

Juliana Ramalho Lousas Cesarini

Responsabilidades nas relações pré-contratuais de trabalho

Dissertação de Mestrado

**Orientadores: Professor Titular Doutor Amauri Mascaro Nascimento e Professor
Associado Enoque Ribeiro dos Santos**

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

**São Paulo
2014**

Juliana Ramalho Lousas Cesarini

Responsabilidades nas relações pré-contratuais de trabalho

Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre na área de concentração: Direito do Trabalho e Seguridade Social.

Orientadores: Professor Titular Doutor Amauri Mascaro Nascimento e Professor Associado Enoque Ribeiro dos Santos

“Versão corrigida em 15.07.2014. A versão original, em formato eletrônico (PDF) encontra-se disponível na CPG da Unidade.”

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo
2014

Nome: CESARINI, Juliana Ramalho Lousas.

Título: Responsabilidades nas relações pré-contratuais de trabalho.

Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre na área de concentração: Direito do Trabalho e Seguridade Social.

Aprovado em: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

A Deus, por ouvir minhas preces.

Aos meus queridos pais, José Francisco e
Thelma, por tudo e apenas tudo.

Ao meu amado marido, Allan, pelo apoio
incondicional, amor, respeito, compreensão e
amizade.

Ao meu irmão e parceiro, Rafael, pela
presença nas horas e momentos certos.

AGRADECIMENTOS

Aos Professores Amauri Mascaro Nascimento e Enoque Ribeiro dos Santos, meus orientadores, sempre dispostos a sanar dúvidas e nortear as pesquisas.

Ao Professor Homero Batista Mateus da Silva, pelos ensinamentos e amor à docência.

Às funcionárias da biblioteca da Faculdade de Direito, Heloísa e Jéssica, sempre dispostas a ajudar.

À minha colega e depois amiga Taissa Almeida, pelo companheirismo na longa jornada.

A todos os meus amigos e familiares, por compreenderem minha ausência e me apoiarem na conclusão deste trabalho.

Muito obrigada!

RESUMO

CESARINI, Juliana Ramalho Lousas. **Responsabilidades nas relações pré-contratuais de trabalho**. 2014. 172 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

A presente dissertação tem como objetivo a análise da responsabilidade civil pré-contratual no âmbito do Direito do Trabalho. Para tanto, inicialmente buscamos a conceituação dos institutos necessários para a construção do conteúdo estudado. Após, trouxemos os conceitos e princípios que norteiam os contratos civis para as relações de trabalho. Ainda que o Direito do Trabalho seja norteado por princípios específicos, os princípios de Direito Civil foram utilizados e transpostos de forma mitigada para o Direito Laboral. Tratamos de realizar a diferenciação entre o pré-contrato e as negociações preliminares, uma vez que esse estudo é fundamental para que se identifique o momento em que o pré-contrato de trabalho tem início, a fim de se estabelecerem parâmetros e limites para a apuração de responsabilidade civil. Sedimentados os conceitos basilares sobre pré-contrato e responsabilidade civil, tratamos dos efeitos desta última no momento em que se celebra o pré-contrato de trabalho. Importante, também, a análise das situações que permeiam a celebração do pré-contrato do trabalho, tais quais as entrevistas e testes seletivos, anúncios de emprego e suas consequências para a formação do contrato de trabalho. Analisamos a responsabilidade civil que pode ser atribuída não só ao contratante, de forma direta, mas, também, aos terceiros que participam da relação jurídica pré-contratual. Após a análise das situações que ensejam a reparação civil, estudamos as modalidades de responsabilidade civil. Ao final, concluímos que, para fins de apuração de responsabilidade civil pré-contratual, é necessário delimitar o momento da ocorrência do dano e o agente causador, a fim de que se repare o dano causado.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Pré-contrato. Negociações preliminares.

ABSTRACT

CESARINI, Juliana Ramalho Lousas. **Liabilities in pre-contractual employment relations**. 2014. 172 f. Dissertation (Master) – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2014.

This dissertation aims at analyzing the pre-contractual civil liability under the Labor Law. For this purpose, we initially seek to conceptualize the necessary institutions for the construction of the studied content. Then, we transported the concepts and principles that guide civil contracts to labor relations. Even though Labor Law is guided by specific principles, the principles of Civil Law were used and transposed in moderate terms into Labor Law. We tried to make the differentiation between pre-contract and preliminary negotiations, since this study is crucial to identify the moment when the employment pre-contract begins in order to establish parameters and limits for the determination of civil liability. After establishing the stone concepts of pre-contract and liability, we dealt with the effects of the latter at the moment when a labor pre-contract is executed. It is also important to analyze the situations that permeate the execution of the labor pre-contract, such as interviews and selective tests, job advertisements and their consequences for the formation of the employment contract. We analyzed the civil liability that can be directly attributed not only to the contracting party, but also to third parties that take part in the pre-contractual legal relationship. After analyzing the situations that cause civil remedy claims, we studied the modalities of civil liability. At the end, we conclude that, for purposes of determining pre-contractual civil liability, it is necessary to delimit the moment when the damage occurs and the agent who caused it in order to repair that damage.

Keywords: Civil liability. Pre-contract. Preliminary negotiations.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DO PRÉ-CONTRATO	12
1.1 Conceito	12
1.2 Natureza jurídica e características	18
1.3 Distinções entre pré-contrato e negociações preliminares.....	30
2 DO PRÉ-CONTRATO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E EMPREGO.....	37
2.1 Esclarecimentos preliminares	37
2.2 Dos limites da autonomia da vontade	39
2.3 Da não discriminação.....	56
2.3.1 Sobre os processos seletivos	64
2.3.2 Anúncios de emprego	75
2.4 Exame admissional	77
3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AGENTES DE INTERMEDIÇÃO.....	81
3.1 Considerações gerais.....	81
3.2 Sobre a intermediação de mão de obra e o trabalho temporário.....	81
3.3 Dos terceiros agenciadores de mão de obra rural	89
3.4 Sobre os agentes de integração de estágio	95
4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS DE TRABALHO.....	100
4.1 Conceito e natureza jurídica da responsabilidade civil pré-contratual	100
4.2 Extensão da tutela reparatória.....	110
4.2.1 Danos materiais: lucros cessantes e danos emergentes	111
4.2.2 Danos morais	114
4.2.3 Indenização pela perda de uma chance.....	118
CONCLUSÕES	125
REFERÊNCIAS.....	129
ANEXOS	150
Anexo 1 - Convenção n. 111 sobre a Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão	151
Anexo 2 - Prohibited Employment Policies/Practices	154
Anexo 3 - Projeto de Lei	159
Anexo 4 - Lei n. 12.562, de 8 de janeiro de 1998.....	165
Anexo 5 - Acórdão perda de chance	166

INTRODUÇÃO

A principal justificativa para a escolha do tema recaiu na necessidade de se estabelecerem parâmetros para a tutela do trabalhador no momento de sua maior vulnerabilidade, qual seja, o da busca pelo emprego.

Preliminarmente, se faz necessário salientar que não é escopo deste trabalho realizar um estudo detalhado e aprofundado sobre os conceitos e doutrinas característicos do Direito Civil quanto à responsabilidade pré-contratual.

A abordagem deste assunto na seara do Direito Civil é relevante a fim de que sejam delineados conceitos e que se estabeleçam limites quanto à aplicação e fundamento da responsabilidade existente por força de uma relação de natureza eminentemente pré-contratual e fazer sua transposição para o Direito do Trabalho.

O capítulo primeiro tem como objetivo trazer à tona tais conceitos e os efeitos jurídicos que advêm destes contratos.

O instante em que têm início as negociações preliminares do futuro contrato de trabalho e o momento em que o contrato definitivo tem sua origem são separados por uma linha muito tênue em relação à qual, muitas vezes, somente é possível fazer sua correta e precisa distinção após a análise de todos os elementos que envolvem a relação jurídica a ser estabelecida.

A questão se torna tormentosa ao ser realizada a determinação dos conceitos atinentes ao pré-contrato de trabalho e às negociações preliminares, bem como a definição do momento em que é possível aplicar os institutos relativos à responsabilidade civil pré-contratual.

No segundo capítulo os conceitos abordados do capítulo proemial serão analisados através da ótica trabalhista.

No Direito Civil, a questão sobre a responsabilidade civil pré-contratual, embora

seja pouco explorada, possui estudos sólidos e reconhecidamente sérios sobre sua conceituação, natureza jurídica e aplicabilidade.

Na seara juslaboralista, o estudo sobre o assunto ainda é incipiente, em razão de que os conceitos e princípios que envolvem as relações pré-contratuais não podem ser aplicados irrestritamente nas relações de trabalho devido à existência dos princípios específicos que norteiam as relações de trabalho.

A situação de extrema vulnerabilidade a que o trabalhador, no mais das vezes, se sujeita no momento em que se candidata a uma vaga de emprego, aliado ao interesse do empregador em tomar proveito da hipossuficiência do candidato, com a finalidade de poder contratá-lo ao menor custo possível, merece atenção de nosso ordenamento jurídico trabalhista.

No instante em que o trabalhador se propõe a participar de um processo seletivo, de uma entrevista de emprego, ou recebe a promessa de um trabalho, podem ser praticadas atitudes danosas ao seu direito da personalidade — as quais devem ser ressarcidas.

Em que pese a existência indiscutível do poder diretivo do empregador, devem ser analisados, de maneira objetiva, os limites ao direito de contratar, a fim de se evitarem os abusos de direito que efetivamente ocorrem nos intermináveis processos seletivos, entrevistas de emprego invasivas e/ou com conteúdo discriminatório.

No capítulo terceiro, será analisada a responsabilidade civil advinda da participação de terceiros na relação jurídica pré-contratual.

As tratativas preliminares sobre a vaga de emprego podem ser realizadas tanto pelo próprio empregador quanto por agentes intervenientes — como, por exemplo, as agências de recrutamento ou de locação de mão de obra.

Em todas essas relações pré-contratuais há a possibilidade da ocorrência de danos, os quais, se efetivados, devem ser reparados.

Para tanto, nas relações triangulares é fundamental que se identifique o causador do

dano e sua posição na relação pré-contratual, a fim de que seja atribuída a responsabilidade ao efetivo originador do prejuízo ao trabalhador.

No capítulo quarto, será estudada a possibilidade da reparação civil referente aos danos ocorridos durante a relação pré-contratual, o que se sustenta com fundamento na reparação integral dos danos nos termos do artigo 944 do Código Civil.

Em face da ausência de legislação trabalhista específica sobre a responsabilidade civil nos pré-contratos de trabalho, o estudo da possibilidade de reparação dos danos havidos neste momento contratual terá como fundamento os instrumentos providos através do Código Civil, como fonte formal subsidiária, nos termos do quanto disposto no artigo 8º da CLT.

Pretende este trabalho, ao seu fim, lançar um novo alcance do olhar protetivo do Direito do Trabalho, a fim de tutelar integralmente o trabalhador em seu ambiente de trabalho, em especial no momento da formação contratual, reservando especial atenção aos seus direitos fundamentais e sociais, respeitando os imperativos do valor social do trabalho e da dignidade humana.

Quanto à metodologia, foram utilizados os métodos dialético, comparativo, histórico e indutivo.

O primeiro foi utilizado para exame das posições doutrinárias e jurisprudenciais antagônicas a respeito dos problemas apresentados.

Os métodos histórico e comparativo foram utilizados com a finalidade de verificar a evolução do instituto do contrato preliminar nos ordenamentos jurídicos estrangeiros e sua aplicabilidade no Direito brasileiro.

O método indutivo foi utilizado precipuamente a fim de se identificarem as situações em que ocorre o contrato preliminar.

No que tange à jurisprudência estudada, foi utilizado o método qualitativo.

