

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ  
CURSO DE DIREITO

BÁRBARA VASCONCELOS CARNEIRO BRAINER

RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR NAS  
RELAÇÕES PRÉ- CONTRATUAIS

Recife  
2012

BÁRBARA VASCONCELOS CARNEIRO BRAINER

RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR NAS  
RELAÇÕES PRÉ- CONTRATUAIS

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas.  
Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Msc. Renata Othon Lacerda de Andrade.

Recife  
2012

**Brainer, B. V. C.**

**Responsabilidade civil do empregador nas relações pré-contratuais. / Bárbara Vasconcelos Carneiro Brainer: O Autor, 2012.**

**98 folhas.**

**Orientador(a): Renata Othon Lacerda Andrade  
Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2012.**

**Inclui bibliografia.**

**1. Direito 2. Responsabilidade civil do empregador 3. Relação pré-contratual  
4. Boa-fé objetiva**

**340 CDU (2ªed.)  
340 CDD (22ª ed.)**

**Faculdade Damas  
TCC 2012-109**

**Bárbara Vasconcelos Carneiro Brainer**  
**RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR NAS RELAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS**

**DEFESA PÚBLICA** em Recife, de Maio de 2012.

**BANCA EXAMINADORA**

**Presidente:** Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Msc. Renata Othon Lacerda de Andrade

---

**2º Examinador:**

---

Recife  
2012

Dedico esta monografia a meu marido Iuri Brainer Araújo Tregne, por todo amor e dedicação.

Agradeço primeiramente a Deus pelas bênçãos concedidas todos os dias. A minha mãe Marysa, por todos os sacrifícios que foram feitos para pagar a minha graduação e por sempre me ajudar a conquistar meus sonhos. A minha irmã Patrícia, que sempre se fez presente na minha vida e nas correções dos trabalhos da faculdade. A meu pai Ivanildo, pelo orgulho que tem de mim e por me buscar na faculdade sempre que precisei. Estendo aqui meus agradecimentos a todos os meus familiares maternos e paternos.

Agradeço a minha sogra Ângela, pelos cuidados e carinho com Maria Emília durante a elaboração da monografia. A Dona Risoleta pelos grandes ensinamentos de vida que todas as tardes recebo por meio de suas palavras. A minha orientadora Renata Andrade pela disponibilidade e dedicação mostrada ao longo da construção da monografia.

Agradeço por fim, a meu grande amigo Bruno pela ajuda na monografia, a sua grande dedicação ao próximo, o carinho e a paciência durante estes cinco anos de estudo.

A todos, muito obrigada.

## RESUMO

O estudo bibliográfico explorativo tem por objetivo, explicar que o empregador tem responsabilidade civil antes mesmo da configuração da relação contratual. As perguntas norteadoras são “qual a natureza jurídica da responsabilidade civil pré-contratual?”. “É uma vez caracterizada esta relação jurídica, qual o fundamento e a razão de ser da responsabilidade pré-contratual?”. O empregador deve se comportar nas relações pré-contratuais de forma proba, leal e honesta, não adotando uma conduta contrária a inicial, acabando por frustrar as expectativas depositadas. Pois, uma vez caracterizada a falta de cooperação, e a deslealdade no cumprimento do futuro contrato, o empregador acaba tendo o dever de indenizar material e/ou moralmente o empregado que teve seu direito subjetivo lesado. Três julgados atuais serão pontuados, demonstrando o posicionamento dos Tribunais e Cortes Brasileiras.

**Palavras-chave:** responsabilidade civil do empregador; relação pré-contratual; boa-fé objetiva.

## ABSTRACT

The bibliographical study exploitative aims to explain that the employer has liability even before the setting of the contractual relationship. The guiding questions are "what is the legal nature of the pre-contractual liability?" "And once characterized this legal relationship, which the foundation and *raison d'être* of pre-contractual liability?" The employer should behave in pre-contractual relations in a probabilistic, loyal and honest, not adopting a contrary conduct the initial and end up frustrating the expectations placed. For once characterized the lack of cooperation and betrayal in the fulfillment of the future contract, the employer ends up having the duty to indemnify material and / or morally that the employee had injured his right subjective. Three current trial will be scored demonstrating the position of the courts and Brazilian courts.

**Keywords:** civil liability of the employer; pre-contractual relationship; objective good faith.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

CC – Código Civil de 2002

CF – Constituição Federal de 1988

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CTPS – Carteira de Trabalho e Previdência Social

STJ – Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>CAPÍTULO 1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR NAS RELAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS</b> .....	11
1.1 Elementos formadores da responsabilidade civil .....	14
1.2 Modalidades de responsabilidade civil .....	15
1.3 A natureza jurídica da responsabilidade civil pré-contratual .....	17
1.4 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva .....	19
1.5 Responsabilidade pré-contratual e as fases para a efetivação do contrato .....	23
<b>CAPÍTULO 2 A BOA- FÉ</b> .....	27
2.1 A boa fé como fundamento e razão da responsabilidade pré-contratual .....	29
2.2 A teoria da confiança e a boa- fé objetiva .....	31
2.3 A boa-fé objetiva e suas funções .....	32
2.4 Princípio e a cláusula geral da boa-fé objetiva .....	37
<b>CAPÍTULO 3 CASOS JURISPRUDENCIAIS</b> .....	39
<b>CONCLUSÃO</b> .....	49
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	51

## INTRODUÇÃO

O tema da responsabilidade civil é uma das grandes vertentes do direito brasileiro, em decorrência do aumento na complexidade das relações sociais e da diversidade de atuação do ser humano, que, com sua conduta acaba por causar danos a outras pessoas.

Com o desenvolvimento da responsabilidade civil, a vítima passou a ser o centro da relação jurídica, vigorando o direito de danos, e não mais o direito do causador de danos como em outrora era defendido.

A responsabilidade civil do empregador nas relações pré-contratuais é ainda pouco explorada no campo das ciências jurídicas, há até os que se posicionem por sua inexistência. Quando pesquisa-se decisões judiciais sobre o tema na seara trabalhista a situação fica mais complicada, pois a contratualidade das relações jurídicas ainda é a regra a ser tutelada.

Em toda relação jurídica as partes necessitam agir com lealdade, boa-fé e confiança, não cometendo atos ilícitos e desumanos que possam vim a trazer prejuízos materiais e morais. Como a cordialidade das relações não é a regra, o direito vem trilhar comportamentos em sociedade e uma vez violando as regras implícitas e explicita, o sujeito deve arcar com as sanções correspondentes.

O empregador no exercício de sua atividade econômica- empresarial tem o poder diretivo, ou seja, a faculdade de direcionar e organizar a produção de bens e serviços produzidos pela empresa. Esse poder deve ser exercido nos limites fixados pela lei, doutrina e jurisprudência. Todavia, o empregador acaba tendo condutas abusivas, ilegais e arbitrárias, vindo a ferir os direitos personalíssimos.

A situação torna-se mais alarmante nas relações pré-contratuais, pois o futuro empregado não conhece dos meios para defender-se e muitas vezes não tem provas suficientes para demonstrar a discriminação e o dano sofrido.

Por meio de uma pesquisa bibliográfica e exploratória, irá se perquirir informações a partir de consulta a livros, revistas jurídicas e outros documentos que tratem sobre a responsabilidade civil do empregador na fase pré-contratual.

A presente monografia é dividida em três capítulos. No primeiro, faz-se uma breve análise da responsabilidade civil do empregador nas relações pré-contratuais. Demonstra-se a evolução do instituto, os conceitos trazidos por consagrados doutrinadores. Os elementos formadores da responsabilidade civil, quais sejam, a conduta humana, o nexo de

causalidade e o dano. As modalidades de relações jurídicas, que, para a doutrina dominante seria contratual e extracontratual e uma pequena parcela da doutrina acredita que a pré-contratualidade seria uma das modalidades. A natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual vem a nortear toda a matéria estudada. A classificação da responsabilidade civil ora como subjetiva, ora como objetiva. E as implicações das fases do contrato para as relações pré-contratuais.

No segundo capítulo coloca-se em destaque a boa-fé que é um pressuposto indispensável na análise das relações pré-contratuais. Aborda-se a diferença da boa-fé objetiva e da boa-fé subjetiva. Apresenta-se as funções desempenhadas pela boa-fé objetiva, ora como princípio hermenêutico, como criador de deveres colaterais de conduta, ora como limitador de condutas abusivas. Com a positivação da cláusula geral da boa-fé e do princípio da boa-fé, o ordenamento jurídico traz à tona a importância das relações jurídicas baseadas desde o início nas tratativas com lealdade e confiança. E por último, é apontado a teoria da confiança como alicerce indispensável nas relações que almejam ser baseadas na boa-fé objetiva.

No terceiro capítulo serão examinadas três jurisprudências que tratam da matéria em estudo, demonstrando cada vez mais a incidência do assunto nos julgamentos brasileiros, e o maior acesso à justiça como uma forma de proteção aos futuros empregados que tiverem seu direito subjetivo violado por ato ilícito do empregador.

## CAPÍTULO 1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR NAS RELAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS

Para analisar a evolução da responsabilidade civil, é necessário que se faça remissão ao Direito Romano, já que, esse foi o berço do Direito Privado e conseqüentemente a base de todo ordenamento jurídico civilista. Neste período, a pena e a reparação do delito se confundiam da mesma forma, não havendo distinção entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal. Vale ressaltar que, o direito romano não elaborou uma teoria da responsabilidade civil, mas foi um dos grandes colaboradores.

A origem desse instituto está na vingança privada. A responsabilidade recai sobre o corpo do agressor, como por exemplo, as situações de ruptura dos membros, de golpes e bofetadas. Permitia-se neste período a autotutela, ou seja, que o agredido fizesse justiça com as próprias mãos, já que não era concebida a possibilidade de reparação do dano causado.

Com a Lei da XII Tábuas, prescreveu-se em quais casos seria permitido ao ofendido fazer vingança com as próprias mãos, evidenciando uma decadência da vingança privada e o surgimento da vingança pública. Uma grande evolução surgiu com o instituto da Lei das XII Tábuas, pois, permitia-se pela primeira vez na história, a compensação do dano causado pela entrega de dinheiro ou de bens.<sup>1</sup>

Com o Código de Hamurabi, temos a Lei do Talião, prevendo que mediante o processo de transação, as partes poderiam optar por receber outro bem, ou até mesmo, uma importância em dinheiro, uma vez que impunha igual sofrimento ao agente. Acabando com a ideia de justiça com as próprias mãos, e comprovando certa proporcionalidade na pena imposta.

A Lei de Aquília defendida por muitos doutrinadores como sendo uma grande divisora de água, porquanto, tinha como principal objetivo a permuta das penas fixadas, por penas proporcionais aos danos causados. Só com a Lei Aquilina foi possível diferenciar a responsabilidade civil da responsabilidade penal, isso se deu com a introdução do elemento acidental culpa.

A palavra responsabilidade, etimologicamente tem origem no latim *respondere*, que significa a capacidade de assegurar, de alguém responder firmemente a algum fato. Na

---

<sup>1</sup> DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade civil, 11.ed. Revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro, Ed. Renovar. 2006, p.26-27

esfera jurídica, em princípio, toda atividade humana que vem a causar prejuízo, gera a responsabilidade ou dever de indenizar. A ideia norteadora da responsabilidade é então a possibilidade de alguém responder por uma ação ou omissão que gerou prejuízo a outrem. Partindo dessa premissa, conceitua-se a responsabilidade civil como:

A aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ela responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda, ou ainda, de simples imposição legal<sup>2</sup>.

Regra geral, o fato ilícito é que acarreta a responsabilidade. Contudo, em casos especiais estabelecidos por lei, a responsabilidade pode advir até mesmo de fatos lícitos. Assim, no que diz respeito ao fato gerador da responsabilidade, esse não está atrelado ao aspecto da licitude ou ilicitude, necessariamente. Nesses termos:

Como regra geral, a antijuridicidade acompanha a ação humana causadora do dano reparável. Por isso, ressalte-se, como imperativo de rigor metodológico, que, por se tratar de uma situação excepcional (embora com hipóteses facilmente encontráveis no ordenamento jurídico), a responsabilização civil por ato lícito depende sempre de norma legal que a preveja<sup>3</sup>.

Desse modo, temos que a responsabilidade civil é a obrigatoriedade de ressarcir os danos – estes de qualquer espécie – a quem os sofreu, independente se quem o originou tenha agido ilícita (culpa) ou lícitamente (nos casos da responsabilidade objetiva).

A teoria da responsabilidade pré-contratual ou, como ainda hoje é denominada culpa *in contrahendo*, foi originalmente formulada por Rudolph Von Jhering em 1861. Este queria analisar a possibilidade de indenizar uma das partes por ter celebrado contrato que se tornaria nulo, mais precisamente tinha o objetivo de demonstrar que uma das partes dando causa à nulidade de um contrato deva ser responsabilizada pelos danos sofridos pela contraparte, que confiou na validade do negócio jurídico futuro. O jurista alemão, amparado naquela época no direito romano, concluiu que, nesta relação deveria haver um dever de

<sup>2</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva. p. 451.v.VII

<sup>3</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA, Rodolfo Filho, *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.74-75. v. III

diligência, surgindo em momento anterior à conclusão do contrato, em função do qual, a parte teria capacidade de conhecer das causas de nulidade e ter tratado de evitá-la. Uma vez não fazendo, deveria indenizar a contraparte pelo interesse contratual negativo, ou seja, o interesse do lesado em não ter efetuado despesas para a conclusão de um contrato, que já sabia que era nulo. Embora críticos demonstrem a fragilidade da fundamentação, da culpa do agente e de sua limitação ao caso da celebração do negócio inválido, não se tira o mérito de Jhering pela sua descoberta jurídica.

