editora Torinese, 1939, pág. 188.

2 *Insuficiências, deficiências e desativação do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos* in Revista dos Tribunais, São Paulo, 775/11.

3 In Ricardo Fiúza, *Novo Código Civil Comentada*, São Paulo, Ed. Saraiva, 2002, pág. 374.

Civil 422 as tratativas preliminares, antecedentes do contrato, como também as obrigações derivadas do contrato, ainda que já executado (v. CC art. 462). Com isso os entabulantes – ainda não contratantes – podem responder por fatos que tenham ocorrido antes da celebração e da formação do contrato (responsabilidade pré-contratual) e os ex-contratantes – o contrato já se findou pela sua execução – também respondem por fatos que decorram do contrato findo (pós-eficácia das obrigações contratuais)<sup>4</sup>.

Outro defensor da aplicação da boa-fé na fase pré-contratual com arrimo no art. 422 do Código Civil é Carlos Roberto GONÇALVES, autor para o qual “Pode-se afirmar que, mesmo com a redação insuficiente do aludido art. 422, nela estão compreendidas as tratativas preliminares, antecedentes do contrato, que podem acarretar a responsabilidade pré-contratual”<sup>5</sup>. Pablo STOLZE GAGLIANO e Rodolfo PAMPLONA FILHO<sup>6</sup> recordam a Conclusão nº 25 da Jornada de Direito Civil realizada em Brasília em Setembro de 2002, do teor seguinte: “O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé, nas fases pré e pós-contratual”.

Note-se ainda que Antônio HOUAISS, em seu “Dicionário da Língua Portuguesa”, atribui ao vocábulo “conclusão”, usado no art. 422, como um dos seus significados, o de “ato ou processo de levar o termo”, o que abrange as tratativas preliminares para celebração do contrato.

Não pode, assim, haver dúvida de que o princípio da boa-fé é aplicável, inclusive por força do art.422 do Código Civil, à etapa das negociações para a conclusão do pacto.

### 3. Os deveres decorrentes do princípio da boa-fé

Do princípio da boa-fé originam-se, no momento pré-contratual, deveres para as partes denominados acessórios ou anexos, cuja infração poderá impor-lhes a reparação.

Embora reconhecendo que a doutrina tradicionalmente costuma justificar a responsabilidade civil pré-contratual na teoria da *culpa in contrahendo* e que esse é o entendimento assente sobre a matéria, pensam Pablo Stolze GAGLIANO e Rodolfo PAMPLONA FILHO que tende a uma revisão, desembocando a violação dos deveres anexos oriundos da boa-fé objetiva,

4 *Código Civil Comentado*, com Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo, 5ª Edição, Revista dos Tribunais, 2007, págs. 381-382.

5 *Direito Civil Brasileiro*, volume III, 6ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2009, pág. 51.

6 *Novo Curso de Direito Civil*, volume IV, Tomo I, 5ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2009, pág. 298.

inclusive na fase pré-contratual, na responsabilidade objetiva, exigindo reparação independentemente da culpa. Apela para o Enunciado da Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, assim concebido: “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”<sup>7</sup>.

Dos deveres acessórios são mais pertinentes ao Direito do Trabalho os de informação, de lealdade e de não discriminação.

### 3.a. O dever de informação

O dever de informação obriga as partes, consoante ensinamento de MENEZES CORDEIRO, “a trocar todos os elementos necessários ou úteis para a formação dos contratos. Ficam incluídas as informações relativas às próprias partes, ao objeto do contrato e ao diverso circunstancialismo que o rodeia, ou seja: às qualidades do trabalhador, às prestações que deste se esperam bem como às contrapartidas que lhe caibam e às diversas condições de trabalho”<sup>8</sup>.

Na mesma ordem de considerações Maria do Rosário PALMA RAMALHO elucida que “Na negociação do contrato de trabalho as partes devem informar-se mutuamente sobre todos os elementos relevantes para a formação da vontade negocial de cada uma delas o objeto do contrato, as qualidades pessoais do trabalhador, as suas habilitações acadêmicas e profissionais, bem como as informações pertinentes sobre o empregador e a empresa, sobre as condições de trabalho e outros elementos relevantes”<sup>9</sup>.