As decisões selecionadas transmitem o entendimento exarado pelos Tribunais do Trabalho quanto à responsabilidade civil pré-contratual.

1 DO PRÉ-CONTRATO

1.1 Conceito

Inicialmente se faz necessário esclarecer que não é escopo deste trabalho realizar um estudo completo sobre o instituto do pré-contrato no Direito Civil, tampouco compilar todos os conceitos jurídicos sobre o assunto, mas, sim, trazer de maneira perfunctória conceitos necessários para a melhor compreensão do tema concernente à formação da relação de trabalho ou, de forma mais estreita, do contrato de trabalho.

O assunto foi objeto de estudo dos doutrinadores civilistas durante longas décadas e, apenas recentemente, tem sido alvo de estudos profundos na seara trabalhista, razão pela qual serão trazidos os ensinamentos desenvolvidos naquela área para em seguida analisá-los à luz do Direito do Trabalho.

No Direito Romano clássico, o contrato era tratado como uma categoria geral e abstrata, sendo conhecidos apenas alguns tipos de contrato. Neste período, a obrigação surgia a partir de um elemento objetivo, tal como a entrega de coisa. O elemento subjetivo, ou o acordo de vontades, não gerava obrigações.¹ Na lição de José Carlos Moreira Alves:

Paralelamente com o desenvolvimento da teoria do *contractus* (contrato), que, como já salientamos, pressupõe sempre um acordo de vontades, os juristas clássicos começam a analisar os elementos que constituem os pactos, dando especial atenção ao acordo de vontades que neles se contém. Por isso, ao lado do sentido restrito (que é o primitivo) da palavra *pactum* (acordo de vontades para pôr fim a uma controvérsia, ou para renunciá-la), surge um sentido amplo: qualquer acordo de vontade não formal. Essa a razão por que os jurisconsultos do século III d.C. — como observa Volterra — empregam o termo *pactum* (ou *pactio*) para indicar, genericamente, acordo de vontade (o que, tecnicamente, designavam com o vocábulo *conuentio*). Demais, esses mesmos juristas, aproximando o *pactum* do *contractus*, esclarecem que em ambos há o acordo de vontades, mas que se distinguem porque no *contractus* o acordo de vontade se agrega a um elemento objetivo (causa), gerando, por isso, *obligationes* (obrigações) e sendo sancionado por uma *actio* (ação); ao passo que no *pactum* há apenas o acordo de vontades sem a causa, não decorrendo dele *obligationes* (obrigações) e sendo sancionado por uma *exceptio* (exceção).²

¹ Cf. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 6. ed., São Paulo: Forense, 1997, v. 2. p. 110.

² *Ibidem*, p. 196.

A figura do contrato preliminar existia no Direito Romano, na forma dos pactos, já que o *pactum de contrahendo* compreendia o *pactum de mutuando*, o *pactum de commodando* e o *pactum de emendo*.³

No Direito contemporâneo, Pontes de Miranda leciona sobre o pré-contrato de trabalho:

Contrato preliminar, ou melhor, pré-contrato (*Vorvertrag*, nome proposto por H. Thöl), *pactum de contrahendo*, entende-se o contrato pelo qual uma das partes, ou ambas, ou todas, no caso de pluralidade subjetiva, se obrigam a concluir outro negócio jurídico, dito negócio principal, ou contrato principal. A nossa definição corrige o erro de outras definições, que, aludindo a contrato principal, excluem o contrato preliminar para as declarações unilaterais de vontade. Não é contrato preliminar o que apenas estipula certa forma especial, ou certo estalão de preços, ou qualidades. Mas é contrato preliminar o em que se promete a alguém contratar com terceiro. O que é essencial à noção de pré-contrato é que se obrigue alguém a concluir contrato ou outro negócio jurídico.⁴

No mesmo sentido, Orlando Gomes conceitua o contrato preliminar como sendo a “convenção pela qual as partes criam em favor de uma delas, ou de cada qual, a faculdade de exigir a imediata eficácia de contrato que projetaram”.⁵

Nas lições de Caio Mario da Silva Pereira, o contrato preliminar é “aquele por via do qual ambas as partes ou uma delas se comprometem a celebrar mais tarde outro contrato, que será contrato principal”.⁶ Complementa, ainda, Caio Mário da Silva Pereira, sobre os aspectos do contrato preliminar, no sentido de que:

O contrato preliminar é uma fase particular da formação dos contratos, já que as partes, que querem os efeitos de um negócio definitivo, estipulam, entretanto que certos deles se não produzirão desde logo, pela vontade das mesmas partes; afora isto, é ele um contrato comum. Não há razão para o contrato preliminar, senão como processo preparatório do definitivo. Mas, levando em conta que encerra o consentimento perfeito, e que as vontades das partes se fixam em torno de uma finalidade jurídica, é de reconhecer-lhe autonomia e de precisar que não constitui meramente um tempo na celebração do contrato principal, senão que traz

³ Cf. PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**: v. 3: contratos. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 68.

⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, t. 13, p. 30.

⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 135.

⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições...** Op. cit., p. 69.

o selo de um ato negocial completo.⁷

Tratando o tema de uma forma muito clara e abrangente, Antônio Chaves expõe que:

Muitas vezes, porém, essa fase preliminar manifesta-se de maneira mais clara, a proposta assume coloração mais nítida, e a aceitação tem que exteriorizar-se pela palavra verbal ou escrita antes da conclusão do contrato. E, à medida em que for aumentando a importância da transação, maiores serão, proporcionalmente, as cautelas tomadas. Daí a fase bem nítida das discussões, trocas de idéias, apresentação das condições, redação de rascunhos, fórmulas, etc., implicando muitas vezes em modificações da proposta definitiva.⁸

A razão de ser do pré-contrato é fazer com que as partes entabulem direitos e obrigações previamente e se comprometam a executá-los em um futuro muito próximo. As partes convencionam sobre o cumprimento ou execução do contrato propriamente, o qual não pode ser operado de plano em razão de uma condição suspensiva qualquer.

Tais conceitos esposados pelos doutrinadores pátrios coadunam-se com o lecionado pela doutrinadora portuguesa Ana Maria Correia Rodrigues Prata ao vaticinar que o contrato-promessa é específico no sentido de consubstanciar um acordo para que seja celebrado um outro contrato cujas cláusulas-base estão contidas essencialmente no contrato preliminar.⁹ Ainda, a escritora lusitana diferencia o contrato-promessa do instituto da convenção, bem como aponta as diferenças entre o contrato preliminar e os seguintes institutos jurídicos: pacto de opção, contrato-tipo e pacto de preferência:

Da convenção sobre a forma ele distingue-se pois, porque as partes não se vinculam a adoptar certa forma um negócio que venham futuramente a celebrar ou a reproduzir pela forma convencional um negócio já concluído, sem se obrigar à celebração de qualquer contrato, mas, ao invés, assumem esta última obrigação; relativamente ao contrato-tipo e ao contrato normativo, a distinção reside em que as partes não se vinculam apenas ao conteúdo de um ou vários eventuais futuros contratos, mas obrigam-se especificamente à celebração de um dado negócio; com o pacto de opção não se confunde, já que a formação do ulterior contrato carece de novas declarações de vontade que estruturalmente o constituam; finalmente, quanto ao pacto de preferência, duas são as suas principais características diferenciadoras: a decisão de contratar está

⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições...** Op. cit., p. 70.

⁸ CHAVES, Antonio. **Responsabilidade pré-contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959, p. 56.

⁹ PRATA, Ana Maria Correia Rodrigues. **O contrato-promessa e o seu regime civil**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 17.

vinculativamente assumida por uma ou por ambas as partes, e os termos do contrato a celebrar estão, também, vinculativamente, definidos por elas.¹⁰

Nas palavras de Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano, o contrato preliminar compreende-se como “uma avença através da qual as partes criam em favor de uma ou mais delas a faculdade de exigir o cumprimento de um contrato apenas projetado. Trata-se de um negócio jurídico que tem por objeto a obrigação de fazer um contrato definitivo.”¹¹

A necessidade da realização de um acordo pré-contratual tem por finalidade precípua fixar pontos a serem discutidos futuramente, bem como servir como prova documental acerca do início das negociações, configurando-se assim como uma atividade de caráter informativa e que antecede ao contrato futuro.¹²

Na seara trabalhista, o tema em epígrafe tem sido estudado com seriedade e alguns conceitos se delinearão levando-se em conta as especificidades do Direito do Trabalho.

Guilherme Guimarães Feliciano define contrato preliminar como a “convenção jurídica pela qual as partes convenientes obrigam-se entre si à celebração de certo contrato definitivo”.¹³ Desta forma, o contrato preliminar é um negócio que não se basta em si mesmo, porque faz referência a um contrato futuro em relação ao qual é um ato preparatório e inicial que embasará o contrato definitivo.¹⁴

O pré-contrato também é denominado pela doutrina de “contrato preliminar”, promessa de contrato, compromisso ou contrato preparatório.¹⁵

Em sentido contrário, posiciona-se Alice Monteiro de Barros, em sua obra “Curso de Direito do Trabalho”, em que expõe que as expressões “pré-contrato” e “contrato

¹⁰ PRATA, Ana Maria Correia Rodrigues. **O contrato-promessa...** Op. cit., p. 17-19.

¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil:** v. 4: contratos: t. 1. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 160.

¹² Cf. PRATA, Ana Maria Correia Rodrigues. **O contrato-promessa...** Op. cit., p. 126

¹³ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Do pré-contrato de trabalho:** o contrato preliminar de trabalho no iter da contratação laboral: abordagem comparativa e jusfundamental. São Paulo: LTr, 2010, p. 29.

¹⁴ Ibidem, p. 20.

¹⁵ Cf. GOMES, Orlando. **Contratos.** Op. cit., p. 135. Ver também RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos.** 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 191.

preliminar” não são sinônimas, como entende a doutrina majoritária, mas, sim, tratam-se de institutos diversos e que não podem se confundir.¹⁶ As diferenças que a jurista faz entre os institutos serão objeto de estudo no item 1.3 deste capítulo, em que serão analisados os institutos participantes da fase preliminar ao contrato definitivo.

Tal espécie de contrato não foi disciplinada pelo Código Civil de 1916, embora já existisse estudo doutrinário sobre o assunto, o qual se elevou e passou a ser estudado com mais atenção a partir das promessas de compra e venda, as quais passaram a ser relevantes em razão da valorização dos terrenos para loteamento próximos aos grandes centros urbanos, a fim de se evitar a especulação imobiliária.¹⁷

O Código Civil de 2002 ao tratar desta espécie de contrato, optou por nominá-lo de “contrato preliminar”, o qual se encontra disciplinado entre os artigos 462 a 466.

A legislação brasileira não é pródiga em regular apartadamente os contratos preliminares em espécie. Além do compromisso de compra e venda de imóveis (DL n. 58/37 e arts. 1.417-1.418 do NCC) e das “promessas antenupciais” (art. 1.564, II, do NCC), não há outros que estejam legal e claramente dispostos como tais. Em seara juslaboral, há absoluto silêncio quanto à figura do pré-contrato de trabalho, tanto na Consolidação das Leis do Trabalho — o que talvez se justifique pela sua vetustez (1943) — como na legislação do desporto profissional (Lei n. 6.354, de 2.9.1976, e Lei n 9.615, de 24.3.1998), conquanto bem mais recente.¹⁸

Das lições do professor Enoque Ribeiro dos Santos¹⁹ conclui-se que o artigo 466 do Código Civil²⁰ é plenamente aplicável ao Direito do Trabalho: pelo fato de o contrato preliminar possuir natureza vinculante, o empregado tem aptidão para exigir a constituição do contrato definitivo.