Primeiramente a responsabilidade pré-contratual foi positivada na Alemanha, e posteriormente nas legislações italiana, francesa e portuguesa. No Brasil, grande parte da doutrina e jurisprudência foram contrárias à sua adoção, que passou a ser admitida somente a partir das publicações do jurista Antônio Chaves em 1959. Atualmente, a doutrina brasileira recepciona a culpa *in contrahendo* através da aplicação dos princípios da liberdade contratual e da boa-fé decorrente de negociações preliminares realizadas pelas partes.

A responsabilidade civil pré-contratual também é conhecida como responsabilidade por culpa *in contrahendo* ou culpa na formação dos contratos, e é entendida como a obrigação de indenizar, que surge anteriormente a conclusão do negócio jurídico. Alguns doutrinadores conceituam também, como uma espécie de responsabilidade *sui generis* anterior à efetivação do principal objeto do contrato.

Nas palavras de Costa Garcia, “a responsabilidade civil pré-contratual é a obrigação de ressarcir os danos causados durante as negociações que antecedem um contrato, danos oriundos da violação de algum dever acessório de conduta”<sup>4</sup>.

A responsabilidade civil pré-contratual do empregador deve ser entendida como o dever de reparar os danos causados, pois o empregador ultrapassou o seu poder diretivo e, com isso, age de má-fé no curso das tratativas, gerando danos ao empregado. Observa-se que a relação jurídica estabelecida entre empregador e empregado se dá pela relação de emprego, pois o empregador é definido como, a pessoa física ou jurídica, ou ente despersonalizado titular da empresa que vem a contratar uma pessoa física para a prestação de serviços.

O conceito legal de empregador encontra-se insculpido no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)<sup>5</sup> e deste artigo destaca-se que quem deve assumir os riscos da atividade econômica é o empregador, conceito jurídico indeterminado a ser preenchido pelo magistrado.

---

<sup>4</sup> GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós- contratual à luz da boa fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 243.

<sup>5</sup> BRASIL, *Decreto n. 5.452, de 01 de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

Para Saraiva, o conceito de empregado é bem delimitado no artigo 3º da CLT e analisando o conceito pode-se identificar a presença dos quatro requisitos caracterizadores na relação de emprego, quais sejam: a) trabalho prestado por pessoa física; b) não-eventualidade; c) subordinação jurídica (dependência) e d) onerosidade (pagamento de salário)<sup>6</sup>.

### 1.1 Elementos formadores da responsabilidade civil

Classicamente são três os requisitos essenciais para a configuração da responsabilidade civil, quais sejam: a conduta humana, o nexo de causalidade e o dano.

O primeiro pressuposto é a conduta humana, que é o próprio ato humano voluntário desencadeador da responsabilidade, que pode ser comissivo ou omissivo, lícito ou ilícito.

Em seguida é necessário observar se, a relação pré-contratual ocasionou dano ao futuro empregado. O dano será entendido como o prejuízo que o sujeito vem a sofrer. Nesses termos Gagliano e Pamplona conceituam o dano ou prejuízo como: “a lesão a um interesse jurídico tutelado (patrimonial ou não), causado por uma ação ou omissão do sujeito infrator”<sup>7</sup>.

Contudo, nem sempre a transgressão de uma norma social ou contratual ocasiona dano ao outro. Deve-se analisar se, o dano foi injusto, aplicando-se o princípio pelo qual a ninguém é dado prejudicar outrem, ou *neminem laedere*. O dano sofrido pelo futuro empregado deve ser atual e certo, sua concretização ocorrerá com a materialização do prejuízo sofrido. Sem qualquer dano ou interesse violado, seja patrimonial ou moral, não há a corporificação da indenização. O prejuízo que será indenizável poderá decorrer da violação do patrimônio economicamente aferível, ou ainda atingir direitos inatos à condição humana, sem expressão pecuniária essencial.

O dano pode ser material ou moral. O dano moral ofende a honra subjetiva da pessoa, portanto atinge a sua integridade psíquica, causando-lhe um mal-estar. Amaro atesta que: “o dano moral, de forma ampla, é a agressão à dignidade humana, que pode decorrer de lesão à honra, à dor sentimental ou física e de tudo o que afete a paz interior do indivíduo e

---

<sup>6</sup> SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho para concurso público*. São Paulo: Editora Método, 2008, p.56.

<sup>7</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA, Rodolfo Filho, Op. Cit, p. 78.

cause abalos a sua personalidade”<sup>8</sup>. Há de ressaltar que o dano moral não se confunde com o dano estético e com o psíquico. A doutrina tem admitido que um mesmo fato enseje uma ação de dano estético, psíquico e moral, contudo a reparação pode ser distinta ou cumulativa.

O dano material nunca é irreparável, há sempre duas possibilidades, a primeira é de se restaurar a situação anterior, não sendo possível, o causador do dano deverá integrar o patrimônio mediante o equivalente pecuniário que foi desfalcado<sup>9</sup>.

O último elemento é o nexo de causalidade, ou seja, o liame que une a conduta do agente (positiva ou negativa) ao dano. Nele estará presente tanto a conduta como o dano. O dano só pode gerar responsabilidade quando for possível estabelecer um nexo de causalidade entre ele e o seu autor. A melhor teoria que explica o nexo de causalidade é a teoria da causalidade direta ou imediata de Agostinho Alvim, pelo qual, a causa é um antecedente fático, que está direta e imediatamente ligado com o resultado. É indenizável todo dano que se justifique por uma causa, desde que este seja necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. A teoria defende ainda que cada agente responde, assim, somente pelos danos que resultam direta e imediatamente de sua conduta. Então, qualquer causa superveniente, ainda que relativa, afasta o nexo causal. Somos signatários do entendimento de Pamplona que o Código Civil Brasileiro (CC) adotou essa Teoria, com base na análise do artigo 403<sup>10</sup>.

## **1.2 Modalidades de responsabilidade civil**

A responsabilidade civil é classificada pelo atual Código Civil Brasileiro em dois pilares: a responsabilidade civil contratual, e a responsabilidade civil extracontratual. Este tipo de responsabilidade dependerá da natureza da norma jurídica violada pelo agente que veio a causar o dano.

A responsabilidade contratual é resultado de um contrato entre as partes, pelo qual, uma destas não cumprindo o estipulado acaba por violar uma das cláusulas do contrato e conseqüentemente deve indenizar o outro pelos danos ou prejuízos causados. O artigo 389 do

---

<sup>8</sup> AMARO, Elisabete Aloia. Responsabilidade civil por ofensa aos direitos da personalidade. Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo de Camargo Viana. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais. 2004. p.156-171.

<sup>9</sup> DIAS, José de Aguiar, Op.Cit, p.993

<sup>10</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA, Rodolfo Filho, Op. Cit, p. 136.

CC<sup>11</sup> determina que “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.”

A responsabilidade extracontratual também conhecida como responsabilidade Aquiliana recebeu esta denominação, porque se originou da *Lex Aquilia* e prevê que alguém pode ser responsabilizado pelos danos, mesmo não existindo qualquer vínculo negocial anterior, segundo o doutrinador Luciano Coelho<sup>12</sup>. Logo, a obrigação de indenizar é imposta por preceito geral de direito ou pela própria lei. O direito romano vai ser o primeiro a defender que se puna a culpa por danos injustamente provocados, independentemente da relação obrigacional preexistente.

No sistema jurídico brasileiro a divisão entre responsabilidade civil contratual e extracontratual não é estanque. Ao contrário, há uma verdadeira simbiose entre esses dois institutos, uma vez que as regras previstas no Código Civil para a responsabilidade contratual (art. 393, 402 e 403) são também aplicadas à responsabilidade extracontratual<sup>13</sup>.

O Brasil tem adotado a tese dualista ou clássica, contrária aos adeptos da teoria unitária que criticam a dicotomia, por defenderem que pouco importa os aspectos sobre os quais se apresentam a responsabilidade civil, o que é essencial na verdade é que seus efeitos são uniformes.

Há ainda os que defendam a pré-contratualidade como sendo também uma das modalidades de responsabilidade civil, que decorre de uma relação de boa-fé. Todavia, esta doutrina é minoritária. Essa modalidade seria uma consequência da evolução civilizatória, pois, reconhece-se que, o prejuízo na relação jurídica pode acontecer pelo simples fato de que a boa-fé não foi respeitada, principalmente nas situações em que o prejuízo é moral. Os pressupostos desta responsabilidade civil seriam: a) a dependência exclusiva de um inadimplemento; b) um ato ilícito civil que não necessariamente decorre do inadimplemento; e c) o descumprimento dos deveres de boa-fé.

São vários os exemplos apresentados pela doutrina em relação a pré-contratualidade como modalidade de responsabilidade civil, dentre elas o caso da propaganda e o *recall* (substituição), no qual, se vende ou oferece um produto ou serviço, e em um momento posterior percebe-se que, tem um vício que pode causar grandes prejuízos para a coletividade consumidora que o adquirir. Como medida para evitar danos à empresa

---

<sup>11</sup> BRASIL. *Código Civil. Lei 10.406 de 10 de jan. de 2002*. Brasília: Senado, 2002.

<sup>12</sup> COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p.113

<sup>13</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2010, p.16

responsável por colocar o produto ou serviço na sociedade, solicita-se que o cliente devolva o produto havendo a substituição gratuita por outro sem o vício inicial.

### 1.3 A natureza jurídica da responsabilidade civil pré-contratual

Uma grande polêmica doutrinária existe em relação à natureza jurídica da responsabilidade civil pré-contratual, ora como responsabilidade contratual, ora como responsabilidade extracontratual, ou ainda os que entendem que seria uma espécie *sui generis*. O enquadramento da responsabilidade civil pré-contratual em uma dessas duas espécies, (contratual ou extracontratual) é importantíssimo para a fixação do ônus da prova da culpa. Isto porque, na responsabilidade extracontratual, a vítima tem que provar: a conduta, o dano, o nexo causal e a culpa do agente. Neste caso, a culpa aquiliana segundo Pamplona “viola-se um dever necessariamente negativo, ou seja, a obrigação de não causar dano a ninguém”<sup>14</sup>. Já na responsabilidade contratual, a culpa é presumida, ou seja, o ônus da prova é invertido, precisando apenas, a parte que alega demonstrar a conduta, o dano e o nexo causal entre os dois primeiros elementos.

O doutrinador Sílvio Venosa, defende que a responsabilidade civil pré-contratual seria uma responsabilidade extracontratual, pois “não se trata exatamente de uma responsabilidade pré-contratual, porque contrato ainda inexistente, mas de um aspecto da responsabilidade aquiliana que tem a ver com o universo contratual”<sup>15</sup>. Comungando do mesmo entendimento, o doutrinador Caio Mário da Silva Pereira diz que:

Há dificuldade na determinação concreta da culpa *in contrahendo*, vez que para tanto se exige a conciliação de dois princípios: da liberdade contratual e da boa-fé no momento da condução das tratativas negociais, asseverando que a culpa daí advinda é aquiliana e não contratual, vez que baseada na regra geral de que a ninguém é dado prejudicar outrem (*neminem laedere*), e portanto não se trata de violação de cláusula contratual, “pois que, nesta fase, ainda não existe contrato”.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> PAMPLONA, Rodolfo Filho, Op. Cit, p. 60.

<sup>15</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – Teoria geral das obrigações e dos contratos*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 480, v.2

<sup>16</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 73.

Logo, os adeptos da responsabilidade extracontratual entendem que, em razão da violação ter ocorrido anteriormente à formação do vínculo contratual, não deve-se classificar essa responsabilidade como contratual, mas sim como extracontratual, já que não há qualquer vínculo contratual entre as partes no momento das negociações preliminares.

Os defensores da responsabilidade civil pré-contratual como modalidade de responsabilidade contratual, entendem que deve haver uma violação de deveres de conduta específicos, decorrentes de uma relação jurídica pré-existente. Um defensor desta ideia é Carlyle Popp:

Há muito foi o tempo em que havia uma separação absoluta entre contrato celebrado e negociações contratuais. Estas, da mesma forma que a publicidade e a oferta, regem-se pelo sistema contratual. [...] A relação jurídica não nasce do ilícito, mas é a ele preexistente. O dever genérico de não prejudicar não nasce do ordenamento jurídico, mas sim, do conteúdo das tratativas e das condutas das partes<sup>17</sup>.

O mesmo entendimento tem o doutrinador Antônio Junqueira Azevedo, ao concluir que, a responsabilidade civil, nesse momento, resulta da quebra de um dever específico de boa-fé negocial, motivo pelo qual o dano daí emergente se enquadra na responsabilidade contratual<sup>18</sup>.

Assim, os que entendem que a responsabilidade pré-contratual equivaleria à contratual dizem que o contrato é um processo, decorrente de uma sucessão de tempos, que vai desde a fase pré-contratual até a fase pós-contratual. E pelo fato da fase pré-contratual estar inserida na fase contratual, a responsabilidade pré-contratual possuiria uma natureza jurídica de responsabilidade contratual.