Depois de dizer que a informação deve ser contínua, desde os contatos preliminares até a celebração definitiva do contrato, acrescenta o autor Patrício *Francisco Rossal de ARAÚJO*: “O empregador deve informar corretamente sobre o funcionamento do maquinário no qual trabalhará o empregado, ou prestar o treinamento necessário para a operação. Por outro lado, o empregado deve esclarecer a empresa plenamente acerca de sua experiência laboral e de sua aptidão para o desempenho de determinadas funções, ou para o manejo de determinado equipamento. Nesse ponto, lembra-se as funções reparadoras e reintegratória, próprias do direito das obrigações, e suas relações com o ressarcimento de danos causados pelo empregado, no maquinário da empresa, por culpa ou dolo. O mesmo raciocínio aplica-se ao empregador no que tange aos acidentes do trabalho”<sup>10</sup>.

7 Idem, idem.

8 Obra citada, pág. 558.

9 *Direito do Trabalho*, II, Coimbra: Livraria Almedina, 2006, págs. 134-135.

10 *A Boa Fé no Contrato de Emprego*, São Paulo: LTR, 1996, págs. 250-251.

O dever de informação, longe de ser absoluto, está sujeito a limites. O Código do Trabalho de Portugal, vigente desde 2003, em seu art. 97, nº I, impõe ao empregador o dever de informação sobre “aspectos relevantes do contrato de trabalho” e ao trabalhador o dever de informação sobre “aspectos relevantes para a atividade laboral”. *PALMA RAMALHO* com razão critica a expressão “aspectos relevantes” por ser imprecisa e pouco esclarecedora.

Outra censura, que a Justiça lusitana faz ao Código, é quanto ao paralelismo das partes em matéria de dever de informação que ele estabelece, realmente incompatível com a assimetria do contrato de trabalho, em que o empregador goza de uma posição de superioridade hierárquica sobre o trabalhador. A propósito leciona a professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa que “Esta perspectiva igualitarista do Código” sobre o dever de informação não pode obscurecer a fundamental diferença do empregador e do trabalhador com respeito a este dever. É que as informações prestadas pelo empregador e pelo trabalhador na formação do contrato e por ocasião de sua celebração servem, na verdade, objetos parcialmente diversos: assim, as informações prestadas pelo empregador ao trabalhador são importantes para que ele forme a sua vontade negocial, num primeiro momento, mas têm também uma grande importância para efeitos de clarificação do conteúdo do seu contrato, e, se necessário, para efeitos de prova de existência do mesmo, por força do princípio da liberdade de forma na vinculação laboral (art. 102º do CT); já as informações prestadas pelo trabalhador relevam essencialmente para o primeiro objetivo”<sup>11</sup>.

Para balizar o dever de informação, tanto no período de recrutamento do empregado como no de cumprimento do contrato de trabalho, é necessário estabelecer a distinção entre a vida profissional e a vida privada ou íntima do trabalhador, podendo o empregador investigar a primeira mas não a última, salvo em casos excepcionais. Sobre o que acabo de dizer é bastante ilustrativo o Código do Trabalho francês quando, em seu art. L. 122-45, dispõe que

“Nenhuma pessoa pode ser afastada de um processo de recrutamento, nenhum empregado pode ser punido ou despedido em razão de sua origem, seu sexo, seus costumes, sua situação familiar, de pertencer a uma etnia, uma nação ou uma raça, de suas opiniões políticas, de suas atividades sindicais ou mutualistas, de suas convicções religiosas ou, salvo inaptidão constatada pelo médico do trabalho no quadro do título IV do livro II do presente Código, em razão do seu estado de saúde ou de sua deficiência física”. A sanção para a inobservância do preceito é a nulidade de pleno direito.

11 Obra citada, págs. 136.

Para conjurar as questões estranhas à oferta de emprego-esclarece *Georges DOLE* - o art. 121-6 do Código estatui que “as informações pedidas ao candidato ou a um empregado só podem ter como finalidade apreciar sua capacidade para ocupar o emprego proposto ou suas aptidões profissionais; de outra parte; elas ”devem apresentar um vínculo direto e necessário com o emprego proposto ou com a avaliação das atividades profissionais”<sup>12</sup>.

O ordenamento jurídico brasileiro não permite que se chegue a conclusões diferentes. O inciso X do art. 5º da Constituição da República declara invioláveis a vida privada e a intimidade das pessoas. “O inciso” – comenta *Celso Ribeiro BASTOS* – “oferece guarida ao direito à reserva da intimidade como ao da vida privada. Consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso à informação sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano”<sup>13</sup>.

Aplicando tais considerações ao Direito do Trabalho, assevera *Lima TEIXEIRA* que o processo de seleção de empregados, que abrange tanto candidatos a um emprego como trabalhadores que objetivam uma ascensão interna, pode ser levado a efeito por variadas formas, não se podendo, porém, fazer tabula rasa do direito à intimidade<sup>14</sup>.