Embora reconhecidos pela legislação civil e aplicados nos termos e com os requisitos da norma adjetiva, tais dispositivos legais são recepcionados pela legislação

¹⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed., São Paulo: LTr, 2012.

¹⁷ Cf. PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições...** Op. cit., p. 73.

¹⁸ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Do pré-contrato...** Op. cit. p. 43.

¹⁹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano moral na dispensa do empregado**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 128.

²⁰ Art. 466 do Código Civil: “Se a promessa do contrato for unilateral, o credor, sob pena de ficar a mesma sem efeito, deverá manifestar-se no prazo nela previsto, ou, inexistindo este, no que lhe for razoavelmente assinado pelo devedor.”

trabalhista nos termos do quanto disposto no parágrafo único do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, os quais devem ser aplicados considerando-se os princípios reconhecidamente como aplicáveis no âmbito da justiça especializada.

Ainda que o contrato de trabalho tenha sua origem no Direito Civil, por força dos princípios basilares e informativos do Direito do Trabalho não há como se aplicar de forma plena as regras do Direito Comum.

Qualquer dos princípios gerais que se aplique ao Direito do Trabalho, sofrerá, evidentemente, uma adequada compatibilização com os princípios e regras próprias a este ramo jurídico especializado, de modo que a inserção da diretriz geral não se choque com a especificidade inerente ao ramo justralhista. Esse processo de adequação será, obviamente, mais extenso naqueles específicos pontos objetivados pelo princípio geral, em que, topicamente, se realçar a identidade singular do Direito do Trabalho perante o conjunto do sistema jurídico geral.²¹

Américo Plá Rodriguez, em sua obra clássica,²² apresenta como princípios basilares do Direito do Trabalho o princípio da irrenunciabilidade dos direitos, da continuidade da relação de emprego, da primazia da realidade, da razoabilidade, da boa-fé, da não discriminação e da proteção, que se desdobra nos princípios do *in dubio, pro operário*, da aplicação da norma mais favorável e da aplicação da condição mais benéfica. Tais princípios norteadores das relações de trabalho devem ser precipuamente adotados em relação aos princípios contratuais do Direito Civil.

As normas especiais do Direito do Trabalho coordenam-se com as normas de Direito Civil para que a relação pré-contratual seja formada, ainda que protegendo os direitos invioláveis do trabalhador.

No Direito português, o contrato-promessa foi regulamentado no Código Civil de 1966 (artigos 410º a 413º, 441º, 442º e 830º). Esta regulamentação, além de atender ao papel autônomo que o instituto desempenhava na época, equacionava as dificuldades experimentadas no trato jurídico do contrato-promessa. Foi regulamentado como um instituto geral que abrangia todos os negócios jurídicos com eficácia real e execução

²¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Introdução ao Direito do Trabalho**: relações de trabalho e relação de emprego. 3. ed., São Paulo: LTr, 2001, p. 191-192.

²² RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução Wagner D. Giglio. 3. ed., São Paulo: LTr, 2000, p. 61.

específica com adjudicação judicial dos bens visados pela promessa.²³

Com o Código de Trabalho de 2003, através do artigo 94º,²⁴ foi disciplinada a promessa de contrato de trabalho. Com sua revogação por força da revisão realizada por força da Lei n. 7 de 2009, o pré-contrato passou a ser tratado pelo artigo 103º²⁵ do novo Código de Trabalho. Especial atenção se deve dar à forma do pré-contrato delineada pelo Direito português, devendo ser obrigatoriamente escrito e conter expressamente as atividades a serem realizadas pelo trabalhador, bem como a respectiva contraprestação. Aplica-se, ainda, a obrigação de conter declaração expressa sobre a intenção de celebrar o contrato futuro. Tal inovação legislativa promove ao futuro empregado, através da solenidade, a segurança jurídica sobre suas futuras condições de trabalho, assegurando-se, assim, formalmente o compromisso de sua contratação.

Portugal é um dos únicos países a regulamentar o pré-contrato de trabalho. Não há estipulações específicas sobre o assunto nos principais ordenamentos trabalhistas europeus ou latino-americanos. Mantêm-se, normalmente, as regras do Código Civil.²⁶ Esta inovação legislativa é festejada e serve como base comparativa e reflexiva para a inovação do ordenamento trabalhista brasileiro.

1.2 Natureza jurídica e características

Analisar a natureza jurídica do pré-contrato, bem como seus respectivos efeitos, ainda que de maneira singela, se faz necessário para que se compreenda de maneira plena tal instituto.

²³ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Do pré-contrato...** Op. cit., p. 60.

²⁴ Artigo 94.º - Promessa de contrato de trabalho

1 - A promessa de contrato de trabalho só é válida se constar de documento no qual se exprima, em termos inequívocos, a vontade de o promitente ou promitentes se obrigarem a celebrar o contrato definitivo, a espécie de trabalho a prestar e a respectiva retribuição.

2 - O não cumprimento da promessa de contrato de trabalho dá lugar a responsabilidade nos termos gerais.

3 - Não é aplicável ao contrato previsto no n.º 1 o disposto no artigo 830.º do Código Civil.

²⁵ Artigo 103.º - Regime da promessa de contrato de trabalho

1 - A promessa de contrato de trabalho está sujeita a forma escrita e deve conter:

a) Identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes;

b) Declaração, em termos inequívocos, da vontade de o promitente ou promitentes se obrigarem a celebrar o referido contrato;

c) Actividade a prestar e correspondente retribuição.

2 - O não cumprimento da promessa de contrato de trabalho dá lugar a responsabilidade nos termos gerais.

3 - À promessa de contrato de trabalho não é aplicável o disposto no artigo 830.º do Código Civil.

²⁶ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Do pré-contrato...** Op. cit., p. 43-61.

A pesquisa acerca da natureza de um determinado fenômeno implica na busca de sua essência a fim de obter sua precisa definição, seguida de sua classificação através de lógica e posicionamento comparativo.

Consiste, ainda, em descobrir os elementos fundamentais que a compõem e contrapô-los a um conjunto já existente de figuras jurídicas com a finalidade de classificá-los dentro do universo de figuras já existentes no ordenamento jurídico.²⁷

O estudo sobre a natureza jurídica “é atividade lógica de classificação pela qual se integra determinada figura jurídica no conjunto mais próximo de figuras existentes no universo do Direito, mediante a identificação e cotejo de seus elementos constitutivos fundamentais.”²⁸

No tocante à natureza jurídica do pré-contrato de trabalho, não é possível estabelecer um entendimento doutrinário uníssono sobre o tema, mas, sim, traçar parâmetros sólidos sobre o assunto em epígrafe.

Conforme já exposto, em razão da ausência de legislação trabalhista sobre o tema, as regras e classificação são as respaldadas pelo Direito Civil, mas, considerando-se sempre as peculiaridades do Direito do Trabalho.

Antônio Chaves conclui pela impossibilidade de se determinar a natureza jurídica das negociações preliminares sob o fundamento de que a negociação prévia não pode ser conceituada porque é destituída de qualquer organicidade, por ser uma situação de fato e não uma situação jurídica. É, portanto, uma mera ligação entre as intenções das partes em estabelecer contatos visando à formação de uma convenção e a confiança recíproca na honestidade de propósitos para que o objetivo final seja concebido e colimado.²⁹

Orlando Gomes entende pela existência de duas teorias que explicam a natureza do pré-contrato. A primeira traz em seu bojo o conceito de que o contrato tem por finalidade

²⁷ Cf. DELGADO, Maurício Godinho. **Introdução**... Op. cit., p. 70.

²⁸ Ibidem, p. 70.

²⁹ Cf. CHAVES, Antonio. **Responsabilidade**... Op. cit., p. 69-70.

obrigar as partes a celebrarem outro contrato. A segunda teoria expõe que o contrato preliminar está subordinado a vontade de uma das partes para que o outro contrato produza seus efeitos normais.³⁰

Continua o mestre baiano explicitando detalhadamente a diferença existente entre as duas teorias mencionadas:

Na primeira construção jurídica, pré-contrato é um *pacto de contrahendo*. Seu conteúdo consiste fundamentalmente numa obrigação de contratar. Quem estipula contrato preliminar, obriga-se a emitir a necessária declaração de vontade e a praticar os indispensáveis atos de conclusão de outro contrato que projetou realizar.

A segunda teoria vê no pré-contrato o acordo de vontades que subordina a conclusão do contrato definitivo à condição meramente potestativa. Dependeria este da condição *si volet*, concluindo-se somente se as partes o quiserem. A subordinação a essa condição torna-se mais visível no pré-contrato unilateral.³¹

Nas visões de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

o contrato preliminar é um negócio jurídico, na medida em que consiste em uma declaração de vontade, emitida em obediência aos seus pressupostos de existência, validade e eficácia, com o propósito de produzir efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico, pretendidos pelo agente.³²

O enquadramento do pré-contrato como um negócio jurídico advém do entendimento de que o contrato preliminar, tal quais todos os contratos em espécie, se submete a todos os requisitos essenciais do contrato a ser pactuado no futuro.³³

Fabrizio Zamprogna Matiello entende pela autonomia plena do contrato preliminar, já que “não se submete à relação acessório-principal”.

Ainda, o contrato preliminar não possui dependência àquilo que for objeto do contrato principal, pois é possível a execução do que estava previsto para ser objeto da avença definitiva e que não se consumou.³⁴

³⁰ Cf. GOMES, Orlando. **Contratos**. Op. cit., p. 135.

³¹ *Ibidem*, p. 135.

³² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit., v. 4, t. 1, p. 162.

³³ *Ibidem*, p. 162.

³⁴ MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código Civil anotado**, 2. ed., São Paulo: LTr, 2005, p. 306.

Ana Prata apresenta o pré-contrato como um ato preparatório que será complementado por outro contrato, expondo que:

O contrato-promessa “não se concebe sem complemento directo”: realmente, não há puros contratos-promessa, mas antes e sempre, por definição contratos-promessa de um qualquer negócio. Daí que a promessa constitua uma figura que é patrimônio comum aos vários contratos tipificados (ou não) num dado ordenamento, no sentido de que a generalidade dos contratos pode ser precedida da celebração de um contrato-promessa, e naquele outro de que um contrato-promessa só existe quando referido a um certo contrato, que representa o seu objecto.³⁵

Há tantos contratos-promessa quantos os tipos contratuais de que ele pode ser convenção preliminar, não se tratando de um modelo estanque.

Na seara trabalhista, o mesmo entendimento é compartilhado por Guilherme Guimarães Feliciano ao observar que:

conquanto preserve a natureza jurídica de contrato, o contrato preliminar é um negócio que não se basta a si mesmo, porque forçosamente se caracteriza pela referência a outro contrato (definitivo), em relação ao qual funciona como ato preparatório ou instrumental.³⁶

Compartilhamos do entendimento de que o contrato preliminar é instrumental ao contrato principal, pois contém cláusulas e é objeto das tratativas que desembocarão no contrato definitivo.

Pode-se dizer, ainda, que o pré-contrato de trabalho segue a mesma natureza do contrato definitivo de trabalho, ou seja, tem como regra sua duração por prazo indeterminado.

O pré-contrato de trabalho possui as características de trato sucessivo, perdurando no tempo até a consecução do contrato definitivo, motivo pelo qual o contrato definitivo seria uma extensão do contrato preliminar.

³⁵ Cf. PRATA, Ana Maria Correia Rodrigues. **O contrato-promessa...** Op. cit., p. 69-70.

³⁶ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Do pré-contrato...** Op. cit., p. 29.

A abordagem das características do pré-contrato e sua classificação será realizada utilizando-se os conceitos mais relevantes ilustrados pelos doutrinadores civilistas; contudo, será deixada de lado a pretensão de esgotar todos os institutos, os quais serão analisados de modo a que se compreenda o contrato preliminar em seu contexto jurídico.