Há também, quem entenda que a responsabilidade civil pré-contratual, seria uma espécie *sui generis*, ou de terceira via, porque as responsabilidades civis anteriores não seriam adequadas para justificar a natureza jurídica da responsabilidade civil pré-contratual, além do que, não conseguiriam com esse enquadramento obter soluções satisfatórias para as situações que surgem na fase das negociações preliminares.

---

<sup>17</sup> POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 149.

<sup>18</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, p. 23-31, abr./jun. 1996, v.18

Uma quarta visão é de que, a responsabilidade pré-contratual seria imputada, tanto a responsabilidade contratual, quanto a extracontratual, sendo decorrente de recomendações, informações ou conselhos dos fatos que lhe deram origem, ou da relação jurídica entre as partes. Para Dallegrave Neto: “a divisão entre responsabilidade contratual e aquiliana encontra-se relativizada, adotando-se em nosso país o princípio da consunção que permite uma espécie de sobreposição de regimes garantindo-se a proteção mais eficaz”<sup>19</sup>.

Para João Ricardo Brandão há dois regimes diferentes para responsabilização, porque a responsabilidade prevista pelo Código Civil brasileiro seria uma só<sup>20</sup>. Ao contrário da responsabilidade contratual e extracontratual, na responsabilidade pré-contratual não se tem um regime jurídico previsto expressadamente, contudo, isso não impede que seja possível atribuí-la a um dos regimes já previsto no sistema brasileiro, sem necessidade por consequência, de criar uma terceira via ou um regime jurídico *sui generis*<sup>21</sup>.

Coadunamos com o entendimento que, a responsabilidade civil pré-contratual é do tipo contratual. Deve-se afirmar que quaisquer manifestações das partes ocorridas durante as tratativas são feitas na condição de pré-contratante, pois o contrato seria o objetivo final das partes. Vale ressaltar que, o contrato não se aperfeiçoou em sua formação, mas no instante das preliminares, que já verifica-se uma incipiente da formação negocial.

#### **1.4 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva**

A responsabilidade civil como já foi visto, decorre da convivência conflituosa das pessoas em sociedade. Em sua essência temos um conceito único do que venha ser a responsabilidade, todavia, a classificação que diz respeito aos fundamentos da responsabilidade civil, se subdivide em responsabilidade civil subjetiva, e responsabilidade civil objetiva.

A responsabilidade civil subjetiva pode ser entendida como aquela que, tem por base a culpa do agente, uma vez comprovada pela vítima, para surgir o dever de indenizar.

---

<sup>19</sup> DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 2005. p. 80-81.

<sup>20</sup> SANTOS, Paula Ferraresi. *Responsabilidade civil e a teoria da confiança: análise da responsabilidade pré-contratual e o dever de informação*. Revista de Direito Privado. São Paulo, Janeiro-março 2012. Ano 13, p. 217

<sup>21</sup> SANTOS, Paula Ferraresi. Op. Cit, p. 217- 218

Para a configuração da responsabilidade subjetiva é necessário que, haja a conduta humana, o nexo de causalidade, o dano e a demonstração da culpa do agente. Uma vez comprovada à culpa do agente, gera-se a obrigação de indenizar. O doutrinador Sílvio Venosa ensina que “se diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na ideia de culpa”<sup>22</sup>. Temos então o princípio, segundo o qual cada pessoa responde pela própria culpa- *unuscuique sua culpa nocet*. A culpa tão falada neste ponto deve ser entendida como culpa lato sensu, ou seja, a inobservância de um dever que o agente tinha a capacidade de conhecer e observar. Quando se fala da culpabilidade no direito civil, deve-se ressaltar que a sua noção abrange tanto o dolo, como a culpa em sentido estrito. O dolo ocorre quando o agente tem como meta chegar naquele resultado que já foi previsto, ou como assevera Amaro: “dolo é a vontade livre e consciente de causar algum dano”.<sup>23</sup> Já a culpa em sentido estrito prevista no artigo 186 do Código Civil de 2002<sup>24</sup>, segundo Sílvio de Salvo Venosa:

A culpa, sob os princípios consagrados da negligência, imprudência e imperícia, contém uma conduta voluntária, mas com resultado involuntário, a previsão ou previsibilidade e a falta de cuidado devido, cautela ou atenção. Na negligência o agente não age com a atenção devida em determinada conduta. Na imprudência o agente é intrépido, açoitado, precipitado e age sem prever consequências nefastas ou prejudiciais. E na imperícia o agente demonstra inabilidade para o seu ofício, profissão ou atividade<sup>25</sup>.

Como observa Gagliano e Pamplona, caberá sempre ao autor o ônus da prova de tal culpa do réu, sendo a prova um fato constitutivo do direito à pretensão reparatória<sup>26</sup>.

Logo em seguida, temos o surgimento da responsabilidade presumida, que pode ser entendida como a responsabilidade que uma pessoa terá por um dano que não causou diretamente por sua conduta, mas será responsabilizado pela conduta do terceiro, e por manter uma relação jurídica com o mesmo. Neste caso, há uma responsabilidade civil indireta, no qual, o elemento culpa não é desprezado, mas presumido, em decorrência do dever de vigilância, ou da culpa por eleição. Com ensina Caio Mário da Silva Pereira:

---

<sup>22</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 11

<sup>23</sup> AMARO, Elisabete Aloia. Op. Cit, p. 166.

<sup>24</sup> BRASIL. *Código Civil. Lei 10.406 de 10 de jan. de 2002*. Brasília: Senado, 2002.

<sup>25</sup> Idem, ibidem. ..., p. 36.

<sup>26</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA, Rodolfo Filho, Op. Cit, p. 56.

Na tese da presunção de culpa subsiste o conceito genérico de culpa como fundamento da responsabilidade civil. Onde se distancia da concepção subjetiva tradicional é no concerne ao ônus da prova. Dentro da teoria clássica da culpa, a vítima tem de demonstrar a existência dos elementos fundamentais de sua pretensão, sobressaindo o comportamento culposo do demandado. Ao se encaminhar para a especialização da culpa presumida ocorre uma inversão do *onus probandi*. Em certas circunstâncias, presume-se o comportamento culposo do causador do dano, cabendo-lhe demonstrar a ausência de culpa, para se eximir do dever de indenizar. Foi um modo de afirmar a responsabilidade civil, sem a necessidade de provar o lesado a conduta culposa do agente, mas sem repelir o pressuposto subjetivo da doutrina tradicional. Em determinadas circunstâncias é a lei que enuncia a presunção. Em outras, é a elaboração jurisprudencial que, partindo de uma ideia tipicamente assentada da culpa, inverte a situação impondo o dever ressarcitório, a não ser que o acusado demonstre que o dano foi causado pelo comportamento da própria vítima<sup>27</sup>.

Com o passar dos anos, a insatisfação com a teoria subjetiva foi cada vez mais agravada, isso decorreu do grande desenvolvimento social, e da dificuldade de se demonstrar a culpa do agente. Como leciona Caio Mario:

Verificou-se, que nem sempre o lesado consegue provar estes elementos. Especialmente a desigualdade econômica, a capacidade organizacional da empresa, as cautelas do juiz na aferição dos meios de provas trazidos ao processo nem sempre logram convencer da existência da culpa, e em consequência a vítima remanesce não indenizada, posto se admita que foi efetivamente lesada.<sup>28</sup>

Foi, portanto, com o reconhecimento da presunção da culpa, que se deu a abertura gradativa do caminho, para a aceitação da responsabilidade objetiva. Cada vez mais, a obrigação de reparar o dano independe de culpa. Basta que se demonstre o dano e o nexo de causalidade para surgir a responsabilidade civil do agente. Hoje, a vítima está no centro da relação jurídica, vigorando o direito de danos e não o direito do causador como antigamente. Logo, deve-se buscar a reparação do lesado de qualquer forma<sup>29</sup>.

Conforme Carlos Roberto Gonçalves, quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta. Em outros casos a prova da culpa é totalmente prescindível (responsabilidade civil objetiva propriamente dita)<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. Op. Cit, p. 265- 266.

<sup>28</sup> Idem, ibidem. ...., p. 260.

<sup>29</sup> SANTOS, Paula Ferraresi. Op. Cit, p. 223

<sup>30</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 11.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p.18

Assim, no direito brasileiro a regra geral é dual em relação a responsabilidade civil. O centro da responsabilidade civil subjetiva é a culpa, e esta é a regra geral inquestionável, coexistindo com a responsabilidade civil objetiva prevista no parágrafo único do artigo 927. Desta forma, pode-se concluir que, o elemento importante para o nascimento do dever de indenizar não é a culpa, mas a ocorrência do fato danoso.

O alicerce da responsabilidade civil objetiva é a teoria do risco, no qual, todo sujeito que desempenha atividade cria risco de dano para terceiro e, por isso, deve reparar o dano, mesmo que o agente não tenha atuado com culpa. A responsabilidade civil neste momento tem em destaque, demonstrar que o risco vai além do normal da atividade desenvolvida, sendo intrínseco, preexistente e não eliminável. Para Maria Helena Diniz, no seu Dicionário Jurídico o risco:

1. Possibilidade da ocorrência de um perigo ou sinistro causador de dano ou de prejuízo, suscetível de acarretar responsabilidade civil na sua reparação. 2. Medida de danos ou prejuízos potenciais, expressa em termos de probabilidade estatística de ocorrência e de intensidade ou grandeza das consequências previsíveis. 3. Relação existente entre a probabilidade de que uma ameaça de evento adverso ou acidente determinados se concretize com o grau de vulnerabilidade do sistema receptor de efeitos.<sup>31</sup>

Já Sílvio Venosa quando trata de atividade de risco afirma que, só o fato do agente se beneficiar economicamente de sua atividade, gera a obrigação de suportar os danos que porventura outros sofram por sua atitude, ou seja:

A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificado, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele<sup>32</sup>.

A responsabilidade civil pré-contratual seria subjetiva ou objetiva para os doutrinadores? Há pensadores que advogam que a responsabilidade civil pré-contratual, regra geral, tem a presença da culpa, em sua modalidade *in contrahendo*, pela própria origem da

---

<sup>31</sup> DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*, São Paulo: Saraiva, 1998, v. 4, p. 215

<sup>32</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. Cit, p. 39.

palavra responsabilidade por culpa *in contrahendo*, contudo pela aproximação com a boa-fé objetiva seria uma espécie de responsabilidade civil objetiva. Conforme Luciano Toledo:

A doutrina esclarece que o instituto da responsabilidade pré-contratual tem início na teoria da culpa *in contrahendo* e em seu distanciamento moderno dessa teoria, para chegar a uma ligação à boa-fé objetiva como forma de inserção na categoria da responsabilidade civil objetiva.<sup>33</sup>

Para outra parte da doutrina a responsabilidade civil pré-contratual seria ora subjetiva, ora objetiva, a depender da necessidade da demonstração ou não da culpa. Contudo, não há consenso entre os doutrinadores em relação a esta matéria.

Apoia-se o entendimento de que a responsabilidade civil pré-contratual dependerá da necessidade de se demonstrar ou não a culpa, sendo subjetiva ou objetiva, a depender do caso.

### **1.5 Responsabilidade pré-contratual e as fases para a efetivação do contrato**

Os contratos são os negócios jurídicos que resultam em um acordo de vontade das partes, com o objetivo de adquirir, modificar, transferir, conservar ou extinguir direitos. Ante o exposto, poder-se-á dizer que:

Contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.<sup>34</sup>

Deve-se analisar para melhor compreender o instituto da responsabilidade civil pré-contratual, as quatro fases para a efetivação propriamente dita do contrato.

---

<sup>33</sup> COELHO, Luciano Augusto de Toledo. Op. Cit, p.137

<sup>34</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. Cit, p. 14

A primeira delas é chamada de fase de ideação, no qual, existe um grau de subjetividade cuja ocorrência de danos é quase impossível de provar, pois ainda não houve qualquer declaração de intuito negocial. Pode-se dizer que nesta fase temos o início da construção de uma ideia, para a formação do futuro contrato.

Logo em seguida, temos a fase das negociações preliminares, sendo um conjunto de atos que estão ligados entre si por uma finalidade comum, qual seja: a verificação da viabilidade do futuro negócio. Bastante pertinente é o conceito jurídico de Maria Helena Diniz: “as negociações preliminares (*trattative, pourparlers*) nada mais são do que conversações prévias, sondagens e estudos sobre os interesses de cada contratante, tendo em vista o contrato futuro, sem que haja qualquer vinculação jurídica entre os participantes”<sup>35</sup>.

Tais acordos são preparatórios por serem apenas meras ideias, que são levadas ao conhecimento da outra parte para um estudo, estando sujeito a debates entre ambas as partes, não tendo qualquer sentido de obrigatoriedade e por isso carecem de força vinculante. Pelo fato dessas negociações não decorrem a obrigação de contratar, não poderá imputar nenhuma responsabilidade civil àquele que houver interrompido as tratativas. Não há proposta concreta, não existe nada formalizado, o contrato ainda não entrou em seu processo formativo, nem sequer iniciou. Diniz relata que:

Já que as partes têm por escopo a realização de um ato negocial que satisfaça seus mútuos interesses, se uma delas verificar que isso não será possível, por lhe ser inconveniente, assiste-lhe o direito de recuar, dando por findas as negociações, recusando-se a entabular o acordo definitivo<sup>36</sup>.