Esse direito vem sendo considerado justificativa para o silêncio, aparentemente malicioso, do trabalhador, quando das tratativas para a contratação, sobre fatos que o empregador não se conformou em desconhecer mas que nenhuma importância possuíam para o exercício do emprego.

Um aresto francês de 17 de outubro de 1973 apreciou hipótese em que, apresentado um questionário pelo empregador para admissão, omitiu o trabalhador a sua qualidade de sacerdote. Informado da mesma, despediu-o o empregador por este motivo. Considerou a Corte de Cassação que tal despedida foi abusiva, não tendo o empregador de procurar informações que o empregado não tenha de lhe fazer conhecer. “As informações pedidas quando da admissão têm por fim permitir apreciar as qualidades do empregado... para o emprego por ele solicitado e não podem concernir aos domínios sem vínculo direto com essa atividade profissional...” “as omissões ou inexatidões do empregado quando de sua admissão não são constitutivas de falta que jus-

12 *La Liberté d'Opinion et de Conscience en Droit Comparé ou Travail*, Paris, LGDJ, 1997, pág. 90.

13 *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1988-1989, vol. 2, pág. 63.

14 Arnaldo SUSSEKIND e al, *Instituições de Direito do Trabalho*, 18ª edição, vol. I, São Paulo, LTR, 1999, pág. 649.

tifique sua despedida ou a recusa pelo empregador de recrutá-lo senão quando versem sobre um elemento determinante para a conclusão do contrato de trabalho”<sup>15</sup>.

Em outro caso o empregado omitiu, quando de seu recrutamento, uma condenação penal com sursis que lhe havia sido anteriormente infligida; ele foi despedido e os juizes consideraram a dispensa desprovida de causa real e séria: o recurso sustentava que houve dolo ao menos por reticência, tendo sido o consentimento do empregador viciado. A Corte de Cassação rejeitou o apelo: o empregado não tinha obrigação de mencionar seus antecedentes judiciários, não podendo seu silêncio ser assimilado a dolo.

*Gerard LYON-CAÉN* ressalva que a regra não é absoluta: se os antecedentes judiciários constituem um elemento determinante da conclusão do contrato, como quando o cargo a prover comporta a manipulação de dinheiro, o empregador pode exigir do interessado documentos bancários<sup>16</sup>. Na Alemanha, consoante notícia *Wolfgang DAUBLER*, o Tribunal Federal do Trabalho (BAG) chegou na década de 70 a uma solução perfeitamente compreensível: o empregador só pode se informar acerca dos antecedentes penais pertinentes, que podem se repetir no posto de trabalho de que se trate, mas todos os demais antecedentes são “assunto privado” do candidato e, por conseguinte, não podem interessar ao empregador: Assim, pois, pode-se perguntar se um condutor de caminhão tem antecedentes penais em matéria de trânsito, se um inspetor de jovens tem-nos em matéria de delitos contra a moralidade, se um caixa havia cometido apropriação indébita. Acrescenta o professor da Universidade de Bremen que não se precisa indicar como antecedentes penais pertinentes condenação já apagada do registro, penas que estejam prescritas ou anistiadas<sup>17</sup>.

A tese segundo a qual o empregador pode procurar se informar sobre os antecedentes penais pertinentes à função que o empregado vai desempenhar foi acolhida em decisão de tribunal argentino, mencionada por FERNANDEZ MADRID, que considerou justificada a despedida de um empregado por haver faltado a elementares deveres de probidade e boa-fé ao lhe serem exigidos para o ingresso na empresa dados sobre sua situação anterior, ocultando ter sido réu em três processos criminais e exoneração da Polícia Federal, antecedentes inconvenientes quanto às tarefas para que foi contratado e

15 Apud Gerard LYON-CAÉN, *Les Libertés Publiques et l' Emploi*, Paris, La Documentation Française, 1992, pág. 61.

16 Idem, idem.

17 *Derecho del Trabajo*, Madri, Ministério del Trabajo y Seguridad social, 1994, págs. 528-529.

especialmente àquelas para que foi promovido, pois foi ele promovido a chefe do pessoal de vigilância da fábrica. Acrescenta MADRID que a parte a quem se requer é obrigada a proporcionar, de boa-fé e com lealdade, os elementos que permitem formar um juízo sobre sua personalidade e capacidade técnica relacionada com a função e que a boa-fé e lealdade obrigam as partes durante o transcurso da relação, mas também no período que abarca a tramitação do antecontrato laboral<sup>18</sup>.