No que tange à classificação dos pré-contratos, esta será realizada de acordo com a classificação universal dos contratos, dentre as quais capacidade das partes, objeto lícito e consentimento válido; entretanto, considerar-se-ão as especificidades relativas aos contratos preliminares.³⁷

Orlando Gomes entende pela existência de duas modalidades de promessa de contrato, sendo a primeira de caráter unilateral e a segunda de natureza bilateral.

Na promessa unilateral, a faculdade de exigir o cumprimento reserva-se exclusivamente a uma das partes. A outra contrai obrigação cujo adimplemento fica subordinado à vontade da que pode exigí-lo. A promessa unilateral de contrato chama-se, impropriamente, *opção*.³⁸

Nos pré-contratos unilaterais, a componente omissiva, a qual representa a obrigação de não inviabilizar a celebração do contrato prometido, possui grande relevância, porque o promissário não possui comprometimento com a celebração do contrato definitivo, possuindo, assim, o direito potestativo de optar ou não pela conclusão do contrato principal, em razão da possibilidade de o mercado oferecer-lhe melhores condições ou alternativas. A componente omissiva não possui caráter instrumental.³⁹

A promessa bilateral, consonante os ensinamentos do mestre baiano, é aquela em que cada uma das partes envolvidas pode exigir da outra o quanto previamente pactuado. Como exemplo, pode-se citar a promessa de venda com cláusula de arrependimento.

No que tange aos contratos preliminares de natureza bilateral, a obrigação de não inviabilizar a celebração do contrato prometido (componente omissiva) possui a função instrumental em relação à obrigação de concluir o contrato nos termos previamente fixados na promessa (componente positiva), porque é esta a causa última do pré-contrato, a que

³⁷ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Do pré-contrato...** Op. cit., p. 306.

³⁸ GOMES, Orlando. **Contratos.** Op. cit., p. 138

³⁹ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Do pré-contrato...** Op. cit., p. 94.

aderem subjetivamente todas as partes.⁴⁰

Os contratos bilaterais podem ser subclassificados quanto à sua retratabilidade, segundo entendimento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, os quais ponderam que:

Não haveria sentido em estabelecer cláusula de arrependimento nos contratos preliminares unilaterais, uma vez que apenas a vontade de um dos (pré-) contratantes é relevante para a realização ou não do pré-contrato.

Nas formas bilaterais, porém, é relevantíssimo saber se há possibilidade de arrependimento ou irretratabilidade, pois, nesse último caso, na promessa de venda, o direito positivo pode considerar, inclusive um direito real.⁴¹

Outra característica dos pré-contratos, relevante para a sua compreensão, diz respeito à sua forma, já que podem ser constituídos de maneira formal ou ainda meramente consensual. Conforme Vasco de Andrade:

Se a vontade afirma o seu primado, na execução dos atos bilaterais do contrato, com muito maior força de razão deve florescer a autonomia que lhe é própria, antes de obtido o *placitum* do consenso: antes do consenso ser, a vontade já é, ou existe; e ainda que soldada à convenção, por deliberação livre, contínua, como dantes, a ser o que dantes era, isto é, independente e inalienável.

Da trindade volitiva do consenso — em que a vontade do devedor da obrigação, conjugada à do credor, faz gerar a vontade comum ou consensual — será sempre permitido destacar qualquer das vontades co-operantes; e então, se a operação volitiva deixa de alimentar o contrato, extingue-se o vínculo, morre a convenção: a vontade subsiste por si, mas o consenso só tem a vida que lhe insuflam as vontades convenientes.⁴²

Cumpre, ainda, analisar se o contrato preliminar tem forma livre ou se sua forma deve ser a mesma do contrato futuro e principal.

Orlando Gomes suscita a análise da possibilidade de independência entre o contrato principal e preliminar, quando expõe que:

Quanto à forma, há controvérsia. Para alguns deve ser autônoma em

⁴⁰ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Do pré-contrato...** Op. cit., p. 94.

⁴¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit., v. 4, t. 1, p. 163.

⁴² ANDRADE, Vasco de. **Atos unilaterais no contrato de trabalho.** São Paulo: Contribuição do Departamento Estadual do Trabalho (Procuradoria do Trabalho) ao Congresso jurídico Nacional, 1943, p. 37.

relação ao do contrato definitivo. A utilidade prática do pré-contrato residiria, precisamente nessa liberdade de forma. Entendem outros, todavia, que deve ser a do contrato definitivo, se esta for solene, pois, do contrato, se iria contra a finalidade das normas que impõem a forma. A forma, no contrato preliminar, também possui função constitutiva, quando imposta à validade do negócio principal. Entre nós prepondera a orientação de validar o pré-contrato celebrado por instrumento particular, embora seja solene o contrato definitivo.⁴³

Estudos recentes entendem pela real viabilidade da liberdade plena quanto à forma do contrato preliminar, desvinculado da forma a ser estabelecida no contrato a ser celebrado no futuro.

Sílvio Rodrigues manifesta-se sobre o tema expondo o posicionamento de que deve haver independência entre a forma do contrato preliminar e a do contrato definitivo, trazendo, ainda, o entendimento de que, se estipulada por lei, sua finalidade deve ser de provar a existência do ato jurídico para que se possa manter a independência entre o pré-contrato e o contrato futuro.

A questão ganha complexidade quanto ao requisito forma, pois, enquanto muitos entendem que o contrato preliminar só vale quando efetuado na forma imposta para o definitivo, outros repelem esse entendimento, fundados em que tal exigência tiraria muito da utilidade do *pacto de contrahendo*. Aliás, nesta última hipótese, talvez se estivesse negando a própria existência do contrato preliminar.

Uma observação importante é a que distingue a forma, conforme a lei: a) prescreva-a para que a vontade amadureça e o agente reflita sobre a importância do ato que vai praticar; ou, então, b) apenas a determine para a prova do ato jurídico. Na primeira hipótese o contrato preliminar só terá eficácia se trazer a forma imposta para o definitivo. Na segunda, não.⁴⁴

Por sua vez, Fabrício Zamprogna Matiello aduz que:

É livre a forma dos contratos preliminares. Não se exige que a sua siga a do futuro contrato principal, de modo que foi ceifada de vez a celeuma persistente ao longo de muitos anos, em vista da qual infindáveis discussões acerca da forma das contratações preparatórias foram travadas.⁴⁵

⁴³ GOMES, Orlando. **Contratos**. Op. cit., p. 138.

⁴⁴ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: v. 3: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 30. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 41.

⁴⁵ MATIELLO, Fabrício Zamprogna. Op. cit., p. 306.

Dispõe o artigo 423 da Consolidação das Leis do Trabalho⁴⁶ que a formação do contrato de trabalho pode efetuar-se mediante manifestação tácita ou expressa da vontade das partes.

As relações de trabalho, a fim de se transmutarem em contrato de trabalho, têm início com o ajuste das vontades, seja ele tácito ou expresso.

Guilherme Guimarães Feliciano compartilha do entendimento, consubstanciado na doutrina majoritária portuguesa, de que os requisitos formais existentes na formação do pré-contrato podem diferenciar-se da forma a ser estabelecida para o contrato principal:

No Brasil, deve-se entender que a regra é a plena liberdade de forma, mesmo quando o contrato definitivo exigir forma solene. É essa, com efeito, a exegese corrente do art. 462 do NCC. A “importação” do art. 103^{o47} do Código do Trabalho português não interfere com essa regra, a despeito de seu n. 1 (1ª parte) e do próprio teor original do art. 103^o, 1, “a”. Ademais, a esse respeito “*legem habemus*” (aviando-se a aplicação do “direito comum” brasileiro, *ex vi* do art. 8º, par. único, da CLT, e descartando-se os rigores formais da lei portuguesa). Não é assim, porém, nos casos em que o pré-contrato deva surtir efeitos reais imobiliários: esses, para obterem oponibilidade *erga omnes*, precisam ser reduzidos a instrumentos e levados a registro no Cartório de Registro de Imóveis da localidade onde a *res* estiver situada (art. 1.227 c.c. art. 463, par. único, todos do NCC).⁴⁸

Ainda que o contrato preliminar não tenha a mesma forma do contrato definitivo, nada impede que no contrato definitivo as partes acrescentem novas cláusulas. Tal ato jurídico não desnatura o contrato preliminar, mas, sim, torna possível sua adequação às necessidades vindouras do contrato futuro.

Aliás, diferentemente do quanto ocorre no Direito Civil, a regra no Direito do Trabalho é que o pré-contrato seja realizado de forma verbal.

⁴⁶ Art. 443 - O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

⁴⁷ Artigo 103.º do Código de Trabalho - Forma escrita

1 - Estão sujeitos a forma escrita, nomeadamente:

a) Contrato-promessa de trabalho; b) Contrato para prestação subordinada de teletrabalho; c) Contrato de trabalho a termo; d) Contrato de trabalho com trabalhador estrangeiro, salvo disposição legal em contrário; e) Contrato de trabalho em comissão de serviço; f) Contrato de trabalho com pluralidade de empregadores; g) Contrato de trabalho a tempo parcial; h) Contrato de pré-reforma; i) Contrato de cedência ocasional de trabalhadores.

2 - Dos contratos em que é exigida forma escrita deve constar a identificação e a assinatura das partes.

⁴⁸ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Do pré-contrato...** Op. cit., p. 82.

Somente no contrato definitivo, o qual, no mais das vezes é padronizado, são incluídas as condições de trabalho estipuladas de forma verbal no momento da pré-contratação.

O caráter verbal do pré-contrato trabalhista coloca o trabalhador numa posição de inferioridade muito grande, majorando a possibilidade de ser lesionado na relação jurídica.

Exceção à regra ao contrato verbal, o contrato do atleta profissional de futebol é obrigatoriamente celebrado de forma escrita nos termos do quanto dispõe o artigo 28 da Lei n. 9.615/1998,⁴⁹ onde serão contempladas obrigatoriamente as cláusulas indenizatórias concernentes às alterações do contrato do jogador.

Os contratos do atleta profissional de futebol são, atualmente, regidos pelas Leis n. 9.615/1998 (Lei Pelé) e n. 12.395/2011. Esta última, infelizmente, revogou a Lei n. 6.354/1976, que tratava de forma detalhada das cláusulas que obrigatoriamente deveriam constar no contrato do jogador, tais quais a forma de remuneração, prazo de duração, além dos direitos e obrigações dos contratantes.

O Direito do Trabalho português, ao regulamentar a forma escrita do pré-contrato de trabalho, tutelou de forma mais robusta os direitos do trabalhador.

Ainda que o Direito do Trabalho brasileiro não tenha tratado do pré-contrato de trabalho, as orientações do Direito português podem ser úteis para a integração da lei brasileira.

⁴⁹ Art. 28. A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente: I - cláusula indenizatória desportiva, devida exclusivamente à entidade de prática desportiva à qual está vinculado o atleta, nas seguintes hipóteses:

a) transferência do atleta para outra entidade, nacional ou estrangeira, durante a vigência do contrato especial de trabalho desportivo; ou

b) por ocasião do retorno do atleta às atividades profissionais em outra entidade de prática desportiva, no prazo de até 30 (trinta) meses; e

II - cláusula compensatória desportiva, devida pela entidade de prática desportiva ao atleta, nas hipóteses dos incisos III a V do § 5o.