Todavia, deve-se observar que apesar da falta de obrigatoriedade nas negociações preliminares, pode surgir excepcionalmente, a responsabilidade civil, para os que participam destes entendimentos preliminares no campo da culpa contratual. Contudo, apenas nos casos de um dos participantes criar no outro uma expectativa de que, o negócio jurídico será celebrado, levando com isso as despesas, a uma das partes não contratar com um terceiro, e logo em seguida, um dos participantes vem a desistir injustificadamente e arbitrariamente, causando prejuízo, e tendo a obrigação de ressarcir todos os danos causados.

---

<sup>35</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais* 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.42

<sup>36</sup> Idem, *ibidem*. ..., p. 42

As negociações preliminares, repitamo-lo, não geram por si mesmas e em si mesmas obrigações para qualquer dos participantes. Elas fazem surgir, no entanto, deveres jurídicos para os contraentes, decorrentes da incidência do princípio da boa-fé, sendo os principais os deveres de lealdade e correção, de informação, de proteção e cuidado e de sigilo. A violação desses deveres durante o transcurso das negociações é que gera a responsabilidade do contraente, tenha sido ou não celebrado o contrato. A responsabilidade pela ruptura das negociações, a mais polêmica, surge quando um dos contraentes viola o dever de lealdade e correção e, após inculcar no outro a confiança de que o contrato será celebrado rompe injustamente as negociações, vindo a lhe causar danos. Esta responsabilidade tem caráter excepcional (Serpa Lopes Carrara), e não pode ser transposta para fora dos limites razoáveis de sua caracterização, sob pena de chegar-se ao absurdo jurídico de equiparar em força obrigatória o contrato e as negociações preliminares, e a admitir a existência pura e simples de negociações<sup>37</sup>.

Então, pode-se concluir que, nesta segunda fase em que a negociação preliminar deve existir a configuração da responsabilidade pré-contratual, que dá certa importância e relevância aos acordos preparatórios, fundada não só no princípio de que os interessados na celebração de um contrato devem se comportar de acordo com a boa-fé, mas também, guarda com zelo bens ou documentos cedidos para análise; não divulgando fatos sigilosos, que se tornam conhecidos em razão das tratativas, como também não vir a causar nenhum dano a parte contraente. Não pode exigir-se nunca o cumprimento do futuro contrato, porque, se houve um motivo que seja justo, o comportamento da contraparte que deixou de contratar, é lícito, já que a recusa de contratar, constitui exercício regular de direito.

A terceira fase é a da proposta, ou também chamada de policação, que, compreende a oferta de contratar. Ou, como prefere Diniz: “a proposta, oferta ou policação é uma declaração receptícia de vontade, dirigida por uma pessoa a outra (com quem pretende celebrar um contrato), por força da qual, a primeira manifesta sua intenção de se considerar vinculada, se a outra parte aceitar”<sup>38</sup>.

É importante não confundir as negociações preliminares com a oferta ou proposta. Como já tratado, as negociações preparatórias são meras proposições, estudos, e exames levados por uma parte ao conhecimento da outra, não havendo a obrigatoriedade, e por isso, não é propriamente elemento de formação da relação contratual, mas como observado anteriormente configura um período do pré-contrato. Diferente é a proposta, diz Maria Helena Diniz “traduz uma vontade definitiva de contratar nas bases oferecidas, não estando mais

---

<sup>37</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. Op. Cit, p. 38

<sup>38</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. Cit, p. 50

sujeita a estudos ou discussões, mas dirigindo-se à outra parte para que a aceite ou não, sendo, portanto, um negócio jurídico”<sup>39</sup>.

A proposta deve ser entendida como um elemento inicial da formação do contrato. É o primeiro ato no qual uma das partes solicita a manifestação de vontade da outra, e com isso, produz os efeitos jurídicos próprios, pois, enquanto não é revogado, até o momento permitido por lei, a proposta é obrigatória, e a parte tem a alternativa de aceitá-la ou não.

Pode-se concluir que, nas negociações preliminares temos meros atos preparatórios do contrato, sem força vinculante, enquanto que na proposta e na aceitação, por ter declarações volitivas idôneas, formam-se um negócio jurídico contratual.

Os rompimentos das propostas podem vir a configurar danos a algumas das partes, pois o liame de confiança já é maior, há gastos de ambas as partes, como exemplo, a condução para o local da capacitação, e por isso, incide o dever jurídico de ser ressarcido pelos danos materiais e morais sofridos.

A última fase é a da aceitação ou aquiescência, na qual, a parte espera a conclusão do negócio jurídico. A aceitação vem a ser, a manifestação de vontade, expressa ou tácita, da parte do destinatário de uma proposta, feita dentro do prazo, aderindo a esta em todos os seus termos, tornando o contrato definitivamente concluído, desde que chegue, oportunamente, ao conhecimento do ofertante<sup>40</sup>. Com a aceitação temos o fechamento do ciclo consensual, vale ressaltar que, o contrato só vem a se formar com a reunião da proposta e da aceitação. E o rompimento das tratativas neste momento pode gerar reparações e/ou até o direito à celebração do contrato.

Em suma, o momento importante para a responsabilidade pré-contratual se dá entre a negociação preliminar, e a proposta para a formação do vínculo contratual, instante nem sempre destacado de forma nítida, pois ainda não há o contrato.

Ver-se-á, no próximo capítulo, a boa-fé como instituto em destaque na responsabilidade civil pré-contratual.

---

<sup>39</sup> Idem, *ibidem*. ..., p. 50

<sup>40</sup> SERPA, Lopes. *O silêncio como manifestação de vontade nas obrigações*. 2ª ed. Rio de Janeiro, 1944, p.97

## CAPÍTULO 2 A BOA-FÉ

A boa-fé pode ser subdividida em, boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva. A primeira mantém uma relação direta com o sujeito que ignorava um vício relativo a outro sujeito, bem ou negócio. Coloca-se em destaque a subjetividade, ou seja, a intenção do sujeito de direito. Miguel Reale chama a atenção de que a boa-fé subjetiva se destaca em matéria de direitos reais e casamento putativo – corresponde, a uma atitude psicológica, ou seja, é uma decisão da vontade, indica o convencimento individual da parte de agir em conformidade com o direito<sup>41</sup>.

Nessa cadência, as palavras de Gurgel:

Por isso, podemos concluir que a boa-fé subjetiva tem por pressuposto uma concepção individual de ignorância acerca da ilicitude do ato praticado. Em outras palavras, o sujeito ignora o caráter ilícito do seu ato, o que faz com que a boa fé subjetiva esteja vinculada à noção de erro, de falsa percepção da realidade ou noção inexata sobre fatos e pessoas, pertencentes a uma determinada relação jurídica. (...) Logo, a boa fé subjetiva não é um princípio, mas, sim, um estado psíquico, em que a pessoa possui a crença de ser titular de um direito que em verdade só existe na aparência. O indivíduo encontra-se em escusável situação de ignorância sobre a realidade dos fatos e da lesão a direito alheio<sup>42</sup>.

A boa-fé objetiva, regra de conduta ética à qual, todos estão subordinados em suas relações intersubjetivas, existe positivada no direito brasileiro desde 1850, com a entrada em vigor do Código Comercial, no qual, o artigo 137 previa a exigência de que os contratos comerciais deveriam ser interpretados de acordo com a boa-fé. Maria Helena Diniz chama atenção de que:

A boa-fé está intimamente ligada não só à interpretação do contrato- pois, segundo ele, o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inferida da declaração de vontade das partes- mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes deverão agir com lealdade, honestidade, honradez, probidade (integridade de caráter), denodo e confiança recíproca, isto é, proceder com boa-fé, esclarecendo os fatos e o conteúdo das cláusulas, procurando o

---

<sup>41</sup> REALE, Miguel. A Boa-fé no Código Civil. <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>. Acesso em 24 de Março de 2012

<sup>42</sup> GURGEL, Fernando Pessanha do Amaral. *Direito de família e princípio da boa-fé objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 94

equilíbrio nas prestações, respeitando o outro contratante, não traindo a confiança depositada, procurando cooperar, evitando o enriquecimento indevido, não divulgando informações sigilosas etc. É uma norma que requer o comportamento leal e honesto dos contratantes, sendo incompatível com quaisquer condutas abusivas, tendo por escopo gerar na relação obrigacional a confiança necessária e o equilíbrio das prestações e da distribuição dos riscos e encargos, ante a proibição do enriquecimento sem causa<sup>43</sup>.

A boa-fé objetiva deve ser qualificada como, uma normativa de comportamento leal, pois, o sujeito em sociedade tem o dever de se comportar de forma honesta, leal e proba. A conduta individual ou coletiva deverá ser examinada em juízo ou fora dele, de acordo com o caso concreto.

Para concretizar a boa-fé objetiva no contrato, a pessoa deve pensar no outro parceiro contratual, respeitando os seus interesses e expectativas razoáveis, para que, o contrato atinja seu fim, com o máximo de êxito. Um dos doutrinadores que mais defendeu a boa-fé foi Miguel Reale, e para ele, a boa-fé é condição essencial à atividade ético-jurídica, caracterizando-se pela probidade dos seus participantes, por isso, a boa-fé seria uma norma de conduta e de comportamento<sup>44</sup>.

A tão falada boa-fé objetiva, é uma forma de se exigir um comportamento adequado dentro de parâmetros impostos, decorre do art. 4<sup>a</sup>, inciso III da Lei n. 8.078/90 e do artigo 51 do mesmo diploma legal<sup>45</sup>. Vem prevista também no Código Civil de 2002, nos artigos 113, 187 e 422 como uma condição de pressuposto de validade dos negócios jurídicos. Vale ressaltar que, o legislador esqueceu quando tipificou o artigo 422 do CC de incluir expressadamente o período pré-contratual, dentro do qual, o princípio da boa-fé tem uma importância fundamental, criando deveres jurídicos para as partes<sup>46</sup>. Todavia, o legislador não quis negar a aplicação do princípio nesta fase, cabendo uma interpretação extensiva da norma.

A boa-fé objetiva possui dois sentidos diferentes: o primeiro faz referência à obrigação de lealdade, isto é, de impedir a ocorrência de comportamentos desleais; e o segundo, diz respeito à obrigação de cooperação entre os contratantes, para que, o pactuado inicialmente seja cumprido.

---

<sup>43</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. Cit, p. 33-34

<sup>44</sup> Maria Helena Diniz apud REALE. *Curso de Direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais* 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.35

<sup>45</sup> BRASIL. *Lei 8.078 de 11 de set. de 1990*. Brasília: Senado, 1990.

<sup>46</sup> BRASIL. *Código Civil. Lei 10.406 de 10 de jan. de 2002*. Brasília: Senado, 2002.

## 2.1 A boa fé como fundamento e razão da responsabilidade pré-contratual

Foi analisado, que em todas as obras que fazem referência ao instituto da responsabilidade pré-contratual, demonstram que, a sua origem decorre da análise do princípio da confiança e dos deveres anexos.

A teoria da confiança surge com o objetivo de, resolver os conflitos criados pela teoria da vontade e pela teoria da declaração. É doutrinariamente passível a teoria da confiança, segundo POPP<sup>47</sup>. Nela, o declarante responde pela compreensão considerável e normal de suas declarações, e que suscitam na contra parte um raciocínio no sentido de declarado, sob o prisma dos elementos objetivos, comportamentais e subjetivos, tido como a efetiva crença do declaratório no comportamento. Tutela-se, assim, não só a expectativa legítima, como se proíbe o exercício de uma postura jurídica abusiva ou diversa do declarado.

As teorias mencionadas anteriormente, surgem por causa do problema da coincidência do elemento externo da declaração, com o elemento interno. Para a teoria da vontade, uma vez não havendo coincidência da vontade real com a declarada, deverá haver invalidade do futuro negócio. Pois, o direito coloca em destaque o querer *individuale* a declaração da vontade, que seria apenas um dos, instrumentos que existem, reveladores deste querer. Porquanto, uma vez ocorrendo um erro viciando a declaração, há inexistência da vontade e o negócio jurídico, não ganha eficácia, porque a vontade não existe. Essa teoria protege apenas o autor da declaração, deixando desprotegido o receptor desta declaração e os terceiros que nela acreditaram. A teoria protege o autor da declaração, impedindo que a declaração feita ao arrepio de sua vontade, prevaleça, conduzindo-o a consequências não queridas. Mas, por outro lado, deixa ao desamparo aquele a quem a declaração se dirige e todos os demais que confiaram na verdade daquela manifestação volitiva.

A teoria da vontade é produto do liberalismo exacerbado, pelo qual, o direito deve prestigiar tão só a vontade humana como criadora de atos jurídicos.

A teoria da declaração, coloca em destaque a essência do manifestado, e só esta produz o ato jurídico, ou seja, a declaração de vontade é meio de vinculação, e por isso, deve ser sólida e proporcionar segurança. Para esta teoria, a vontade interna do declarante seria inacessível, sendo a declaração a sua manifestação, sem esta a vontade interna do declarante,

---

<sup>47</sup> POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 149.