Muitas vezes a ausência da informação ou informação falsa por parte do empregado se dá em face de indagação do empregador e não constitui falta se essa indagação afeta a intimidade. Foi o caso, encarado pela jurisprudência francesa, da falsa declaração de um candidato a emprego sobre sua situação militar, tendo ele se declarado aspirante da reserva. A despedida foi considerada injusta, pois a informação do pretendente ao emprego sobre a sua situação militar não podia ser considerada como causa determinante da atribuição do emprego. *Gerard LYON-CAÉN* acha possível perguntar ao trabalhador se ele cumpriu suas obrigações militares mas não os motivos da isenção de tal serviço<sup>19</sup>.

A mesma orientação foi adotada quanto à produção, por vezes exigida pelo recrutador, do dossiê escolar do candidato ao emprego, porque isto não precisa em princípio ser conhecido do empregador sob pena de ocasionar atentado à vida privada do candidato. Mas pode ser exigida a apresentação de diplomas ou um boletim de notas-ressalva o autor por último citado-quando seja manifesto o nexo com o emprego<sup>20</sup>.

Considera-se uma ingerência na vida privada do candidato a emprego ser-lhe perguntado, no questionário para admissão, sobre sua situação familiar, se é casado, divorciado, viúvo, se vive em concubinato, sobre a profissão do cônjuge e seu empregador, desde que essas interrogações não tenham vínculo necessário com o emprego. Para *Gerard LYON-CAÉN* outra coisa é reconhecer que, uma vez admitido o trabalhador, o empregador deva necessariamente ser informado sobre a situação familiar do empregado<sup>21</sup>. Ainda entende esse notável juslaborista francês que a situação de fortuna ou o estado dos rendimentos deve obrigatoriamente permanecer estranho ao recrutamento<sup>22</sup>. Acha *DAUBLER* que não importa ao novo patrão a quantia que o trabalhador estava percebendo no emprego anterior, pois o seu conhecimento de nada serve para

18 *Tratado Practico de Derecho Laboral*, tomo II, Buenos Aires, La Ley, 1990, pág. 995.

19 Obra citada, a nota 14.

20 *Idem*, *idem*.

21 *Idem*, *idem*.

22 *Idem*, *idem*.

saber se o interessado está apto para realizar o trabalho mas unicamente para melhorar a posição do empregador na hora de negociar.

De modo igual não interessam as razões que determinaram a mudança de posto de trabalho<sup>23</sup>, como as associações de que os candidatos são membros ou a natureza dos seus lazes<sup>24</sup>.

A trabalhadora não é obrigada, na época do recrutamento, a comunicar ao empregador o seu estado gravídico, pois isto feriria o seu direito à intimidade, salvo quando essa informação se justifique por exigências particulares inerentes à atividade a ser exercida, como nas hipóteses, aventadas por *PALMA RAMALHO*, de pretender a candidata um cargo de operadora de radiologia ou em que tenha de manusear substâncias químicas perigosas<sup>25</sup>. Ainda ensina essa ilustre professora portuguesa que se, em regra, o trabalhador não tem o dever de informar o empregador sobre suas convicções religiosas ou ideológicas já o deverá fazer quando se candidatar a um lugar numa organização de tendência, como um partido político ou uma organização religiosa<sup>26</sup>. São também organizações de tendência os sindicatos os jornais que constituem a denominada imprensa de opinião, que *Georges Dole* contrapõe à imprensa de informação<sup>27</sup>.

Tratando do dever de informação nos contratos de trabalho com organizações de tendência e reconhecendo que nesta situação tal dever não está sujeito aos limites impostos pelo direito de intimidade ou privacidade, anota *Menezes CORDEIRO*: “Em casos-limite poderá haver exceções, renascendo o dever de informar. Assim, o candidato a um lugar de porteiro num partido político deverá esclarecer estar filiado num partido rival. Situação diferente será a que se põe quando as convicções íntimas venham, depois, obstar à prestação de trabalho, numa situação previamente determinável, altura em que a boa fé obriga a informar; assim o medico católico que se candidata a uma clinica de interrupção de gravidez ou o mulçumano que concorra a um lugar de provador de vinhos”<sup>28</sup>.

O sacerdote que teve a sua despedida qualificada como injusta porque o seu direito à intimidade lhe permitia não informar essa condição, de nenhum interesse para o emprego ocupado, estaria obrigado a revelá-la se, por exemplo, fosse católico e pleiteasse colocação numa igreja evangélica.