§ 1º O valor da cláusula indenizatória desportiva a que se refere o inciso I do caput deste artigo será livremente pactuado pelas partes e expressamente quantificado no instrumento contratual:

I - até o limite máximo de 2.000 (duas mil) vezes o valor médio do salário contratual, para as transferências nacionais; e

II - sem qualquer limitação, para as transferências internacionais

Sobre a forma dos contratos no ordenamento jurídico lusitano, Guilherme Guimarães Feliciano pondera que:

a forma do contrato futuro não precisa estar pré-avençada no contrato promessa de trabalho, até porque a regra é da consensualidade: os contratos de trabalho definitivos não reclamam forma necessária. Nada obsta, porém, a que se preveja no contrato-promessa de trabalho determinada forma para o contrato definitivo, ainda que a lei não lhe exija; e, nesse caso, é de rigor dar a devida forma aquando da celebração definitiva.⁵⁰

A relação de continuidade que o pré-contrato de trabalho tem com o contrato definitivo se demonstra de maneira muito clara quando se traz à baila as orientações do Direito português.

No que tange à eficácia do pré-contrato, esta pode ser de natureza real ou obrigacional.

O pré-contrato de natureza real está ligado unicamente aos contratos que remetem ao direito real de aquisição, consubstanciando nos artigos 1.417⁵¹ e 1.418⁵² do Código Civil brasileiro.

Todos os demais pré-contratos que não estão vinculados a relações de natureza real e que geram o direito de sequela classificam-se como contratos preliminares com eficácia de natureza obrigacional, gerando efeitos apenas entre as partes envolvidas.

Sobre a eficácia obrigacional do contrato preliminar, o mestre Orlando Gomes expõe que:

O pré-contrato produz obrigação de fazer, isto é, obrigação de firmar o contrato definitivo. Toda obrigação de fazer, sempre que isto for possível,

⁵⁰ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Do pré-contrato...** Op. cit., p. 110.

⁵¹ Art. 1.417. “Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.”

⁵² Art. 1.418. “O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.”

fática e juridicamente, deve ser executada por meio de “tutela específica”. Vale dizer, a execução deve propiciar ao credor a própria prestação prometida (Cód. Proc. Civil, art. 461). Somente haverá substituição por perdas e danos, se o credor requerer, ou se for impossível a tutela específica.⁵³

O inadimplemento das obrigações de fazer, em regra, resolve-se em perdas e danos, pois não pode a autoridade judiciária, sem grave atentado à liberdade individual, obrigar uma pessoa a praticar determinado ato. *Nemo praecise cogi potest ad factum*.⁵⁴

Todos os demais contratos que não contiverem natureza de direito real são automaticamente classificados como de direito obrigacional, tais quais os pré-contratos de trabalho.

Certo é que os pré-contratos de trabalho possuem natureza obrigacional e não real.

Os contratos preliminares também podem ser classificados como gratuitos ou onerosos, sendo que inexistente impedimento para se estipular como contraprestação o pagamento de um prêmio na relação pré-contratual.⁵⁵

O contrato preliminar pode ser classificado como oneroso quando todas as partes envolvidas suportam esforços econômicos e, em contrapartida, recebem vantagens. Gratuito é aquele em que apenas uma das partes arca com os ônus ou vantagens envolvidos no pré-contrato.⁵⁶

A promessa pode ser onerosa ou gratuita, pois nada impede que se pactue o pagamento de uma retribuição (um prêmio, por exemplo), como contraprestação simplesmente pelo exercício de um direito potestativo de realização do contrato (nas promessas unilaterais) ou do direito subjetivo de exigir a contratação (nos pré-contratos bilaterais), independente dos efeitos pecuniários do contrato definitivo.⁵⁷

Analisando-se a onerosidade atinente ao pré-contrato, a doutrina entende que a natureza jurídica do contrato definitivo deve ser transferida para o pré-contrato. Sendo o

⁵³ GOMES, Orlando. **Contratos**. Op. cit., p. 140.

⁵⁴ RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 42.

⁵⁵ Cf. GOMES, Orlando. **Contratos**. Op. cit., p. 138

⁵⁶ Cf. FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Do pré-contrato...** Op. cit., p. 89.

⁵⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit., p. 165.

contrato preliminar oneroso, o contrato definitivo também o será e a recíproca também será verdadeira.⁵⁸

Os contratos de trabalho são onerosos, motivo pelo qual o pré-contrato de trabalho também o será.

Após o breve estudo de algumas das espécies e classificações dos contratos preliminares, cuja finalidade é apenas traçar parâmetros relativos ao alcance e efeitos do pré-contrato, para que em momento oportuno possam ser analisados os contratos preliminares de trabalho, passa-se à análise do momento em que ocorre a extinção jurídica do pré-contrato.

A análise da extinção do contrato preliminar deve considerar os dois entendimentos existentes sobre a autonomia do pré- contrato.

Das lições de Orlando Gomes extrai-se que:

Para os que admitem a autonomia do contrato definitivo, a promessa extingue-se ao ser cumprida. Assentado, porém, que se trata de relação contratual complexa, que começa com o pré-contrato, o cumprimento do prometido não é mais do que um dos seus efeitos. Assim sendo, o pré-contrato só se extinguirá se houver novação.⁵⁹

Partindo-se do entendimento de que o contrato preliminar é independente do contrato principal, sua resolução pode se dar tanto pelo inadimplemento do promitente — hipótese esta passível de indenização e ressarcimento dos danos causados pela interrupção abrupta do pré-contrato — quanto pelo distrato.⁶⁰

Pontes de Miranda traz preciosas lições acerca da extinção do pré-contrato e suas implicações jurídicas:

Se o pré-contrato foi contrato bilateral, o pré-contraente que adimpliu ou quer adimplir, diante da recusa do outro, pode preferir a resolução do pré-contrato, com perdas e danos (Código Civil, art. 1.092, parágrafo único).

⁵⁸ Cf. FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Do pré-contrato...** Op. cit., p. 89.

⁵⁹ GOMES, Orlando. **Contratos.** Op. cit., p. 140.

⁶⁰ Cf. *Ibidem*, p. 140.

Se houve apenas contrato unilateral, isto é, se o pré-contrato foi pré-contrato em que A prometeu a B vender (ou comprar) sem que B promettesse comprar (ou vender), ou é possível a ação condenatória-executiva, ou a de ressarcimento de danos. No cômputo dos danos, aqui e ali, se há de considerar, como um dos elementos (não o único), a diferença entre o valor do objeto ao tempo em que se deveria adimplir a dívida oriunda do pré-contrato e o preço que se deu. De qualquer modo, a indenização é ao tempo em que se presta; portanto, ao tempo da satisfação. Se houve resolução do pré-contrato, pedida pelo futuro comprador, o dano é conforme o valor do objeto superior ao preço convencionado. Se foi o futuro vendedor que a pediu, o dano é conforme o valor do objeto abaixo do preço convencionado.⁶¹

Independentemente da linha doutrinária acolhida, certo é que o não cumprimento das obrigações estipuladas nos contratos preliminares é passível de execução e responsabilização do desistente.

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira leciona que:

se as cláusulas do contrato preliminar forem razoáveis, quanto ao tempo e demais condições avençadas, estas criam direitos e obrigações, e, do seu descumprimento pode decorrer dano patrimonial e/ou pessoal de fácil configuração ressarcível. Inexistindo, porém, possibilidade de obrigar alguém *ad factum* na hipótese vertente, o ressarcimento se faz por perdas e danos.⁶²

Considerando-se a relevância do estudo do termo final do pré-contrato e seus efeitos no contrato preliminar de trabalho, este assunto será analisado com cautela no capítulo 4, o qual tratará da responsabilidade civil nas relações pré-contratuais de trabalho.

1.3 Distinções entre pré-contrato e negociações preliminares

Distinguir os termos e institutos faz-se necessário a fim de se evitarem confusões semânticas e ambiguidades na utilização de cada um destes conceitos.

Ainda, tal distinção se mostra necessária a fim de que possa ser avaliada a extensão de cada um dos institutos, bem como se eles possuem efeitos jurídicos diversos ou se apenas traçam limitações temporais.

⁶¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. 34, p. 38.

⁶² OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. **O dano pessoal no Direito do Trabalho**. 2. ed., São Paulo: LTr, 2010, p. 128.

Guilherme Machado Dray, doutrinador português, expõe que a formação do contrato de trabalho se dá em cinco fases:

- a fase dos contactos preliminares, na qual as partes se dão a conhecer, invocam suas pretensões e iniciam conversações;
- a fase das negociações, na qual, em abstracto (e na grande maioria dos casos, só mesmo em abstracto), as partes alcançam um consenso quanto ao conteúdo do contrato a celebrar através de cedências mútuas e de compensações;
- a fase dos negócios preparatórios ou preliminares, os quais, sendo por natureza facultativos neste domínio, podem ser unilaterais ou contratuais, assumindo designadamente a forma de concurso ou de contrato-promessa;
- a fase da proposta e da aceitação, que sendo essencial, corporiza a conclusão do contrato individual de trabalho;
- a fase da redocumentação, exigível em determinados contratos que requerem, mesmo depois da aceitação, o preenchimento de alguns requisitos como sejam a realização de registros ou a comunicação a certas entidades.⁶³

O momento pré-contratual engloba não somente o pré-contrato, mas, também, diversos outros momentos, tais como as negociações preliminares que fazem parte desta fase contratual.

A fase pré-contratual pode ser decomposta, singelamente, em duas fases menores: a das negociações e a da oferta. Evidentemente, conforme o comportamento das partes podem surgir outras fases menores por causa de possíveis contratos prévios, quer para organizar as negociações — por exemplo, estipulando quem arcará com as despesas de preparo e da documentação —, quer para fixar pontos progressivamente acertados do contrato futuro. O mesmo se diga, se for feito um contrato preliminar, ou, pré-contrato.⁶⁴

Segundo posicionamento esposado por Alice Monteiro de Barros, em sentido contrário à doutrina majoritária, pré-contrato e contrato preliminar são institutos distintos e não podem se confundir.

Para a jurista mineira, o pré-contrato é sinônimo das negociações preliminares, não gerando, portanto, direitos e obrigações, mas, sim, ressarcimento de eventuais danos, nos

⁶³ DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da igualdade no Direito do Trabalho**: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho. Coimbra: Almedina, 1999, p. 202.

⁶⁴ RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit., p. 175.

termos do artigo 186 do Código Civil.⁶⁵

Por outro lado, o contrato preliminar é o contrato pelo qual as partes comprometem-se a celebrar o contrato principal e definitivo.⁶⁶

Caio Mário da Silva Pereira entende que as negociações preliminares, “não envolvem compromissos nem geram obrigações para os interessados limitando-se a desbravar terreno e salientar conveniências e interesses, ao passo que o contrato preliminar já é positivo no sentido de precisar de parte a parte o contrato futuro”.⁶⁷

Não se deve equiparar as negociações preliminares e o contrato preliminar, por se tratarem de institutos distintos.

Para Antônio Chaves, “as negociações preliminares podem verificar-se na eventualidade de uma oferta completa se, com relação a alguns de seus extremos, o destinatário tiver feito contra-proposta ou tiver pedido algumas modificações”.⁶⁸

Tem-se que as negociações preliminares estão inseridas no momento de pontuações, análises, estudos e discussões, antes, inclusive, da celebração do contrato preliminar, o qual terá como consequência o contrato definitivo.

Não se confunde o contrato preparatório ou preliminar com as simples negociações preliminares, nas quais as partes não assumem a obrigação de realizar contratação futura, mas tão somente procuram chegar à convergência de vontades, quanto ao conteúdo da avença que pretendem celebrar.

O contrato preliminar encerra, destarte, uma obrigação de fazer, que é a conclusão de outro negócio jurídico, cujo conteúdo mínimo pode ser por aquele desde logo estabelecido.⁶⁹

A partir de uma análise perfunctória poder-se-ia concluir que as rupturas das negociações preliminares não gerariam qualquer espécie de reparação pelos danos advindos da não adesão ao quanto pontuado nas negociações preliminares.