é desconhecida, pois a ciência não inventou ainda aparelhos de leitura de pensamentos e desejos. Contudo Silvio Rodrigues não deixou de fazer suas críticas dizendo:

“A teoria da declaração, tão extremada numa direção, como a primeira o era na outra, representa proteção adequada à pessoa a quem se dirige a declaração, garantindo-lhe a eficácia, uma vez emitida a manifestação de vontade. Mas seu exagero expõe o autor da declaração, ainda quando de boa-fé, ao risco de ver valer sua manifestação expressa, em vez de prevalecer sua vontade. Mais: vem favorecer o destinatário da declaração, mesmo que esteja de má-fé e saiba, por exemplo, que o peticitante estava incidindo em erro, ao formular a proposta. Ademais, tal concepção se afasta do próprio conceito de ato jurídico, pois não se atém ao requisito da vontade quando este, por definição, é elementar naquele conceito.”<sup>48</sup>

Em sua acepção moderna, a teoria da declaração se desapega ao formalismo da literalidade da declaração, compreendendo que, a divergência entre a vontade real e o sentido declarado só produz invalidade quando for cognoscível ao declaratório.

A teoria da confiança defende que, havendo desacordo entre a vontade real e a declaração, não se pode considerar apenas a aparência de vontade, pois, para não se favorecer a má-fé do declarante pode-se fomentar a má-fé do oblato. Há um abandono da posição individualista e de ilimitado respeito ao dogma da vontade, apegando-se há um interesse geral. Um dos contratantes leva em consideração os termos da declaração, porque crer que corresponde à vontade do autor, contudo, se souber que, a declaração não corresponde à vontade do autor, o negócio deve ser considerado nulo, por lhe faltar uma expectativa digna de proteção. Essa teoria dá soluções mais justas e é mais ligada ao interesse geral das partes.

Tanto a teoria da culpa *in contrahendo*, quanto à da responsabilidade partem da teoria da vontade. A primeira teoria por sua vez, acrescenta a obrigação de indenizar, que fica a cargo do declarante. Uma vez configurada, a anulação do negócio, com fundamento na divergência da vontade e da declaração, havendo dolo ou culpa no dissídio e boa-fé por parte de declaratório, a indenização visa cobrir o chamado interesse contratual negativo ou interesse da confiança, ou seja, objetiva indenizar o declaratório pela invalidade do negócio que deveria ter sido concluído.

A teoria da responsabilidade assenta na teoria da confiança, todavia dá mais importância à ideia de responsabilidade pela aparência, ou pelo comportamento ora externado

---

<sup>48</sup> POPP, Carlyle. Op. Cit, p. 149.

por uma das partes, como se fosse o desejado. O sujeito responde por seus erros culposos ou dolosos, pois a outra parte confiou na sua declaração.

O negócio jurídico tem, como uma de suas bases, à confiança, se não fosse assim, a qualquer momento o declarante poderia alegar que houve erro e desfazer o negócio, e não precisaria tomar qualquer cuidado em suas declarações iniciais. Esse pensamento decorre do dispositivo do artigo 159 do CC<sup>49</sup>, onde aquele que por dolo ou culpa causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

## **2.2 A teoria da confiança e a boa-fé objetiva**

A confiança é o alicerce de qualquer relação humana, uma vez que, são investimentos, econômicos ou pessoais, baseados na credibilidade das situações. Para SANTOS “o sentido de confiar é a aposta que se faz no presente, em razão de condutas praticadas no passado, com expectativas no futuro”<sup>50</sup>. Por isso, a confiança envolve situações de risco, não adquirindo um conhecimento exato das motivações das outras pessoas, e não se controlando o comportamento dos outros. A teoria da confiança, passou a existir no sistema jurídico através do princípio da solidariedade, positivado no art. 112 do CC/2002. Para fins deste dispositivo, verifica-se que, a confiança possui relevância em dois pontos. No primeiro ponto, a confiança está ligada a troca de informações em uma relação entre sujeitos. No segundo ponto, a confiança está presente nos casos em que há a criação de uma expectativa, por quem recebe um conselho ou recomendação. Logo, se em decorrência dessa troca de informação que ocorreu, houver dano a ser imputado ao sujeito que aconselhou ou recomendou, deverá o Direito tutelar essa violação, indenizando a outra parte, cuja expectativa foi frustrada.

No entanto, não são todas as relações sociais que, postulam uma especial qualificação baseada na relação de confiança. Para configurar esta relação, tem que observar se, a boa-fé objetiva se fez presente desde o surgimento ou desenvolvimento das interações entre os sujeitos, em que, um solicite de fato a confiança do outro, tendo este, aceitado que nele se deposite essa confiança. Havendo assim a tão almejada atitude de confiança.

---

<sup>49</sup> BRASIL. *Código Civil. Lei 10.406 de 10 de jan. de 2002*. Brasília: Senado, 2002.

<sup>50</sup> SANTOS, Paula Ferraresi. *Op. Cit*, p. 211

A confiança pode se fazer presente tanto na boa-fé subjetiva, como na boa-fé objetiva, conceitos já tratados anteriormente.

A boa-fé objetiva concretiza o princípio da confiança e para isso, há quatro pressupostos para que haja a tutela da confiança, segundo SANTOS:

O primeiro pressuposto é a verificação de uma situação de confiança, que se traduz na boa-fé subjetiva e ética do sujeito. Assim, a confiança somente merece proteção quando a parte que confiou estiver de boa-fé e tenha agido com o cuidado e precauções usuais no tráfico jurídico. O segundo pressuposto é o da justificação para a confiança. Significa que a confiança deve estar alicerçada em elementos objetivos, razoáveis, suscetíveis de serem gerados em uma pessoa normal. O terceiro pressuposto é o investimento de confiança, ou seja, a pessoa deve ter agido e tomado decisões, com base na confiança. Confiar, apenas no foro íntimo, sem exteriorizar essa confiança, não deve receber qualquer proteção. Por fim, o quarto pressuposto é a imputação da situação de confiança criada à pessoa que vai ser atingida pela proteção concedida àquela que confiou. Assim, ao adotar a conduta geradora de confiança, o agente deverá tomar uma segunda conduta coerente com a primeira e em conformidade com os ditames da boa-fé, caso contrário será responsabilizado pelos danos provenientes de sua conduta geradora da confiança. Logo, exige-se que o agente, usando do cuidado normal, pudesse prever que a sua conduta o poderia vincular no futuro aos ditames da boa-fé objetiva<sup>51</sup>.

Uma vez cumpridos todos os pressupostos, pode-se observar a quebra da confiança. No âmbito da responsabilidade pré-contratual, é possível a reparação dos danos que uma das partes envolvidas nas negociações venha sofrer, por não ter existido a conclusão de um contrato, isso, em virtude de ter confiado na conduta conforme os preceitos da boa-fé objetiva.

### **2.3 A boa-fé objetiva e suas funções**

A doutrina brasileira atribui três funções desempenhadas pela boa-fé objetiva, quais sejam: a função interpretativa, a função integrativa de criação de deveres anexos ou acessórios à prestação principal, e a função de controle ou restritiva do exercício abusivo de direito.

Caio Mário resume dizendo que:

---

<sup>51</sup> SANTOS, Paula Ferraresi. Op. Cit, p.218/219

A boa-fé objetiva serve como elemento interpretativo do contrato, como elemento de criação de deveres jurídicos (dever de correção, de cuidado e segurança, de informação, de sigilo, de prestar contas) e de até como elemento de limitação e ruptura de direitos (proibição do *venire contra factum proprium*, que veda que a conduta da parte entre em contradição com a conduta anterior, do *inciviliteragere*, que proíbe comportamentos que violem o princípio da dignidade humana, e da *tu quoque*, que é a invocação de uma cláusula ou regra que a própria parte já tenha violado)<sup>52</sup>.

Na função interpretativa, a boa-fé objetiva é um critério hermenêutico consubstanciado na necessidade de interpretar as convenções e manifestações, de acordo com os parâmetros de honestidade e lealdade. Por isso, a interpretação das cláusulas contratuais deve sempre privilegiar o sentido mais consentâneo, com o objetivo comum pretendido pelas partes.<sup>53</sup> O artigo 113 do CC preceitua que, “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração”<sup>54</sup>. Diante deste comando legal, deve-se perquirir a vontade interna do sujeito, como também a sua intenção de agir com boa-fé. Há uma interação deste dispositivo com o princípio da função social dos contratos. Por isso, Miguel Reale afirmou que este seria um artigo- chave da codificação, eis que:

Desdobrando-se essa norma em seus elementos constitutivos, verifica-se que ela consagra a eleição específica dos negócios jurídicos como disciplina preferida para regulação genérica dos fatos jurídicos, sendo fixadas, desde logo, a eticidade de sua hermenêutica, em função da boa-fé, bem como a sua socialidade, ao fazer alusão aos usos do lugar de sua celebração<sup>55</sup>.

Afigura-se com a função interpretativa da boa-fé, a proibição de manifestações de vontade com sentido malicioso ou fraudulento.

O conceito de boa-fé é flexível, por isso, o intérprete precisa procurar a real intenção das partes, dentro do contexto efetivo do instrumento do contrato.

A segunda função, é a integrativa ou supletiva, se caracteriza por criar deveres anexos à prestação principal. São deveres acessórios que tornam a relação jurídica mais cooperativa e sólida.

<sup>52</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. Op. Cit, p. 21

<sup>53</sup> SANTOS, Paula Ferraresi. Op. Cit, p. 214

<sup>54</sup> BRASIL. *Código Civil. Lei 10.406 de 10 de jan. de 2002*. Brasília: Senado, 2002.

<sup>55</sup> Flávio Tartuce apud REALE, Miguel. *Um artigo- chave do Código Civil. História do Código Civil*. São Paulo: 2006, p.240

Para Paulo Lôbo, esses deveres de conduta vão além do dever de prestação, e revestem-se da dignidade de princípio normativo, constitucional ou infraconstitucional. E por isso, deixam de ser secundários e passam a representar deveres gerais de conduta, que para ele são:

Os deveres gerais de conduta, ainda que incidam diretamente nas relações obrigacionais, independentemente da manifestação de vontade dos participantes, necessitam de concreção de seu conteúdo, em cada relação, considerados o ambiente social e as dimensões do tempo e do espaço de sua observância ou aplicação. Essa é sua característica, razão porque são insuscetíveis ao processo tradicional de subsunção do fato à norma jurídica, por que esta determina a obrigatoriedade da incidência da norma de conduta (por exemplo, a boa-fé) sem dizer o que ela é ou sem defini-la. A situação concreta é que fornecerá ao intérprete os elementos de sua concretização<sup>56</sup>.

O doutrinador gaúcho Clóvis do Couto e Silva defende que, o contrato e a obrigação trazem um processo de colaboração entre as partes, decorrentes desses deveres anexos, ele ainda chama a atenção de que os deveres anexos devem ser respeitados em todas as fases no qual passa o contrato. Uma vez não se respeitando os deveres anexos, surge a violação positiva do contrato, com a responsabilidade civil daquele que desrespeita a boa-fé objetiva<sup>57</sup>.

São exemplos, os deveres de: informar a outra parte quanto ao conteúdo do negócio, cuidado em relação à outra parte negocial, respeito, agir conforme a confiança depositada, lealdade e probidade, colaboração ou cooperação, agir conforme a razoabilidade, a equidade, e a boa razão dentre outros diversos. Esses deveres não se encontram taxativos na legislação pátria e não são ilimitados. A situação concreta é que vai dizer quais deveres serão observados, para permitir a realização justa das expectativas nas pessoas envolvidas na relação jurídica, como também delimitar a sua abrangência e conteúdo.

Os deveres anexos têm como fonte a própria boa-fé objetiva, por isso, decorre implicitamente do negócio jurídico e podem surgir até contra a manifestação de vontade das partes.

---

<sup>56</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Deveres gerais de conduta nas obrigações civis*. <http://jus.com.br/revista/texto/6903/deveres-gerais-de-conduta-nas-obrigacoescivis#ixzz1s3qAuefe>. Acesso em 14 de Abril de 2012

<sup>57</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*, 4. ed. rev.e atual. Rio De Janeiro: Forense- São Paulo: Método, 2009, p.112-113, v.3

A boa-fé objetiva, também cumpre a função controladora ou restritiva, que são exigidas nas manifestações jurídicas da conduta humana, a partir da limitação ao exercício de direitos. Com o exercício dos direitos temos em seguida, os excessos que fazem surgir à necessidade de imposição de limites, a boa-fé vem como um mecanismo de controle de direitos subjetivos, apresentando, por conseguinte, uma forma de conduta a ser seguida, ou orientadora. Há então, o aspecto negativo ou proibitivo da boa-fé objetiva, que uma vez estabelecendo limites, impõe às partes o dever de não agir de forma excessiva ou abusiva. Esse mesmo pensamento é sustentado por Gurgel:

Trata-se de uma aplicação da boa-fé em seu sentido negativo ou proibitivo: vedando comportamentos que, embora legal ou contratualmente assegurados, não se conformem aos standards impostos pela cláusula geral. Aqui, a doutrina utiliza frequentemente a expressão exercício inadmissível de direitos, referindo-se ao exercício aparentemente lícito, mas vedado por contrariar a boa-fé<sup>58</sup>.