---

23 Obra citada, pág. 531.

24 Gerard LYON-CAÉN, obra citada, pág. 62.

25 Obra e volume citados, pág. 138.

26 Idem, idem.

27 Obra citada, pág. 133.

28 Obra citada, pág. 560, nota 12.



Pode acontecer que, no momento pré-contratual, faça o empregador perguntas ao candidato a emprego invasivas da sua privacidade e irrelevantes para o exercício do cargo, dando-lhes o inquirido uma resposta inverídica para não perder a vaga. Surge então o problema de saber se, descoberta a mentira no curso da relação, pode ela justificar a despedida do trabalhador. Entende a doutrina que a dispensa é injusta, quer porque ilícita a pergunta quer porque a mentira foi o meio encontrado para o empregado defender o seu direito à intimidade. O Tribunal Federal do Trabalho alemão concedeu ao candidato a emprego, em sua constante jurisprudência, consoante informações de *DAUBLER*, “o direito a dar uma resposta incorreta”: quem adoeça de gripe em repetidas ocasiões pode responder o questionário dizendo que está sadio; a trabalhadora pode ocultar o seu estado de gravidez, segundo o *BAG*, quando também homens solicitam o mesmo posto de trabalho<sup>29</sup>.

Encarando esta questão, principalmente nos processos de recrutamento, *PALMA RAMALHO* indaga: “... quid juris se o empregador questionar a candidata a um emprego sobre o estado de gravidez, não sendo tal indagação relevante para a atividade profissional a desempenhar, e, por receio de perder a oportunidade de emprego, a empregada informar que não está grávida, vindo depois a verificar-se que está? Pode ou não o empregador invocar a quebra do dever de lealdade por prestação de informação falsa na formação do contrato como justa causa para a despedida da trabalhadora?

A nosso ver, a resposta é claramente negativa, por dois motivos: por um lado, sendo ilícito o pedido de informação, não pode o empregador prevalecer-se posteriormente das conseqüências do ato ilícito que ele próprio praticou (tal atuação constituirá no mínimo, um caso de abuso de direito na modalidade do tu quoque): por outro lado, a atuação da trabalhadora corresponde ao meio substancial de defesa do seu direito à intimidade da vida privada sem sacrifício ao direito ao trabalho, o que basta para a justificar<sup>30</sup>.

A mentira nesses casos, nada mais é do que o jus resistendae do trabalhador à ofensa ao seu direito constitucional fundamental à intimidade.

### 3.b. O dever de lealdade

O dever de lealdade exige das partes na fase pré-contratual manterem uma conduta pautada pela honestidade e pela sinceridade.

Assim também considerando, Pablo Stolze GAGLIANO e Rodolfo PAMPLONA FILHO anotam: “lealdade nada mais é do que a fidelidade aos compromissos

29 Obra citada, págs. 531-532

30 Obra e volume citados, pág. 142.

assumidos, em respeito aos princípios e regras que norteiam a honra e a probidade”<sup>31</sup>.

O dever de lealdade impõe aos pré-contratantes, consoante a lição do MENEZES CORDEIRO, “guardar sigilo de quanto ouviram na preliminares contratuais, sempre que a divulgação de tais elementos seja de molde a prejudicar os parceiros nas negociações”<sup>32</sup>.

O exemplo clássico de infração a esse dever é criar uma das partes uma convicta expectativa de que o contrato vai ser celebrado e injustificadamente romper as tratativas, depois de ter levado a adversa a efetuar despesas, deixar ou recusar outra colocação, assumir compromissos com terceiros. Nestas situações o prejudicado tem direito ao ressarcimento dos danos sofridos. Neste sentido de jurisprudência.

### **“Contratos. Tratativas. Culpa *in contrahendo*”**

“Decorre do princípio da boa-fé objetiva, aceito pelo nosso ordenamento, o dever de lealdade durante as tratativas e conseqüente responsabilidade da parte, que, depois de suscitar na outra a justa expectativa da celebração de um certo negocio, volta atrás e desiste de consumir a avença”.

“É possível o reconhecimento da responsabilidade pré-contratual, fundada na boa-fé para indenização das despesas feitas na preparação de negócio que não chegou a se perfectibilizar por desistência de uma das partes.”<sup>33</sup>.

De maior interesse ainda para este estudo, por se tratar de julgado sobre violação do dever de lealdade no estágio pré-contratual de um contrato de trabalho, é este aresto da 3ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

“Responsabilidade pré-contratual – Promessa de Contratar – Candidato escolhido em processo seletivo de recrutamento para função de direção e assessoramento superior. Negociações concluídas com fixação de data para admissão no emprego. Providencias para exame médico e recolhimento de documentação – confirmação do contrato preliminar e não menos entendimentos, preparativos ou acordos provisórios – Rompimento da obrigação de firmar contrato definitivo. Conduta culposa

31 Obra e volume citados, pág. 71.

32 Obra e volume citados, pág. 560.

33 Acórdãos dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, apud Carlos Alberto Gonçalves, obra citada, pág. 51, nota 4.

da empresa promovente que a sujeita ao pagamento de indenização pelos prejuízos causados com os preparativos de mudanças e cessação de atividades lucrativas, em face de fundada expectativa pelo cargo de direção. Arbitramento das verbas indenizatórias em liquidação. Reforma parcial da sentença condenatória para limitar os lucros cessantes ao tempo necessário à recuperação da clientela e excluir a reparação dos danos morais”<sup>34</sup>.