⁶⁵ Art. 186, Código Civil. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

⁶⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso...** Op. cit., p. 409.

⁶⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições...** Op. cit., p. 68.

⁶⁸ CHAVES, Antonio. **Responsabilidade...** Op. cit., p. 56.

⁶⁹ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**: v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 222.

Entretanto, a conclusão não é tão simples quanto aparenta e se faz necessário saber até que ponto as negociações vinculam as partes envolvidas.

Sílvio Rodrigues direciona seus estudos no sentido de que, se as partes encontram-se em negociações preliminares e, no curso do debate, percebem pela impossibilidade fática ou jurídica da celebração do negócio, ou, ainda, por sua inconveniência, nenhuma responsabilidade surge desta situação em razão de as negociações preliminares não obrigarem as partes.

Todavia, o abandono das negociações preliminares não pode ser arbitrário e injustificado, estribado no mero capricho de uma das partes, O início da fase de punção revela o propósito de contratar e cria, naturalmente, no espírito dos futuros contratantes, uma expectativa legítima de vir a concluir um negócio. Tal expectativa não pode ser frustrada pelo mero capricho de um dos contratantes, sem que incorra ele no dever de reparar os prejuízos porventura resultantes.⁷⁰

Para se falar na responsabilidade advinda da ruptura das negociações preliminares é necessário analisar a ocorrência de dolo, negligência ou imprudência da parte, justamente em razão da natureza não vinculativa de tais negociações prévias, a fim de que responsabilizações arbitrárias, independentemente da análise de tais elementos, se tornem uma ameaça para todos aqueles que têm por intenção contratar.⁷¹

Ao contrário do contrato preliminar, as negociações preliminares não geram quaisquer direitos à contratação pretendida ou execução das cláusulas pré-contratadas, podendo-se falar, no máximo, em responsabilidade civil pré-contratual passível de indenização.⁷²

As negociações preliminares não possuem o condão de vincular as partes, já que a interrupção das discussões prévias não dá àquele que se sentiu prejudicado o direito de exigir o cumprimento do futuro contrato, mas, tão somente, de reparação de eventual prejuízo experimentado.

⁷⁰ RODRIGUES, Sílvio. Op. cit., p. 69.

⁷¹ Cf. Ibidem, p. 70; CHAVES, Antônio. CHAVES, Antonio. **Responsabilidade...** Op. cit., p. 56.

⁷² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO. Op. cit., p. 161.

A possibilidade de reparação pelo rompimento das negociações preliminares se justifica através da combinação dos artigos 186 e 927⁷³ do Código Civil.⁷⁴

No que tange à análise destes institutos na seara trabalhista, boa parte da doutrina juslaboralista posiciona-se no mesmo sentido que os estudiosos civilistas especializados no tema.

As negociações preliminares, segundo Délio Maranhão, são conversações e, embora não obriguem à conclusão do contrato, produzem efeitos jurídicos.

No caso de tais negociações preliminares chegarem ao ponto de preverem a formação do contrato definitivo e uma das partes rompa as negociações sem motivo justificável, a outra terá o direito ao ressarcimento do dano causado por esse rompimento após demonstrar que confiava na conclusão do contrato e, em razão disto, deixou de aceitar outra oferta que pudesse lhe trazer mais vantagens.⁷⁵

As negociações preliminares possuem a indiscutível finalidade de aproximar as partes. Na seara trabalhista, são o momento após a realização do processo seletivo, em que todas as condições de trabalho já estão postas e o contrato definitivo já se desenha entre as partes e se mostra próximo à conclusão.

De maneira geral, é inquestionável que descabe falar-se em indenização pela ocorrência de uma fase de entendimentos pré-contratuais, que veio a mostra-se, em seguida, frustrada em seus aparentes objetivos iniciais. Não se formulando e apresentado, efetivamente, a policitização, não há que se inferir o surgimento de obrigações entre as partes. É que as negociações prévias são inerentes a qualquer contrato, não traduzindo, necessariamente, proposta efetiva, com o que, regra geral, não ensejam obrigações de indenizar.⁷⁶

As negociações preliminares, embora em princípio não obriguem as partes, geram expectativas e, ao demonstrarem seriedade, alcançam e criam o laço de confiança que passa a existir entre os participantes.

⁷³ Art. 927. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

⁷⁴ RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 69.

⁷⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. **Instituições de Direito de Trabalho**. 19. ed., São Paulo: LTr, 2000, v. 1, p. 252.

⁷⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Introdução...** Op. cit., p. 997.

Tal relação de confiança tem força mais que especial nas relações de trabalho, em que se verifica o caráter alimentar do contrato a ser celebrado.

Para Alice Monteiro de Barros, “essa confiança não é aquela que a parte, por suas características psicológicas, depositou no outro sujeito, mas é aferida por meio de uma apreciação objetiva no quadro do ambiente econômico-social em que os pré-contratos ocorreram”.⁷⁷

Quando os entendimentos chegam a um ponto em que se possa prever que haverá a celebração do contrato, a partir de tal momento nenhuma das partes poderá romper o pré-contrato sem motivo justificado, sob pena de se configurar dano com efeito patrimonial ou pessoal, ambos ressarcíveis.⁷⁸

O momento que antecede a formação do contrato trabalhista, em geral é um período nebuloso, pela própria informalidade processual que envolve o Direito do Trabalho pátrio, em que as negociações prévias confundem-se com o contrato o pré-contrato, dificultando a estipulação do marco onde se encontra a fase de pontuações e onde se inicia o contrato preliminar.

As negociações preliminares não se confundem com o contrato preliminar, diante da sua natureza jurídica e da precariedade deste em relação ao contrato principal.

Eventuais danos ocorridos durante o contrato preliminar de trabalho são passíveis de indenização em razão da inviabilidade de se executar o contrato prometido.

Não se pode falar em indenização pelo fato de as negociações preliminares não desembocarem no contrato preliminar ou ainda no contrato de trabalho propriamente dito.

Quando não há fase pré-contratual, passa-se diretamente à celebração do contrato; os entendimentos podem não ultrapassar a fase de seleção; se existente a pontuação, esta se exaure no momento em que se decide pela não contratação, por hipótese, sem *culpa in contrahendo* ou para a

⁷⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso...** Op. cit., p. 409.

⁷⁸ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. **O dano pessoal...** Op. cit., p. 125.

celebração do contrato.⁷⁹

No caso de o contrato definitivo não se efetivar por culpa de qualquer um dos participantes, cabe à vítima requerer a execução do contrato definitivo ou sua conversão em indenização por perdas e danos, no caso da impossibilidade de sua execução.

Questão tormentosa é trazida por Guilherme Guimarães Feliciano ao se debruçar sobre o estudo do cumprimento parcial do pré-contrato de trabalho e da possibilidade de sua execução proporcional e específica.

Entende este jurista que é possível a execução das cláusulas que, embora acertadas pelas partes, não sejam cumpridas ou sejam cumpridas de forma parcial. Exemplo dado pelo autor é a situação de o empregador pagar salário inferior ao acordado com o promitente-empregado, ou ainda de deixar de pagar os benefícios pré-acordados, como, por exemplo, prêmios de produtividade, direitos de imagens, etc.⁸⁰

Tal entendimento reflete que, embora não seja usual executar um pré-contrato, no sentido de obrigar que se efetive a contratação de um empregado que tenha sido pré-acordada, é possível proceder com a execução das cláusulas que, embora negociadas entre as partes, deixaram de ser cumpridas pelo promitente.

⁷⁹ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. **O dano pessoal...** Op. cit., p. 125.

⁸⁰ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Do pré-contrato...** Op. cit., p. 191-183.

2 DO PRÉ-CONTRATO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E EMPREGO

2.1 Esclarecimentos preliminares

Após aclarados os principais conceitos do contrato preliminar de trabalho, sua extensão, delimitação, forma e natureza jurídica, este capítulo tratará do pré-contrato de trabalho inserido nas relações de trabalho e emprego.

Embora seja instituto de Direito Civil, atualmente é indiscutível sua aplicação nas relações de trabalho e nos contratos preliminares a serem pactuados por força de tal liame jurídico.

No contrato de trabalho, da mesma forma que nas demais espécies de contrato, pode existir um período pré-contratual, vez que nem sempre é possível que o contrato tenha sua formação de maneira instantânea. Apesar de excepcional, é possível que haja a formação progressiva do contrato de trabalho.⁸¹

Necessário salientar que, embora patente e indiscutível a distinção entre o gênero — relação de trabalho — e a espécie — relação de emprego —, certo é que o pré-contrato de trabalho engloba o pré-contrato de emprego.

Mas não é somente isto. A teoria tridimensional do trabalho humano traz novos contornos à doutrina tradicional sobre relação de trabalho e emprego:

A divisão inicial deve levar em conta as grandes áreas jurídicas do trabalho humano que segundo a antiga concepção binária, abrangia o trabalho autônomo e o subordinado, e de acordo com a teoria contemporânea funda-se na divisão tridimensional entre autonomia (trabalho para si), subordinação (trabalho para outro, sob seu comando jurídico) e trabalho parassubordinado (trabalho com características híbridas de autonomia e subordinação, que não se enquadra em nenhuma dessas duas áreas, tendendo para coordenação no lugar da subordinação).⁸²

⁸¹ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. Op. cit., p. 252 .

⁸² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 354-355.

Ainda que o cerne do trabalho seja a análise da responsabilidade civil nas relações pré-contratuais, também serão analisadas as relações de emprego.

Nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento:

o contrato (contratualismo) e relação de emprego (anticontratualismo) foram avaliadas separadamente, diferentemente, como se fossem dois fenômenos que colidissem, mas o avanço da doutrina contemporânea foi no sentido da unificação dos efeitos, o que não se confunde com a identificação das figuras.⁸³

Ainda através dos ensinamentos desse doutrinador, tem-se que o contrato de trabalho deve ser visto como um contrato social no sentido de que aproxima o real e o contratual, o que se coaduna com a mutabilidade e a velocidade com que as relações jurídicas avançam no Direito contemporâneo.

Com a evolução dogmática, pensar em contrato é hoje pensar em contrato social, não no sentido rousseauiano, que tem propósitos mais amplos, muito menos no sentido socialista, porque contrato em regime de evanescência da propriedade privada é uma contradição, por ser o contrato um instrumento de circulação de riquezas e de transmissão da propriedade além de seus outros fins, mas no sentido da aproximação entre o real e contratual.⁸⁴

Considerando-se que os efeitos do contrato de trabalho e de emprego são exatamente os mesmos, ainda que os institutos sejam completamente diferentes, certo é que, no momento pré-contratual, ambas as relações jurídicas possuem o mesmo efeito, motivo pelo qual tomaremos o estudo pelo todo e, sempre que necessário, se fará a análise através da espécie.

Questão importante de ser levantada permeia a questão da prova da existência do pré-contrato de trabalho, vez que, no mais das vezes, é celebrado de maneira informal e pouco delineada.

Para tanto, além das provas a serem produzidas acerca de sua existência, o princípio da primazia da realidade, existente no Direito do Trabalho, é chave mestra para que possa

⁸³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho contemporâneo**. Op. cit., p. 346.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 359.

ser certificada sua existência.