Pode-se afirmar que, a boa-fé objetiva na sua função restritiva, tem estreita ligação com o abuso de direito, na medida em que se proíbe o uso excessivo e causador de danos de determinadas faculdades e prerrogativas. É preciso que, as partes envolvidas na relação jurídica, tenham uma atuação refletida e sem abuso. No CC o art. 187 prevê que o abuso de direito é um ato ilícito, passível de ensejar responsabilidade civil objetiva, não dependendo de culpa. Neste dispositivo temos que o Código adotou o critério objetivo-finalístico<sup>59</sup>. Em assim sendo, quando o titular do direito subjetivo ultrapassar os limites impostos pela boa-fé, sofrerá as sanções previstas no âmbito civil, quais sejam a invalidade do ato praticado e a indenização pelos danos ilicitamente causados por sua conduta.

A boa-fé como limitadora de direitos, atua sob o prisma negativo, vedando o *venire contra factum proprium*, ou seja, visa a quem age contrário ao comportamento exercido em um momento anterior, tendo por base a regra da *pacta sunt servanda*. Tem-se dois comportamentos de uma mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro (*factum proprium*) é, porém, contrariado pelo segundo. São as situações em que uma pessoa, por certo período de tempo, comporta-se de determinada maneira, gerando expectativas em outra de que seu comportamento permanecerá inalterado. Contudo, depois de muito

---

<sup>58</sup> GURGEL apud SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela de confiança e venire contra factum proprium* 2. ed., ver e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.89

<sup>59</sup> BRASIL. *Código Civil. Lei 10.406 de 10 de jan. de 2002*. Brasília: Senado, 2002.

investimento por se acreditar no primeiro comportamento, cria-se uma confiança de que a conduta será a adotada, mas depois de referido lapso temporal, o comportamento é alterado e contrário ao inicial, quebrando dessa forma a boa-fé objetiva (confiança).

A teoria dos atos próprios, esta implicitamente ligada ao *venire contra factum proprium*, já que o significado literal da expressão é vir contra um fato próprio. O significado desta teoria para Penteadado:

É o de que ninguém estaria autorizado a contrariar um comportamento por si mesmo praticado anteriormente, desde que este tenha uma função orientadora, ou seja, na medida em que dirija a conduta dos sujeitos ou implique na tomada de decisão por parte deles. Na exata proporção em que é informação relevante e necessária para o agir, o ato próprio vincula, de modo que não pode ser contrariado sob pena de esta mudança de orientação quebrar a lealdade<sup>60</sup>.

Por haver uma vinculação pessoal, que deriva de, ato próprio daquele contra quem se invoca o *venire*, a teoria vai visar coibir, e é também conhecida como teoria dos atos próprios. Esta vinculação pessoal faz com que, se adotando um comportamento contrário ao inicial a outra parte acaba por frustrar a expectativa de confiança, e viola a boa-fé objetiva. Tal situação se agrava nos casos em que há certo investimento econômico, pois se gera um dano jurídico que merece reparação ou prevenção, a depender do caso concreto.

São quatro elementos que caracterizam a vedação do *venire contra factum proprium*: comportamento, geração de expectativa, investimento na expectativa gerada e comportamento contraditório. Chama-se atenção de que, o dever de não se comportar de forma lesiva aos interesses e expectativas da parte contrária é axiologicamente o principal integrante do conteúdo da boa-fé objetiva e forte expressão do solidarismo social<sup>61</sup>.

O *venire contra factum proprium* tem uma aplicação predominante extracontratual, ou seja, independe de outro ato jurídico, já que, depende da quebra de confiança que o *factum proprium* cria. Para sua configuração basta que se crie uma expectativa de um negócio futuro.

---

<sup>60</sup> PENTEADO, Luciano de Camargo. *Figuras Parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium*. Disponível em [www.flaviotartuce.com.br/artigos](http://www.flaviotartuce.com.br/artigos). Acessado em 14 de Agosto de 2010.

<sup>61</sup> COELHO, Luciano Augusto de Toledo apud SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela de confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.p.112.

## 2.4 Princípio e a cláusula geral da boa-fé objetiva

Nota-se, que é corrente no Brasil a terminologia alemã cláusula geral, ora com significado parecido com o de princípio, ora com um sentido mais restrito. Por conseguinte, não se deve confundir princípios com as cláusulas gerais, estas são normas orientadoras que autorizam o juiz a adequar certos valores por elas protegidos ao caso concreto, no objetivo de se encontrar a melhor solução para o conflito de interesse. Nota-se, por conseguinte, que as cláusulas gerais têm um diferencial, que é permitir que o juiz preencha o seu conteúdo, através de valores indicados para aquele caso concreto, garantindo com isso, uma maior flexibilidade ao sistema e permitindo uma ampla atividade criadora do magistrado. Não há uma discricionariedade, mas, a remessa ao juiz, de critérios baseados em valorações objetivamente validas para um contexto social.

O princípio por sua vez, é inspirado em valores e possui um conteúdo normativo próprio, confere a devida conexão e uniformidade à legislação, além de integrar o ordenamento jurídico por meio de regras definidoras de deveres de conduta.

Desta feita, as cláusulas gerais, e em especial a cláusula geral da boa-fé objetiva, se diferencia das outras regras de direito positivo por duas circunstâncias: a) primeiro, por intermédio de sua indeterminação (daí a denominação cláusula “geral”); e b) pela referência não aos preceitos positivos, mas a mandamentos (lealdade e boa-fé) ou critérios (usos e costumes) sociais e metajurídicos<sup>62</sup>.

Para concluir as diferenças entre princípio e cláusula geral chama-se atenção o ensinamento de Gurgel:

Um pouco diversa, contudo, é a situação da cláusula geral em razão de não possuir, assim como os princípios, uma autonomia plena, necessitando invocar valores e os próprios princípios para o preenchimento do seu conteúdo e constatação de sua legitimidade. Por isso, a cláusula geral, desde que seja disposição legislativa expressa, assume feição de mecanismo de ingresso no ordenamento jurídico de valores e princípios consagrados. A rigor, a cláusula geral necessita do princípio para não ter esvaziado o seu conteúdo, o que, na prática, resulta, invariavelmente, em uma aparente coincidência entre os dois. Não podemos, pois, dizer que um princípio é identificado por uma cláusula geral ou vice-versa, mas sim, que a cláusula geral retira o seu substrato material de princípio com carga valorativa<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Gurgel apud NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed., ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.381.

<sup>63</sup> GURGEL, Fernando Pessanha do Amaral. Op. Cit, p. 114

A cláusula geral de boa-fé contém implicitamente uma regra de direito judicial, dirigida à atuação do juiz, que lhe impõe, ao examinar o caso, primeiramente fixar a norma de acordo com a realidade do fato, e estabelecer logo em seguida, o princípio a que a cláusula geral adere, para somente num segundo momento confrontar a conduta efetivamente realizada com aquela que a situação recomendava.

A cláusula geral de boa-fé concretiza o caráter ético, que, deve existir nas relações jurídicas e confere a força normativa necessária, que gera direitos e obrigações jurídicas para as partes. Aliada a ideia da posituação da cláusula geral da boa-fé, temos o princípio da boa-fé, o que propicia o seu entendimento como uma regra de conduta, que norteia o juiz na interpretação do ato ou negócio jurídico, no estabelecimento do assunto das diversas relações jurídicas e, na aplicação da norma ao caso concreto, tendo, por conseguinte, uma função estrutural e interpretativa do ordenamento jurídico.

A cláusula geral da boa-fé deve ser entendida, ora como uma via adequada para o Juiz realizar os planos do legislador, ora como um princípio de conduta ético-jurídica.

Observa-se que, o Código Civil não tipificou modelos determinados de conduta, que servisse para fixar o conteúdo da cláusula geral da boa-fé, por isso, cabe ao juiz analisar a situação concreta, e a partir disso definir se as partes tiveram comportamento honesto e leal, para aquela relação jurídica específica.

O princípio da boa-fé como bem lembra Gomes, assegura a aplicação de outros princípios que existem no sistema jurídico, consagrados a partir do texto constitucional, além de valorizar a pessoa humana, na medida em que é um limitador da vontade individual<sup>64</sup>.

Em nossa legislação, temos exemplo do princípio da boa-fé objetiva, o dispositivo do art. 422 do CC e cláusula geral da boa-fé no art. 51, IV do CDC<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> GOMES, Daniela Vasconcelos. Os princípios da boa-fé e da função social do contrato e a Teoria contratual contemporânea. Revista de Direito Privado, Local, Abril- Junho. 26.p. 94.

<sup>65</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Brasília: Senado, 1973.

### CAPÍTULO 3 CASOS JURISPRUDENCIAIS

O ponto em destaque no presente estudo é explicar em quais situações as negociações preliminares, ou seja, conversas prévias, sondagem, estudo de documentos e currículos acabam gerando a responsabilidade civil pré-contratual. Em regra, nessa fase não há responsabilidade quando as partes atuam conforme os seus deveres jurídicos, se comportando com base na confiança e boa-fé objetiva. Não obstante quando a contraparte empregadora cria uma expectativa de que, o negócio jurídico será celebrado e desiste de forma injustificada e arbitrária, ferindo a lealdade e a honestidade, depositada na relação não há exercício regular de um direito.

Nesta fase do estudo, serão demonstrados e analisados três casos jurisprudenciais que tratam da responsabilidade civil do empregador nas relações pré-contratuais. As jurisprudências são decisões que servem de parâmetro para outros julgamentos. A expressão vem do latim *jus* que significa "justo" mais o termo *prudentia* que é "prudência" designando o conjunto das decisões e interpretações das leis feitas numa determinada jurisdição<sup>66</sup>.

Não são todas as situações que demandam a responsabilização do empregador, todavia, casos de “listas negras”, exigência de apresentação de cadastros negativos e certidões, discriminação etária e estética, dentre muitos outros, são situações comuns que são levadas aos Tribunais brasileiros.

As três jurisprudências a seguir mencionadas, colocam em destaque a importância da responsabilidade civil pré-contratual do empregador, (público e privado) nas relações negociais iniciais. Adverte-se que, nestes primeiros contatos das partes, seja, por meio da aprovação em concurso, ou seleção de vagas para futuro emprego, é necessário que seja respeitado os deveres jurídicos decorrentes da relação jurídica.

A primeira jurisprudência apresenta um caso em que o reclamante participou de uma seleção para vaga de ajudante de produção, foi selecionado, mas não foi contratado por discriminação sofrida. Constatou-se que, a empresa deixou de contratar pela condição familiar do empregador, ou seja, porque possuía quatro filhos. As circunstâncias exigiam, então, do empregador a demonstração de que teve motivos razoáveis e proporcionais para negar a contratação unicamente do reclamante. A empresa disse que o reclamante não foi contratado pela recorrente em razão de sua inabilitação para o ramo da atividade-fim

---

<sup>66</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 146.

desenvolvida pela empresa. Contudo, a atividade a ser desenvolvida pelo reclamante não exigia grande qualificação específica, bem como, não foi especificada e demonstrada pela empresa os motivos para a não contratação, eis que, a alegação de que o critério foi a simples análise da CTPS é muito vago.

As negociações preliminares, que foram concretizadas no presente caso, geraram a responsabilidade pré-contratual do empregador, pois este criou uma expectativa de que o negócio jurídico seria celebrado, e sem motivo razoável desistiu injustamente e arbitrariamente do pactuado inicialmente. Não existiu um motivo justo para a não contratação como o próprio julgado menciona, não estando o empregador amparado pelo exercício regular de direito.

EMENTA DISCRIMINAÇÃO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. O Princípio da boa-fé objetiva, consagrado no código civil, deve ser observado em todas as fases contratuais, inclusive na fase pré-contratual. Demonstrado nos autos que o reclamante deixou de ser contratado por motivo discriminatório, tem-se configurada a violação da norma constitucional (art. 5º, caput, art. 7º, XXX, XXXI XXXII e XXXIV), sendo, pois, devida a indenização por danos morais. Recurso Ordinário conhecido e parcialmente provido<sup>67</sup>.

O caso demonstra claramente que o reclamante sofreu uma discriminação, situação proibida pela Constituição Federal que proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 5º, caput e art. 7º, XXX e XXXI, XXXIII, XXXIV), objetivando uma dignidade do trabalhador (art. 1º, III).

A discriminação pode ser classificada como direta, quando o tratamento desigual, funda-se em critérios proibidos, como no caso em análise. E a discriminação indireta que diz respeito a situações, regulamentos ou práticas aparentemente neutras, mas que criam desigualdade em relação a outras pessoas, com o objetivo de proteger o indivíduo ou grupo. São exemplos: a licença a maternidade por 120 dias, os adicionais por tempo de serviço, dentre outros.

Dentre os poderes diretivos do empregador, há os de dirigir, orientar e fiscalizar a prestação do serviço. Esta faculdade lhe dá o direito de escolher profissionais que se

---

<sup>67</sup> Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário nº 00693-2008-012-16-00-9, Tribunal Regional do Trabalho Décima Sexta Região. Des (A). Prolator (A) Do Acórdão: Américo Bedê Freiredata De Julgamento: 03/11/2009 - Publicado em 19 de Novembro de 2009

enquadrem no perfil da atividade econômica desenvolvida pela empresa, contratar ou não o empregado. O legislador infraconstitucional, positivou o dever de não discriminar os trabalhadores no momento da execução e da admissão por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. Todavia, a empresa ré, neste caso, teve uma conduta discriminatória quando não contratou o empregado depois que investigou o número de filhos que o obreiro possuía. A partir do momento que o empregador deixou de contratar, motivado por critério discriminatório, caracteriza-se exercício abusivo do direito (art. 187, do Código Civil) <sup>68</sup>, vedado pelo ordenamento jurídico.