E, finalmente, pronunciamentos, no mesmo sentido, da Justiça do Trabalho:

### **Indenização por dano moral – fase pré-contratual possibilidade**

Mesmo na fase pré-contratual existe o direito de recomposição do prejuízo causado ao trabalhador. Nesse sentido, a atitude da reclamada violou a boa fé objetiva do reclamante, na medida em que exerce uma posição jurídica (não contratação) em contradição com o seu comportamento assumido anteriormente (contratação) plenamente reparável para com o ordenamento pátrio, nos termos dos arts. 187 e 927 de 2002, (aplicação do art. 8º, caput, CLT). Não bastasse isso, a fase pré-contratual também gera efeitos, conforme salientado, em tese, nos termos dos arts. 462 e seguintes do Código Civil e do art. 24 da Lei Argentina 20.744/74 (uso do direito comparado é possível nos termos do art. 8º, caput, da CLT) que trata dos efeitos do contrato de trabalho sem prestação de serviços.. Recurso a que se nega provimento. (TRT 15ª. Região, 10ª. Câmara, 6ª. Turma, Rel. Des. Flávio Nunes Campos, 00927-2000-070-15-4).

A responsabilidade civil pela ruptura das negociações na fase pré-contratual com prejuízo para uma das partes, que teve razão para considerar como certa a conclusão do pacto, foi reconhecida ainda em aresto do TRT da 5ª Região, em que o eminente desembargador Alcino FELIZOLA, seu redator, escreveu: “Iniciada a relação negocial ou relação pré-contratual, que é fonte do dever de comportar-se segundo a boa fé, ou seja, com lealdade, probidade e correção, submetendo-se o reclamante às exigências patronais (exames médicos e técnicos com exitosa aprovação) acentuando-as, visando o direito proteger a confiança depositada por cada uma das partes na boa-fé da outra e conseqüentes expectativas que esta lhe cria durante as negociações, quanto à criteriosa condução das mesmas, à futura celebração do negócio ou à sua validade e eficácia.” Aduziu-se ainda que a frustração do contrato tipifica ato ilícito ou exercício abusivo da liberdade negocial, não sendo justo deixar sem

34 Apud Cahali, Yussef Said, *Dano Moral*, 2ª. Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, pag. 464, nota nº 12.

proteção adequada, como ensina Mario Júlio Almeida COSTA, aquele que, baseado numa conduta concludente da contra-parte, confiou na sua probidade e seriedade de intenções, efetuando despesas, renunciando a negócios etc. (Recurso Ordinário 00708-2008-131-05-00).

### 3.c. O dever de não discriminação

Na formação do contrato de trabalho deve ser obedecido ainda o dever de não discriminação. Consiste esse dever no tratamento igual a todos os candidatos a um emprego. O dever de não discriminação que, como acentua PALMA RAMALHO, “impende sobre o empregador e “limita a sua liberdade negocial” decorre, para continuar usando palavras da mesma autora, do princípio constitucional da igualdade e da concretização laboral deste princípio no domínio do acesso ao emprego bem como dos princípios comunitários da igualdade entre mulheres e homens e não discriminação em razão da raça ou etnia, da nacionalidade ou do território de origem, da orientação sexual e da situação familiar e das convicções religiosas ou ideológicas, ou filiação sindical. Tais asserções que a professora da Universidade de Lisboa fundamenta na Constituição, no Código do Trabalho e em sua Regulamentação, como ainda em diretivas da Comunidade Européia, encontram respaldo no direito brasileiro, sobretudo na Constituição da Republica (art. 5º caput, e nº I, IV, VI e VIII).

Todavia, não se considera discriminatória a conduta do empregador relativamente a um trabalhador ou candidato a emprego quando um dos fatores em princípio proibidos constitua um “requisito justificável e determinante para o exercício da atividade”, tendo em conta “a natureza dessa atividade ou o contexto da execução do contrato” e desde que “o objetivo a atingir seja legítimo e o requisito proporcional” (art. 23, nº 3, do CT).