Na definição do mestre uruguaio Plá Rodriguez, “o princípio da primazia da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede o terreno dos fatos”.⁸⁵

Sobre a primazia do contrato ante a realidade e sobre a dificuldade em elencar todas as situações a que a ela estão submetidas, discorre Pinho Pedreira:

É absolutamente impossível arrolar todas as situações fáticas que podem ser subsumidas ao princípio da primazia da realidade, mas há um bom número delas que, por ocorrerem mais frequentemente, são registradas pela doutrina e pela jurisprudência. É muito comum que se procure, para fraudar a legislação do trabalho, disfarçar sob a capa de Direito Civil, como locação de serviços, locação de coisas (táxi, cadeira de barbeiro, etc.), sociedade, empreitada, autêntico contratos de trabalho. Desincumbindo-se, entretanto, o empregado do ônus, que sobre ele passa, deve provar a prestação em regime de subordinação jurídica e de assunção do risco pelo empregador, a presunção *juris tantum* de serem verazes as disposições do contrato se desvanecerá, prevalecendo, então a realidade contra a ficção.⁸⁶

Os fatos que estipulam as condições de trabalho futuro, no que tange ao pré-contrato de trabalho, são os principais atributos de sua existência, e certamente podem ser presumidos como reais e existentes já antes do contrato de trabalho, o qual passa a existir no plano jurídico, no qual são entabuladas as condições mínimas de validade, tais quais seu termo inicial e a forma de remuneração.

2.2 Dos limites da autonomia da vontade

O poder disciplinar é conceituado pelo mestre Enoque Ribeiro dos Santos como sendo:

o poder que cabe ao seu titular, o empregador, de aplicar sanções, tendo em contrapartida a sujeição do sujeito passivo, o empregado, o que denota a expressão de sua subordinação jurídica, permitindo qualificá-la

⁸⁵ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios...** p. 339.

⁸⁶ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direto do Trabalho**. 2. ed., São Paulo: LTr, 1999, p. 214.

como um poder sancionatório decorrente da relação de emprego.⁸⁷

Enzo Roppo leciona que autonomia significa “poder de modelar por si — e não por imposição externa — as regras de sua própria conduta” e que a autonomia contratual significa a “liberdade dos sujeitos de determinar com a sua vontade, eventualmente aliada à vontade de uma contraparte no consenso contratual, [o] conteúdo das obrigações que se pretende assumir em seu patrimônio”.⁸⁸

Em que pese a teoria geral dos contratos versar de maneira uníssona que as partes são livres para estipularem as condições e cláusulas do contrato que pretendem celebrar e executar, no Direito do Trabalho essa liberdade é mitigada ou limitada por força de lei ou, ainda, pela desigualdade de forças que possuem as partes envolvidas.

O Estado, que se apoia no seu poder político máximo, derivado da Constituição Federal, impõe, pela soberania que exerce no plano interno, as normas de ordem pública que devem ser respeitadas de forma cogente nos aspectos relacionados à segurança, medicina e segurança no trabalho.

O Direito do Trabalho, a fim de restringir a situação de inferioridade em que o trabalhador geralmente se encontra, estabelece três mecanismos de equalização, quais sejam: a intervenção do Estado, a negociação coletiva e a autotutela.⁸⁹

As condições e parâmetros mínimos para o contrato de trabalho são estipulados através de normas cogentes e sobre as quais as partes não possuem possibilidade de transacionar.

As normas de Direito do Trabalho são, em sua maioria, imperativas, cogentes, limitando o Estado deliberadamente a autonomia da vontade em face da necessidade de proteger o economicamente fraco. Logo a disponibilidade de direitos sofre limitações, quer no tocante à renúncia, quer no tocante a transação, pois não seria coerente que o ordenamento jurídico assegurasse ao empregado garantias mínimas e depois deixasse

⁸⁷ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Limites ao poder disciplinar do empregador : a tese do poder disciplinar compartilhado. In: MARTINS, Sérgio Pinto; MESSA, Ana Flávia (Coords.). **Empresa e trabalho**: estudos em homenagem a Amador Paes de Almeida. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 299.

⁸⁸ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução Ana Coimbra; M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 128.

⁸⁹ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. Op. cit. p. 30.

esses direitos subordinados à sua vontade ou à vontade do empregador. O limite à autonomia de vontade torna o Direito do Trabalho mais social e mais humano.⁹⁰

Tal limitação se faz necessária a fim de que não sejam vilipendiados os direitos fundamentais, constitucionais e personalíssimos dos trabalhadores.

Por via da legislação, advinda da intervenção do Estado, o fato natural da desigualdade se substituiu pelo fato social da justiça; daí, como consequência, pela condição peculiar das regras que se impunham às partes em conflito, o caráter cogente de tais normas, que a não ser assim se fariam letra morta: tratando-se de relações jurídicas entre patrão e operário, que economicamente se acham nos antípodas um do outro, estaria o empregador sem tal imperiosa obrigatoriedade, em situação de impor ao empregado a renúncia de todos os benefícios legais.

Destarte se recompôs o equilíbrio contratual, já que o empregado nada teria a recear do empregador, impedindo de o constranger à aceitação de condições injustas, podendo mesmo se resumir os termos da convenção ao mínimo, visto achar-se o contrato já detalhadamente regulado por lei; de outro lado, as coalisões de trabalhadores perderam em sua primitiva finalidade, e ou são impedidas pelo Estado em suas manifestações violentas de paralização do trabalho, ou, estas se temperam pelas decisões de uma jurisdição especial, que se pronuncia sobre os conflitos coletivos.⁹¹

Sabedor do conflito social e jurídico existente entre empregado e empregador é que o legislador limitou a autonomia de vontade das partes para a celebração do contrato de trabalho e, por consequência, das negociações preliminares que desembocarão no pré-contrato de trabalho.

O que um quer só se realiza se for integrado no querer do outro e nas limitações do ordenamento. É o que se chama interação ou fusão das vontades, no caso trilateral do contratante, do contratado e da vontade da lei.

A autodeterminação, como poder de escolha dos seus interesses não pode deixar de sofrer restrições nas relações de trabalho. É controlada, mas não anulada. O ordenamento reconhece a superioridade contratual de uma das partes e tem instrumentos de controle para que, adequadamente usados, possam oferecer um melhor equilíbrio entre os sujeitos do contrato.

A começar pelo modelo de conteúdo predeterminado pelas normas jurídicas ao qual os sujeitos estão adstritos e terão que aceitar num ato de renúncia de interesses a que se sujeitam ambas as partes, as duas subordinadas à vontade maior da lei.⁹²

⁹⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso...** Op cit., p. 155

⁹¹ ANDRADE, Vasco de. **Atos unilaterais...** Op. cit., p. 85.

⁹² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho contemporâneo.** Op. cit., p. 346.

Considerando-se que no Direito do Trabalho, em especial das relações pré-contratuais, o trabalhador praticamente não possui poder negocial em razão da situação de hipossuficiência com que ingressa na relação jurídica, necessário se faz o estudo da limitação dos direitos do empregador de agir livremente no momento da celebração do contrato preliminar de trabalho.

Plá Rodriguez expõe que as liberdades dos indivíduos em face das normas impositivas trazidas pelo Direito do Trabalho dificilmente desembocam no menosprezo da personalidade, tampouco acabam definitivamente com a autonomia da vontade, mas, sim, restringem a liberdade de se relacionar além dos limites das normas cogentes.⁹³

A autonomia privada encontra o fundamento de suas limitações na mesma composição da ordem social, na natureza da sociedade e dos valores, onde impera uma necessária submissão da vontade autônoma aos ditames dos interesses superiores, constitutivos da comunidade e de sua existência, indispensáveis para poder ordenar devidamente a realidade social através de meios jurídicos. As relações trabalhistas são relações que transcendem a esfera individual daqueles que atuam como sujeitos delas, para interessar à sociedade em geral e determinar, em não pequeno grau, uma clara repercussão. Poderíamos dizer que, nesse sentido, as relações jurídico-trabalhistas — contratuais ou não — importam no bem comum, fixam os limites de sua vigência em fundação e na dependência de um interesse da sociedade.⁹⁴

O Direito italiano também impõe limitações à plenitude da autonomia da vontade, seja por força de lei, seja por restrições judiciais ou administrativas.

Atente-se nalguns exemplos: é precisamente um organismo da Administração Pública — o Ministério da Indústria ou o Serviço de Emprego — quem, concretamente, estabelece quais são as companhias com quem o automobilista pode concluir o seu contrato de seguro, ou quais os trabalhadores que o empresário deverá contratar [...].⁹⁵

Por outro lado, deve-se considerar, também, o poder potestativo do empregador atrelado ao seu poder diretivo de gerir seus negócios, sua empresa e seus empregados a fim de obter o sucesso em sua empreitada.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento, o “poder de direção é a faculdade atribuída

⁹³ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios...** Op. cit., p. 158.

⁹⁴ Ibidem, p. 159.

⁹⁵ ROPPO, Enzo. Op. cit. p. 139.

ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida”.⁹⁶

Complementa a ideia do poder de direção o mestre Mauricio Godinho Delgado, ao compartilhar que:

O poder no âmbito da empresa e do estabelecimento, embora fundamentalmente traduza um único fenômeno, tende a se concretizar através de níveis distintos mas combinados. Dentre esses níveis, a teoria juslaboralista enfatiza o que chama de poder diretivo e poder disciplinar, não obstante eventualmente se refira também a dimensões ainda mais específicas do fenômeno, como o poder regulamentar e o fiscalizatório.⁹⁷

Manuel Domingues de Andrade, doutrinador civilista importantíssimo do Direito português, leciona que o direito potestativo conferido ao seu titular produz efeito jurídico de declaração de vontade. São, ainda, os direitos que promovem uma modificação jurídica no campo das relações jurídicas e não fazem parte, portanto, dos direitos objetivos.

Andrade classifica os direitos potestativos em constitutivos, modificativos e extintivos, sendo estes últimos os exercitáveis por simples declaração de vontade de seu titular, devidamente comunicada aos interessados, sem intervenção do Poder Judiciário.⁹⁸

Para a análise das relações jurídicas ocorridas no momento pré-contratual são relevantes apenas os direitos potestativos extintivos. A declaração de vontade estampada através desta espécie de direito potestativo encontra sua exteriorização através dos poderes diretivos do empregador.

Em contrapartida à corrente jurídica doutrinária que entendia o poder diretivo do empregador como um direito potestativo, surgiu a corrente que trata tal poder como um direito-função, o qual:

consiste na imposição do direito de uma função pela norma jurídica a alguém, com o que o titular do direito passa a ter obrigações. Esse é um

⁹⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 683.

⁹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **O poder empregatício**. São Paulo: LTr, 1996, p. 162.

⁹⁸ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**: sujeitos e objeto. Coimbra: Almedina, 2003, v. 1, p. 14-15.

direito com fins altruístas, que deve ser cumprido segundo sua finalidade, de maneira mais útil possível pela pessoa habilitada. A função não elimina o direito, simplesmente o coloca a seu serviço, como ocorre com o direito de propriedade.⁹⁹

A teoria do direito-função encontra respaldo no artigo 421 do Código Civil.¹⁰⁰

Aceitando-se a teoria de que o poder diretivo do empregador é um direito-função, compreende-se que este não é absoluto e requer-se a obediência aos princípios gerais do Direito, dentre os quais o da boa-fé e o da confiança, a fim de que sejam resguardados os direitos mínimos de todos os participantes da relação jurídica.

A liberdade contratual deixa de ser uma abstração, na medida em que no plano das conexões entre os sujeitos do contrato de trabalho diante da superioridade contratual de uma das partes efetive-se a possibilidade de distribuição de poderes de modo compensatório, tarefa que cumpre ao direito do trabalho e que deve ser pelo mesmo assumida criteriosamente para evitar a violação desmedida da vontade dos sujeitos contratantes e restringi-la a parâmetros se mostrem dosados.