Mais uma vez o magistrado consagrou a presença da boa-fé nas relações pré-contratuais:

Mister observar que o Novo Código Civil, art. 113, 187 e 422, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado em todas as fases do contrato, inclusive a pré-contratual, eis que de tal princípio advêm os deveres anexos às obrigações principais, entre eles, o de informação, pelo qual um contratante deve informar o outro sobre todas as circunstâncias fundamentais do contrato.

O fundamento do dever de informação, é que uma das partes está em desigualdade nas tratativas, e por isso, a informação deve ser objetiva, tendo por fim, esclarecer o objeto do contrato e suas cláusulas.

A segunda jurisprudência, é um caso envolvendo um candidato concorrendo a vaga de deficiente físico, no qual, teve sua investidura no cargo obstruída pelo órgão responsável, através de cobrança de requisitos além do exigido pelo edital do concurso.

Tais exigências foram caracterizadas pela cobrança de exames neurológicos, atribuído apenas ao candidato, como uma forma de discriminação por causa de sua deficiência.

Segue mencionado abaixo o breve relatório do caso, juntamente o foco basilar do julgador para a resolução do caso:

Cuida-se de ação que versa sobre pedido de indenização por danos morais e materiais decorrentes de resistência à posse e exercício em emprego público, vaga reservada a deficiente físico, sob alegação de incompatibilidade entre as funções a

---

<sup>68</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

serem exercidas e a deficiência apresentada pelo candidato aprovado e classificado no concurso público. Compulsando os autos verifico que a peça inaugural narra a "odisséia" do autor na tentativa de tomar posse e entrar em exercício na empresa demandada, fatos corroborados na contestação. Os motivos alegados pela empresa demandada para impedir o ingresso autor no seu quadro de funcionários não têm fundamento e nem embasamento legal. Da análise dos autos, entendo que houve um equívoco que deu origem a toda a questão discutida nessa lide. Tal equívoco ocorreu pela falta de cuidado da demandada quando da elaboração do edital e a previsão da existência de vaga para deficiente físico em função que, segundo afirma, é incompatível com a deficiência apresentada. Se o exercício da função não comporta a atuação de candidato com deficiência, a vaga não deveria ter sido oferecida. O autor afirma que, aprovado no exame de conhecimentos e nos exames médicos, foi submetido a um exame neurológico não previsto no edital e não solicitado a nenhum dos outros candidatos. Entendo que a realização de tal exame teve a finalidade de provocar a eliminação do candidato/autor do certame<sup>69</sup>.

O órgão demandado, neste caso, utilizou-se de um poder diretivo em excesso, quando exigiu determinado exame do candidato, sabendo que este não corresponderia aos pressupostos necessários para um bom resultado, isto ainda, numa relação configurada pré-contratual, no qual o candidato já havia apresentado todos os requisitos para a investidura do cargo. Fica claro que, o órgão cometeu um erro na elaboração do edital, todavia, não admitiu, preferindo utilizar-se de meios impositivos na tentativa de excluir determinado candidato, que já tinha uma expectativa de direito certa, em vias de aguardar a sua nomeação.

Há responsabilidade civil pré-contratual no caso analisado, pois uma expectativa real surge no momento da aprovação do concurso, e acaba sendo malograda por condutas abusivas do órgão demandado.

O caso narrado não foi concluído no primeiro grau de jurisdição, sendo levada a Corte superior para julgamento. Abaixo segue trecho da ementa do julgado do recurso de apelação:

EMENTA - CONCURSO PÚBLICO. DEFICIÊNCIA FÍSICA DE CANDIDATO. COMPATIBILIDADE COM O DESEMPENHO DAS FUNÇÕES ATINENTES AO CARGO. PLEITO INDENIZATÓRIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. REDUÇÃO DO VALOR FIXADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. CABIMENTO. DANOS MATERIAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. SIMPLES DECLARAÇÃO. SUFICIÊNCIA. 1 - Não obstante a EC nº 45 atribuir à Justiça do Trabalho competência ampliada para processar e julgar toda e qualquer ação atinente à relação de trabalho, tal não é a hipótese dos autos, consubstanciada em pedido indenizatório por danos causados anteriormente ao implemento da relação trabalhista, recaindo, portanto, a

---

<sup>69</sup> Sentença nº 001.2004.005082-4, Vigésima Quarta Vara Cível da Capital, Tribunal de Justiça de Pernambuco, Juiz Gabriel de Oliveira Cavalcanti Filho, Julgado em 19 de Junho de 2006

competência, na Justiça Comum, devendo ser rejeitada a preliminar de incompetência absoluta deste Tribunal para processar e julgar o feito<sup>70</sup>.

Como observado, na decisão do recurso, foi destacado a Emenda Constitucional nº. 45/2004 por alterar e ampliar a competência no tratante, as relações em fase pré-contratual. Tal Emenda destaca que, as relações pré-contratuais apresentam uma natureza *sui generis*, ou seja, não se pode enquadrá-la apenas como competência da Justiça Comum, pois, de outro modo estaria configurada uma relação contratual típica, mas também, não se pode abandonar seu caráter de tutela de direitos pretendidos, tão pouco não pode delimitá-la como de competência exclusiva da Justiça Especializada.

Para Amauri Mascaro Nascimento a competência nos tratantes a relação pré-contratual seria um problema, pois:

Em princípio, poder-se-ia negar competência à Justiça do Trabalho para conhecer essas lides (relações pré-contratuais), em especial quando se sustenta que as reparações eventualmente devidas não são de natureza trabalhista, mas fundadas no princípio da reparação dos danos, mediante indenização, do direito civil, pois sem o começo da relação de emprego não há ressarcimentos trabalhistas, não havendo, ainda, incidência das leis trabalhistas, o que apenas ocorre quando o contrato individual de trabalho se dinamiza; silente a lei, seria inviável deslocar para o Judiciário Trabalhista a competência para apreciar indenização de natureza civil em questão. Todavia, a natureza cível das reparações não é obstáculo à atuação da Justiça do Trabalho, porque o direito civil é fonte subsidiária do direito do trabalho e inúmeras são as suas aplicações na relação de emprego<sup>71</sup>.

É importante destacar, que a Emenda supramencionada não retirou a competência destas causas da Justiça Comum, transferindo-as unicamente para a Justiça do Trabalho, mas possibilitou o cidadão a oportunidade de acesso à justiça em ambas às searas, a depender do grau e do direito ferido na relação pré-contratual.

Por fim, vale apresentar a situação em que a reclamante participou de todas as fases do processo seletivo, foi aprovada, e em seguida houve o pedido dos documentos para contratação. Fez-se a abertura da conta salário e o exame admissional. Iniciou-se toda a fase de treinamento. Contudo, por haver uma coincidência de horário no emprego, a reclamante

---

<sup>70</sup> Apelação Cível nº 0153406-1, Segunda Câmara Cível, Relator: Des. Alberto Nogueira Virginio, Revisor: Des. Adalberto de Oliveira Melo, Julgado em 11 de Maio de 2011

<sup>71</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 254-255

formalizou o pedido de demissão para a empresa no qual trabalhava. Faltava apenas a Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) para a contratação da reclamante na empresa reclamada, mas no final a reclamante soube que não seria efetivada pelo cancelamento da vaga na empresa ré.

EMENTA: RECURSOS ORDINÁRIOS. DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE PRÉ CONTRATUAL. - Apontam-se como elementos genéricos da responsabilidade pré-contratual, que estão presentes também em outros tipos de responsabilidade; o consentimento às negociações; o dano patrimonial, a relação de causalidade e a inobservância ao princípio da boa-fé. E como elementos específicos da responsabilidade pré-contratual: a confiança na seriedade das tratativas e a enganosidade da informação. A responsabilidade civil do empregador não está limitada ao período contratual, mas igualmente alcança as fases pré e pós-contratual. O rompimento injustificado das negociações revelam a quebra do princípio da boa-fé objetiva, que deve estar presente, inclusive, nas tratativas contratuais preliminares, em especial quando apresenta documentação, faz exames admissionais, fornece conta bancária e pediu demissão do emprego, sendo em seguida surpreendido com a decisão da reclamada em não admiti-lo. Diante disso, resta configurada a conduta ilícita da reclamada e, conseqüentemente, o alegado dano moral e material. Recurso ordinário conhecido e provido<sup>72</sup>.

A relação empregatícia inicia-se, antes mesmo da CTPS, pois para haver a contratação de um empregado é necessário que o empregador entenda que, aquele é apto e confiável para exercer o cargo disponível, e o trabalhador, deve avaliar se a empresa irá atender as suas expectativas.

No caso analisado pela turma, observa-se que, não se tratou de mera possibilidade de preenchimento de vaga, mas de efetiva intenção de contratar, já que quase toda documentação estava com a empresa empregadora, houve a abertura da conta salário, fez-se exame admissional e treinamento. Ou seja, conversas prévias, estudos sobre o interesse das partes, entrega de documentos, todos esses elementos são formadores das negociações preliminares. Não se sucedendo, aquilo que a reclamante esperava por mero capricho da demandada, que nenhum motivo aparente de não contratar demonstrou no juízo. Configurando por isso, a responsabilidade civil pré-contratual tendo a empresa ré que indenizar moral e materialmente a demandante.

---

<sup>72</sup> Recurso Ordinário n ° 00006417220115020017, Relator Benedito Valentini, Segunda Turma, Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região, Julgado em 19 de Janeiro de 2012

Do julgado ainda, se destaca que, a boa-fé relacionada a responsabilidade pré-contratual na decisão é a boa-fé objetiva, e que deve se fazer presente desde o início das tratativas, estando ligada ao comportamento da partes. Como se destaca:

Impõe-se ao autor do dano ocasionado a outrem a necessidade de repará-lo, mesmo antes da celebração do contrato, ou seja, na fase das negociações dos atos reparatórios. Esse dever de ressarcimento do dano acarreta a responsabilidade civil pré contratual, advinda da culpa *in contrahendo*. Essa responsabilidade se verifica quando uma das partes viola o dever de boa-fé na fase das negociações que antecedem o contrato, e lesa, com esse comportamento, a outra pessoa. A boa-fé, a que nos referimos, é vista aqui sob o prisma objetivo, alusiva ao dever recíproco de se comportar com lealdade; é assegurada desde as fases preparatórias do contrato. Não guarda relação com o estado de espírito dos envolvidos, dispensando-se a intenção de prejudicar, a má-fé.

Os elementos formadores da responsabilidade civil pré-contratual seriam, de acordo com o julgado: o consentimento que poderá ser expresso ou tácito da futura negociação, sendo um elemento imprescindível; o dano patrimonial e/ou moral, que seria um prejuízo presente em todo o tipo de responsabilidade civil; o nexos de causalidade ligando o comportamento das partes de realizar um futuro contrato e o dano pela frustração do vínculo; e a boa-fé.

A boa-fé é bastante destacada no julgado, sendo fruto da serenidade nas negociações preliminares, gerada pela confiança entre as partes, autorizando a responsabilidade pré-contratual da empresa ré, que teve o comportamento injustificado, pois desistiu da concretização do negócio quando já havia gerado uma convicção razoável no cumprimento do negócio.

Conforme o tratado, no segundo capítulo deste trabalho acadêmico, uma das funções da boa-fé, é ser controladora e restritiva, vedando-se o *veneri contra factum proprium*, não se precisa de muito esforço para perceber que, a atitude da empresa ré foi totalmente diferente de seu comportamento inicial, criando-se uma falsa expectativa.

A boa-fé gera uma confiança e para o magistrado:

O momento em que a confiança surge poderá ser determinado pela formulação concreta do convite feito por um profissional a um destinatário único e determinado. Nesse caso, a confiança do destinatário na realização do contrato é muito maior do que ocasionaria um anúncio dirigido a várias pessoas. A respeitabilidade da pessoa que desencadeia as negociações também deverá ser avaliada; ela poderá advir de

razões objetivas ou de relações contratuais anteriores. Importante é que o comportamento crie para a contraparte a razoável convicção de que o contrato seria celebrado.

A falta de comunicação de algum risco para a não celebração do contrato, deve ser avisada a contraparte imediatamente, pois se não, haverá uma conduta maliciosa da outra parte, que já sabia do insucesso da futura relação. A empresa demandada tem a obrigação de informar os motivos da não contratação, imediatamente quando se teve ciência de que não iria contratar se não houverá a quebra dos deveres anexos da função integrativa da boa-fé.

O julgado é um caso típico da teoria da perda de uma chance, no qual, há uma dificuldade em se achar o dano certo e determinado, conseguindo-se visualizar apenas o prejuízo da vítima decorrente da legítima expectativa, em se ter um benefício ou evitar um prejuízo. Esse tipo de situação, inviabiliza qualquer tipo de ressarcimento, porque um dos elementos formadores da responsabilidade civil, o dano, não se mostra tão claro.

Sergio Cavalieri Filho afirma que a teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) teve sua origem na década de 60 do século passado com a doutrina francesa, ela é utilizada nos casos em que o ato ilícito, tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor. Caracterizando-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a possibilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima<sup>73</sup>.

Para Peteffi da Silva, a perda de chance encontra seu limite no caráter de certeza que deve apresentar o dano reparável, e atua quando a vítima não tem como provar o nexo causal entre a conduta do agente e a perda definitiva da vantagem esperada<sup>74</sup>.