Jean PELISSIER, Alain SUPLOT e Antônio JEAMMAUD pensam de modo igual. Tratando da proibição das discriminações a serem que se o empregador pode, em princípio, livremente escolher entre todos os pretendentes a um emprego, não tem, entretanto, o direito de afastar um candidato a este em razão do seu sexo ou de sua situação familiar, de sua atividade sindical, de sua raça, de sua religião, de sua idade, de seus costumes, de seu estado de saúde, ou de sua deficiência física<sup>35</sup>.

A discriminação vedada pode ser direta ou indireta. Há discriminações diretas quando os candidatos a emprego recebem um tratamento menos favorável do que o concedido a uma outra pessoa concorrente ao posto. São discriminações indiretas aquelas práticas que, sendo formal ou aparentemente

35 *Droit du Travail*, 22ª edição, Paris, Dalloz, 2004, págs. 338-339.

neutras, possuem, não obstante, um efeito adverso sobre os membros de um determinado grupo, sobretudo quando se trata de um grupo historicamente discriminado<sup>36</sup>. Na discriminação direta exige-se prova da intenção discriminatória do autor, enquanto na indireta não se investiga a intenção com que o ato foi praticado e sim o seu efeito, as suas conseqüências. Ambas as espécies violam o dever de não discriminação e o princípio da boa-fé, que compete aos participantes das tratativas para a formação do contrato de trabalho.

Quanto ao ônus da prova, cabe, segundo o art. 23, nº 3, do Código do Trabalho português, ao candidato a emprego que se considere discriminado fundamentar a alegação de discriminação com a indicação do trabalhador ou dos trabalhadores favorecidos, mas compete ao empregador provar que a diferença de tratamento não se funda em nenhum dos fatores de discriminação indicados na lei.

PALMA RAMALHO pondera que a regra está em consonância com o princípio comunitário estabelecido na Diretiva 97/80, da Comunidade Europeia, mas nela vê um retrocesso, pois desapareceu a regra anterior ao Código de inversão total do ônus da prova, que se aplicava às ações propostas pelas associações sindicais para combater casos de discriminação sistêmica de gênero no acesso ao emprego e no trabalho<sup>37</sup>. Coloca ela a questão de saber se, perante a violação do princípio geral da não discriminação, o empregador é obrigado a contratar o trabalhador discriminado. E conclui: “A resposta parece ser negativa, por ser irrazóavel impor ao empregador a celebração de um contrato de trabalho com um parceiro negocial que não escolheu, e tendo ainda em conta o caráter *intuitu personae* do contrato de trabalho e a recusa da execução específica para outras situações de rompimento injustificado do processo negocial tendente à celebração do contrato de trabalho (é o caso, como vimos, da quebra de promessa de contrato de trabalho e desrespeito pelos resultados do concurso para a celebração de um contrato de trabalho)”<sup>38</sup>. Vê nisto um retrocesso, pois desapareceu a regra do sistema anterior de inversão do ônus da prova nas ações propostas pelas associações sindicais.

No período anterior à vigência do Código do Trabalho português defendia Guilherme Machado DRAY a inversão do ônus da prova da discriminação, por ele conceituada de modo restrito, por entender que “quem está em condições de provar a ocorrência dos elementos objetivo e subjetivo do conceito de discriminação não é o demandante (a vítima da discriminação que afirma a sua exis-

36 Luiz de Pinho Pedreira da Silva, *Principiologia do Direito do Trabalho*, 2ª edição, São Paulo, LTR, 1999, pág. 173.

37 Obra e volume citados, pág. 151, nota 299.

38 *Idem*, *idem*, págs. 153-159.

tência), mas sim o demandado (a entidade empregadora que haja perpetrado tal comportamento) responsável por tal inversão sempre que a discriminação fosse fundada em todo e qualquer elemento distintivo enumerado no art. 13º da Constituição da República Portuguesa. Assim, ao trabalhador que se sentisse lesado bastaria estabelecer o indicado “prima face case”, que indiciasse a existência de uma discriminação desautorizada, passando o ônus da prova a recair sobre o empregador, que deveria demonstrar a inexistência de uma discriminação<sup>39</sup>.

As conseqüências atuais da violação do principio geral da não discriminação, no direito português, são a responsabilidade civil pelos danos patrimoniais e não patrimoniais causados ao trabalhador ou ao candidato a emprego por atos discriminatórios, a comunicação de invalidade de qualquer ato do empregador que prejudique o trabalhador em razão de sua rejeição ou submissão a uma pratica discriminatória e a qualificação da violação do principio geral da não discriminação como contra-ordenação muito grave.

Em Portugal prevalece o entendimento de que as conseqüências da violação das regras sobre o dever de não discriminação é a responsabilidade civil por culpa *in contrahendo*. No Brasil haverá de ser também a reparação ao pecuniária pelo prejuízo causado ao candidato a emprego que foi discriminado.

#### 4. O fundamento jurídico

Tem-se dedicado a doutrina a explicar, em termos de ciência do direito, porque uma parte que entrou em tratativas com outras para celebração de um contato de trabalho fica obrigada a indenizar a outra, na hipótese de rompimento das negociações. Para Menezes CORDEIRO, “pode dar-se hoje por assente que, antes da celebração de qualquer contrato, e independentemente mesmo de ele vir a surgir, há deveres de conduta a cargos das partes: elas devem respeitar o principio da boa-fé, sob pena de culpa *in contrahendo*”<sup>40</sup>.

E a mesma justificação do dever de ressarcimento durante o período pré-contratual na culpa *in contrahendo* resultante da violação do principio da boa-fé que em elucidativa lição encontra FRANCESCO MESSINEO.

Completa é a lição de MESSINEO: “As negociações não são vinculativas, no sentido de que o resultado delas não é ainda o contrato, mas um esquema puramente hipotético, que chegará a ser contrato no caso de que sobre eles, isto é, sobre cada uma de suas cláusulas se produza o consentimento das partes (condicio júris): portanto, as negociações não obrigam; tampouco o conteúdo dos pontos sobre que a discussão se esgotou é ainda vinculativo para as partes.

39 *O Principio da Igualdade No Direito do Trabalho*, Coimbra, Livraria Almedina, 1999, pág. 321.

40 *Idem*, *idem*, pág 151, nota 299.

Mas as negociações obrigam em outro sentido: isto é, quando chegaram a tal ponto que se permita prever que o contrato deveria poder se formalizar e uma das partes rompe as negociações, sem um justo e atendível motivo (culpa in contrahendo, isto é, culpa no curso de negociações contratuais; responsabilidade pré-contratual, a contra-parte terá direito ao ressarcimento do dano, ou seja, o chamado interesse contratual negativo (*id quod interest contractum initum non fuisse*) em contraposição com o chamado interesse contratual positivo, ou interesse no cumprimento – quando possa provar que, confiando no estado das negociações, incorrendo em gastos que não teria efetuado de pudesse prever que o contrato não se concluiria ou perdeu oportunidade ou recusou ofertas igualmente (ou mais) vantajosas de outra pessoa, sofrendo assim um dano.)<sup>41</sup>. Acrescenta o renomado jurista italiano, que se no desenvolvimento das negociações a conduta de uma das partes foi legítima no primeiro tempo e só depois chegou a ser culposa o dano ressarcível é simplesmente o que se relacionaria com o segundo período. Tudo o que afirma está fundado na obrigação das partes de no curso das negociações se comportarem de boa fé<sup>42</sup>.

No direito brasileiro é primorosa a exposição que sobre o tema faz Orlando GOMES, fundando o dever de indenizar na responsabilidade pré-contratual. Critica o insigne mestre baiano a tese que fundamenta a obrigação do ressarcir os danos no abuso de direito porque “Não se esclarece, porem, qual o direito exercido irregularmente”. Reconhece, porém, que, as negociações preliminares, seja qual for a forma que assumam, “constituem atividade que, embora não seja contratual, possui, em certas circunstancias, indiscutível relevância jurídica. Tais negociações não passam, entretanto, de mera tentativa para a realização de contratos, não se confundindo com as negociações contratuais propriamente ditas. “Por mais completas, não têm força vinculante”.

Entende, porem, que, não obstante, “se um dos interessados por sua atitude, cria para o outro a expectativa de contratar, obrigando-o inclusive a fazer despesas para possibilitar a realização de contrato, e, depois sem qualquer motivo, por ter mo às negociações, o outro terá direito de ser ressarcido dos danos que sofrem eis porque tais negociações nem sempre são irrelevantes. Há, em verdade, uma responsabilidade pré-contratual<sup>43</sup>. Efetivamente, pode esta resultar de quebra das negociações preliminares, como sustentou também, mais recentemente, Sílvio VENOSA<sup>44</sup>.

41 Obra Citada, pág. 557 e 560.

42 *Doutrina Geral del Contrato*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-America, I, 1952, pág. 309.

43 *Contratos*, Rio de Janeiro, 11ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1986, págs. 63-64.

44 *Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e dos Contratos*, vl. 2º, 3ª edição, São Paulo, Atlas, 2003, págs. 478-483.