A expressão chance deve ser entendida em seu sentido jurídico como a perda de uma oportunidade, por consequência sendo a probabilidade real de alguém obter lucro ou evitar um prejuízo. Observa-se que, a indenização não é o valor patrimonial total da chance, mas a possibilidade de obtenção do resultado esperado. Está se analisando a perda da oportunidade de se conquistar aquela vantagem ou evitar um prejuízo, e não o ressarcimento pela vantagem perdida.

Na doutrina italiana a chance é um dos critérios de imputabilidade da responsabilidade civil considerando uma lesão a uma legítima expectativa suscetível de ser

---

<sup>73</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. Cit. p.77

<sup>74</sup> SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance. Análise Comparativa*. São Paulo, Atlas, 2007, p. 168-169

indenizada, da mesma forma que um interesse legítimo ou qualquer outro direito subjetivo tutelado pelo ordenamento<sup>75</sup>.

Pelas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), percebe-se que existe um entendimento que a teoria da perda de uma chance é uma peculiaridade em relação às outras hipóteses de perdas e danos, pois não se trata de prejuízo direto à vítima, mas de uma probabilidade. Não é rara a dificuldade de se distinguir o dano meramente hipotético da chance real de dano. A adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o 'improvável' do 'quase certo', bem como a 'probabilidade de perda' da 'chance de lucro', para atribuir a tais fatos as consequências adequadas.

Não se vai ressarcir uma expectativa incerta, e pouco provável de que o fato danoso acontecerá, é imprescindível que a chance seja real, objetiva e séria, excluindo com isso as meras expectativas e possibilidades hipotéticas de que o dano acontecerá. A chance a ser indenizada corresponde há um fato que virá a acontecer, mas cuja concretização acabou frustrada em decorrência do fato danoso. Os doutrinadores franceses criadores da teoria da "perte d'une chance" afirmam que a teoria é fundamentada na probabilidade e na certeza, ou seja, na possibilidade de que haveria um ganho e na certeza de que a vantagem perdida resultou num prejuízo<sup>76</sup>.

Vale ressaltar que não existe nenhuma norma tipificada expressamente em nosso ordenamento jurídico fazendo referência a teoria em análise. Contudo, a doutrina clássica admite a teoria extraída da interpretação do artigo 403 do Código Civil de 2002<sup>77</sup>. Coloca-se em evidência ainda, que a Constituição Federal Brasileira tem como dogma basilar a proteção integral dos danos, sendo um mandamento constitucional tipificado no artigo 5º, incisos V e X, demonstrando a busca incessante do legislador da reparação dos danos, como dogma constitucional, abarcando as hipóteses das chances perdidas<sup>78</sup>.

No supramencionado julgado aqui analisado, a reclamante teve danos concretos, qual seja, o pedido de demissão do emprego, havendo um dano material pela perda de uma chance que foi frustrada pela falta de boa-fé da empresa ré. Na situação não temos uma

---

<sup>75</sup> COELHO, Luciano Augusto de Toledo Op. Cit. p. 108

<sup>76</sup> YOSHIKAWA, Daniella Parra Pedroso. *Teoria da perda de uma chance exige uma chance real, séria e objetiva*. Informativo nº 0398 do Supremo Tribunal Federal, Período: 8 a 12 de junho de 2009.

[http://www.lfg.com.br/artigo/20090623121958415\\_direito-civil\\_-teoria-da-perda-de-uma-chance-exige-uma-chance-real-seria-e-objetiva-info-398.html](http://www.lfg.com.br/artigo/20090623121958415_direito-civil_-teoria-da-perda-de-uma-chance-exige-uma-chance-real-seria-e-objetiva-info-398.html). Acesso em 02 de Maio de 2012

<sup>77</sup> Art. 402. 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 direta e imediato, sem prejuízo do dispositivo na lei processual.

<sup>78</sup> BIONDI, Eduardo Abreu. *Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil*.

<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3988/Teoria-da-perda-de-uma-chance-na-responsabilidade-civil>. Acesso em 02 de Maio de 2012

expectativa de contratação, mas atitude negocial e objetiva da empresa em contratá-la, ou seja, uma chance real, séria e objetiva de contratação que não foi concretizada pela conduta ilícita do empregador, que rompeu as tratativas injustificadamente. Embora não haja certeza da contratação, há um grau de possibilidade de efetivação oferecida pela empresa ré.

Nas três jurisprudências analisadas a responsabilidade pré-contratual se mostrou presente incidindo a indenização por danos morais e materiais como sanção, por não ter se respeitado nas negociações preliminares a confiança e a boa-fé objetiva depositada.

## CONCLUSÃO

Uma vez presente, uma conduta ilícita, em regra, desencadeia dano a contraparte, surgindo a responsabilidade civil e, por conseguinte o dever de indenizar. Em razão disso, o empregador tem o dever jurídico em suas tratativas iniciais de agir com honestidade, probidade, lealdade, não só tendo a obrigação de reparar o dano quando houver um vínculo contratual. Uma vez criada falsa expectativa de contratação, a contraparte acaba despendendo dinheiro, para chegar ao local, se apresentar com trajes adequados. Não sabendo que a validade do negócio jurídico futuro será anulada pelo simples exercício abusivo do poder diretivo.

Para caracterizar a responsabilidade civil é necessário, em regra, a conduta humana, o nexo causal e o dano.

Uma breve explanação foi feita sobre a responsabilidade contratual e extracontratual. Em suma haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado estiver presente em um contrato. Por seu turno, a responsabilidade será extracontratual quando o dever jurídico estiver previsto em uma lei ou na ordenação jurídica. Não sou adepta a doutrina que entende que a pré-contratualidade seria uma modalidade de responsabilidade civil, para mim, há uma confusão no tratante a natureza jurídica da relação. Defendo a teoria dualista da responsabilidade civil, pois a responsabilidade em regra seria contratual ou extracontratual levando-se em consideração a norma jurídica violada pelo agente.

A relação pré-contratual está inserida na responsabilidade contratual, pois há deveres jurídicos que deverão ser levados em conta nas negociações preliminares, baseado na boa-fé e na confiança. A natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual é contratual, porque o objetivo final do negócio inicial é realizar o contrato. O ser humano sempre tem comportamentos direcionados a atingir fins determinados, nenhuma pessoa faz entrevista, analisa documentos com o objetivo de não se vincular com a contraparte. O empregador tem o poder diretivo de escolher profissionais que se enquadrem no perfil da atividade econômica desenvolvida pela empresa, contratar ou não o empregado. Todavia, não pode ir além deste poder lhe concedido, se não, haverá a caracterização do exercício abusivo do direito.

A responsabilidade pré-contratual poderá ser objetiva ou subjetiva, dependendo em um desses dois casos da demonstração da culpa ou não do empregador.

Como foi destacado, a fase contratual primordial para o trabalho acadêmico é a segunda, ou seja, a negociação preliminar que vai ser caracterizada pelas conversas iniciais, apresentação de documentos e certidões, sendo compreendido como os primeiros contatos

imprescindíveis para o futuro negócio jurídico contratual. Nesta fase é preciso que se respeitem os deveres jurídicos decorrentes da boa-fé objetiva, pois se não houver motivo justo e lícito para não contratação, não se terá um exercício regular de direito, gerando dano para o empregado e conseqüentemente a responsabilidade pré-contratual será configurada.

As três funções da boa-fé objetiva são importantíssimas em uma relação pré-contratual. A função interpretativa coloca em evidência a necessidade dos acordos e manifestações das tratativas terem por base a lealdade, a probidade e a honestidade. A segunda função que é a integrativa, implica na incidência dos deveres anexos presentes em todas as fases contratuais. Esses são deveres básicos que devem se fazer presentes em uma relação jurídica, como o dever de informação, respeito, lealdade, etc. Só com a análise do caso concreto o julgador pode dizer quais os deveres anexos que deveriam se fazer presente. E por último, a função controladora, objetivando impor limites na atuação das partes. Proibindo os excessos e abusos tão frequentes nas relações jurídicas. Uma vez comprovada a atuação abusiva, as partes terão a invalidade do ato e indenização reparando os prejuízos.

A teoria da vedação da *veneri contra factum proprium* é colocada em destaque, uma vez que nas relações pré-contratuais se gera uma expectativa, e o comportamento inicial do empregador acaba sendo contrário ao posterior, que gerou a vinculação pessoal. Contudo, não é qualquer expectativa que gera indenização, mas a relação que tenha por base a confiança na informação trocada e na expectativa depositada.

As três jurisprudências foram imprescindíveis para demonstrar a presença da responsabilidade civil do empregador na relação pré-contratual nos Tribunais brasileiros. A dignidade do trabalho é fruto da dignidade da pessoa humana. É o trabalho que garante por consequência uma existência digna ao cidadão. Não obstante não é exagero em se afirmar que diversos cidadãos são excluídos do mercado de trabalho por fatores absolutamente ilegítimos como foi demonstrado com a análise jurisprudencial.

## REFERÊNCIAS

AMARO, Elisabete Aloia. **Responsabilidade civil por ofensa aos direitos da personalidade. Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo de Camargo Viana**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum**. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, 1996.

BIONDI, Eduardo Abreu. **Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil**. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3988/Teoria-da-perda-de-uma-chance-na-responsabilidade-civil>>. Acesso em 02 de Maio de 2012

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

\_\_\_\_\_. Código Civil. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Senado, 2002.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Civil. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Brasília: Senado, 1973.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

\_\_\_\_\_. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Brasília: Senado, 1990.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Processo Civil. Discriminação. Concurso Público. Deficiência física de candidato. Compatibilidade com o Desempenho das Funções atinentes ao Cargo. Pleito Indenizatório. Competência da Justiça Estadual. Redução do Valor Fixado a título de Danos Morais. Cabimento. Danos Materiais. Não Configuração. Gratuidade de Justiça. Simples Declaração. Suficiência. Apelação Cível nº 0153406-1, da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Pernambuco. Disponível em <<http://www.tjpe.jus.br/processos/consulta1grau/oleBuscaProcessosNumero.asp?modalidade=7&nume2=0005082&dv2=25&ano2=2004&j=8&TR=17&cm2=0001&txtCodigoSeguranca=97178>>. Acesso em 24 de Março de 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região. Processo Trabalhista. Danos Morais e Materiais. Responsabilidade Pré Contratual. Recurso Ordinário n. 00006417220115020017, da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda

Região. São Paulo. Disponível em <http://trtcons.trtsp.jus.br/dwp/segundaInstancia>. Acesso em 24 de Março de 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da Decima Sexta Região. Processo Trabalhista. Discriminação. Fase Pré-Contratual. Princípio da Boa-Fé Objetiva. Danos Morais. Indenização. Recurso Ordinário n. 00693-2008-012-16-00-9, da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Decima Sexta Região. Maranhão. Disponível em <[http://www.trt16.jus.br/negocio/processos.php?instancia=2&pesquisar=1&lista\\_andamentos=1&seq\\_processo=74258](http://www.trt16.jus.br/negocio/processos.php?instancia=2&pesquisar=1&lista_andamentos=1&seq_processo=74258)>. Acesso em 25 de Março de 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Luciano. **A proibição de comportamento contraditório: tutela de confiança e venire contra factum proprium**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade civil**. 11. ed. Revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA, Rodolfo Filho, **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

GOMES, Daniela Vasconcelos. **Os princípios da boa-fé e da função social do contrato e a Teoria contratual contemporânea**. São Paulo: Revista de Direito Privado, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

GURGEL, Fernando Pessanha do Amaral. **Direito de família e princípio da boa-fé objetiva**. Curitiba: Juruá, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Deveres gerais de conduta nas obrigações civis**. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/6903/deveres-gerais-de-conduta-nas-obrigacoescivis#ixzz1s3qAuefe>>. Acesso em 14 de Abril de 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado e legislação extravagante**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Figuras Parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium**. Disponível em <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=4>>. Acessado em 14 de Agosto de 2010.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas**. Curitiba: Juruá, 2002.

REALE, Miguel. **A Boa-fé no Código Civil**. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>. Acesso em 24 de Março de 2012

SANTOS, Paula Ferraresi. **Responsabilidade civil e a teoria da confiança: análise da responsabilidade pré-contratual e o dever de informação**. Revista de Direito Privado. São Paulo, Janeiro - Março 2012.

SARAIVA, Renato. **Direito do trabalho para concurso público**. São Paulo: Editora Método, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela de confiança e venire contra factum proprium**. 2. ed., ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SERPA, Lopes. **O silêncio como manifestação de vontade nas obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro, 1944.

SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. Análise Comparativa. São Paulo, Atlas, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 4. ed. rev. e atual. Rio De Janeiro: Forense- São Paulo: Método, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil – Teoria geral das obrigações e dos contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

YOSHIKAWA, Daniella Parra Pedroso. **Teoria da perda de uma chance exige uma chance real, séria e objetiva**. Informativo nº 0398 do Supremo Tribunal Federal, Período: 8 a 12 de junho de 2009. Disponível em [http://www.lfg.com.br/artigo/20090623121958415\\_direito-civil-\\_teoria-da-perda-de-uma-chance-exige-uma-chance-real-seria-e-objetiva-info-398.html](http://www.lfg.com.br/artigo/20090623121958415_direito-civil-_teoria-da-perda-de-uma-chance-exige-uma-chance-real-seria-e-objetiva-info-398.html). Acesso em 02 de Maio de 2012.