É, também, a faculdade de autodeterminação do sujeito nas suas relações contratuais, respeitados os seus limites operativos, entendendo-se por liberdade a possibilidade de escolha de interesses na interatividade entre os sujeitos e sua efetiva transposição para o plano real.¹⁰¹

O direito do empregador em agir livremente na estipulação das futuras condições de trabalho, objeto do contrato preliminar, é limitado pelo Direito do Trabalho a fim de que não haja violação aos direitos dos trabalhadores, que se encontram em situação de extrema vulnerabilidade quando participantes deste momento preliminar ao contrato definitivo.

A liberdade contratual, segundo Dallegrave Neto, ocorre em duas dimensões: quanto à celebração dos negócios jurídicos e quanto à determinação do conteúdo do contrato.

A primeira tem-se mantida, em termos gerais, enquanto que a liberdade do conteúdo contratual tem sofrido amplas restrições. À medida que o Estado absorve maior componência social, reduz-se o espaço de autonomia, ampliando-se o espaço de heteronomia. Quanto mais interesse social, menos autonomia da vontade. O avanço de um é a medida do

⁹⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso...** Op. cit., p. 461.

¹⁰⁰ Art. 421 do Código Civil. “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

¹⁰¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho contemporâneo.** Op. cit., p. 364.

recuo da outra.¹⁰²

O artigo 444 da CLT¹⁰³ dispõe sobre um conteúdo mínimo do contrato de trabalho, o qual deve ser obedecido em sua formação.

A autonomia da vontade individual, portanto, embora limitada no que respeita às condições contratuais mínimas, resultantes da lei, do contrato coletivo ou da sentença normativa, subsiste no contrato de trabalho, necessariamente, na formação de seu contrato, que é um acordo de vontades, seja na estipulação de seu conteúdo, quando este for além do mínimo legal.¹⁰⁴

A análise do conteúdo mínimo constante no quanto dispõe o artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho vai além das disposições legais atinentes à proteção do trabalho.

No que tange aos pré-contratos de trabalho, momento em que o trabalhador encontra-se em maior exposição e hipossuficiência, possui em seu apoio os princípios constitucionais e os princípios basilares do Direito do Trabalho, a fim de resguardarem-se eventuais direitos que possam ser infringidos em razão do rompimento do pacto sem justo motivo.

Dentre muitos princípios aplicáveis à autonomia da vontade, sua limitação encontra barreiras ao obedecer aos princípios da boa-fé, da vedação ao abuso de direito, do dever de lealdade e informação.

Segundo Francisco Rossal de Araujo: “A relação entre o princípio da boa-fé e a autonomia da vontade é bastante intensa, e tem apresentado uma significativa evolução”.¹⁰⁵

Embora não seja o cerne nem seja objeto da presente dissertação, será realizada, ainda que de forma singela, uma análise perfunctória sobre a origem e desenvolvimento da boa-fé.

¹⁰² DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Contrato individual de trabalho**: uma visão estrutural. São Paulo: LTr, 1998, p. 32-33.

¹⁰³ Art. 444 – “As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.”

¹⁰⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. Op. cit., v. 1, p. 253.

¹⁰⁵ ARAUJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1996, p. 33.

A boa-fé é o pilar que norteia as relações jurídicas. No pré-contrato, é um dos institutos que delimita as boas intenções de se transmutar em definitivo o contrato preliminar.

Os princípios aqui estudados possuem sua origem e evolução no Direito Civil, mas são compatíveis com o Direito do Trabalho em razão de sua natureza protetiva.

No século XIX, em razão da rígida teoria da separação de Poderes, e por influência da escola da exegese, era pouco o espaço destinado aos juízes para a criação e inovação do Direito.

O liberalismo também apresenta seu reflexo ao deixar pequeno espaço para a interpretação judicial. O século XX apresenta relações jurídicas complexas e, portanto, exige mudanças e interpretações jurídicas que atendam aos fenômenos cada vez mais modernos que não são acompanhados pelas leis. É esse avanço que faz a jurisprudência se desenvolver a fim de coibir os contratos abusivos celebrados por uma parte cujo poder econômico é tão superior que chega a anular a liberdade contratual da outra.¹⁰⁶

Conforme Judith Martins-Costa:

A noção de boa-fé no direito provém do mundo romano, registrando já a Lei das Doze Tábuas a norma segundo a qual “*patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*”. Contudo, os historiadores indicam a sua ainda maior ancianidade, uma vez que a mesma norma estaria ligada segundo a tradição recolhida por Dionísio a Halicarnasso, à própria fundação de Roma, o que equivale a dizer que é tão antiga a instituição da clientela, embora aí esteja registrada pelo seu valor antinômico — *fraus*, e não *fides*.¹⁰⁷

Menezes Cordeiro, em sua obra-prima sobre o tema, discorre sobre a criação do instituto da boa-fé e, após, expõe sua evolução através da *fides* em sua forma pura.

A expressão “*fides bona*” foi criada pelo pretor, com um sentido técnico-jurídico. Da análise filológica da *fides*, conjugada com as suas

¹⁰⁶ ARAUJO, Francisco Rossal de. Op. cit.

¹⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 111.

manifestações dispersas em institutos concretos, resultou a descaracterização do termo e sua disponibilidade para dar cobertura a inovações jurídicas. Em determinada altura, nos textos jurídicos, surge a combinação *fides bona*. Esta, remetida ao juiz junto do “oportet” numa fórmula, significa, em termos não jurídicos, qualquer coisa como: “decida esta causa sem se ater ao formalismo habitual, antes tendo em conta a ausência de dolo das partes, o que elas efetivamente combinaram, o que já tenha sido decidido sobre o mesmo assunto, observando ainda se quem pede não deve, se não ouve despesas específicas advenientes da duração da causa...”, numa sequência que se foi complementando à medida da evolução histórica.¹⁰⁸

Necessária se faz, nestas preliminares acerca do princípio da boa-fé, a distinção entre os conceitos de boa-fé objetiva e subjetiva.

Os conceitos da mestra Judith Martins-Costa, entre muitos existentes na doutrina civilista, foram eleitos para trazerem tais definições em razão de seu didatismo e objetividade.

A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância escusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante a usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente, etc.). Pode denotar, ainda, secundariamente, a idéia de vinculação ao pactuado, no campo específico do direito contratual, nada mais aí significando do que um reforço ao princípio da obrigatoriedade do pactuado, de modo a se poder afirmar, em síntese, que a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio, ou na adstrição “egoística” à literalidade do pactuado.¹⁰⁹

A boa-fé subjetiva não é, portanto, somente a ignorância ou o desconhecimento, mas, também, é o erro escusável; um estado de crença justificável. Somente pode alegar possuir boa-fé aquele que se encontra em situação de erro justificável, mas não aquele que agir por leviandade, culpa ou falta de cautela.¹¹⁰

Tal modalidade de boa-fé tem o significado de “estado de consciência”. É subjetiva

¹⁰⁸ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 100-101.

¹⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 411-412.

¹¹⁰ GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 82.

porque se analisa a intenção e a convicção do sujeito da relação jurídica ao praticar o ato. A antítese da boa-fé subjetiva é a má-fé.¹¹¹

Por outro lado, há o princípio da boa-fé objetiva, que se configura pelos parâmetros de retidão de conduta, lealdade recíproca e honestidade nas relações jurídicas celebradas entre as partes.¹¹² Nas palavras de Judith Martins-Costa:

Já por boa-fé objetiva se quer significar — segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *common law* — modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídica, segundo o qual “cada pessoal deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade”. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo.¹¹³

Dos ensinamentos trazidos acima, depreende-se que a boa-fé objetiva é baliza das relações contratuais e que regula a conduta das partes.

Américo Plá Rodríguez faz interessante ponderação acerca da caracterização da boa-fé objetiva:

A boa-fé, entendida no significado objetivo de cumprimento honesto e escrupuloso das obrigações contratuais, se distingue da boa-fé subjetiva ou psicológica abrangente do erro ou falsa crença, e, segundo Grassetti, significa recíproca de conduta completamente legal nas relações sociais, causa que justifica “confiança” e, ao mesmo tempo, exigência imprescindível de conduta, precisamente para que a confiança fique justificada. As partes se acham obrigadas a uma lealdade recíproca de conduta — “*recta mente et firma devotione*” — que constitui em sua plena bilateralidade a mais alta expressão dos fatores jurídico-pessoais que matizam o contrato de trabalho.¹¹⁴

Complementa ainda sobre a boa-fé objetiva:

A boa-fé lealdade se refere à conduta da pessoa que considera cumprir

¹¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 411.

¹¹² Ibidem, p. 412.

¹¹³ Ibidem, p. 411.

¹¹⁴ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios...** Op. cit., p. 422.

realmente com o seu dever Pressupõe uma posição de honestidade e honradez no comércio jurídico, porquanto contém implícita a plena consciência de não enganar, não prejudicar, não causar danos, mais ainda: implica a convicção de que as transações são cumpridas normalmente, sem trapaças, sem abusos, sem desvirtuamentos.¹¹⁵

Sendo a lealdade contratual um dos princípios para que o contrato tenha sua formação plena, certo é que a boa-fé objetiva é a que vigora quando se estudam os contratos de trabalho e seus efeitos jurídicos.

A propósito, deve-se lembrar, sempre, que a boa-fé é um princípio que incide sobre todas as partes envolvidas no contrato, não importando se é empregado, empregador, acolhido ou não pelo princípio da hipossuficiência. A boa-fé deve inspirar tanto o trabalhador quanto o empresário.¹¹⁶

O princípio da boa-fé encontra-se disposto em nosso ordenamento jurídico através do quanto preleciona o artigo 422 do Código Civil.¹¹⁷

Em que pese o *caput* do artigo dispor sobre a obediência ao princípio da boa-fé apenas na conclusão do contrato, a doutrina entende que a boa-fé é princípio basilar do Direito, devendo nortear todas as fases e momentos contratuais do Direito.

As lições retiradas do Direito português, partilhadas pelo mestre Menezes Cordeiro, concluem pela aplicação da boa-fé em todas as fases do Direito, inclusive, na fase pré-contratual, em que o “comportamento das pessoas deve respeitar um conjunto de deveres reconduzidos, num prisma juspositivo e numa óptica histórico-cultural, a uma regra de actuação de boa-fé”.¹¹⁸

Ainda, o Direito lusitano utiliza-se do princípio da boa-fé para consagrar a boa-fé pré-contratual, através da interpretação do quanto dispõe o artigo 227º do Código Civil português¹¹⁹ sobre a boa-fé objetiva.¹²⁰

¹¹⁵ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios...** Op. cit., p. 425.

¹¹⁶ Ibidem, p. 426.

¹¹⁷ Art. 422, Código Civil. “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

¹¹⁸ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Op. cit., p. 632.

¹¹⁹ Artigo 227º (Culpa na formação dos contratos) “1. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena

No Direito pátrio, o entendimento acerca do alcance amplo do princípio da boa-fé é o mesmo do Direito português.

É importante precisar que, no caso de ruptura das negociações, a violação à boa-fé, caracterizará, necessariamente, a culpa do candidato a contratante, ao menos como negligência. Disso decorre que mesmo que não se considere o dever de reparar o dano decorrente do abuso de direito como um dos “casos especificados em lei” referidos no parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, a aferição da responsabilidade pela ruptura das negociações prescinde da consideração específica da culpa, porque a presença da figura é necessária à configuração do ilícito pré-contratual. Assim, a culpa desempenha um papel secundário na aferição da responsabilidade pela ruptura das negociações na medida em que estará sempre presente quando houver violação da boa-fé objetiva.¹²¹

Não é possível deixar de mencionar as lições do professor Antonio Junqueira de Azevedo, desta Casa, sobre a boa-fé objetiva na fase pré-contratual:

A boa-fé objetiva constitui, no campo contratual — sempre tomando-se o contrato como processo, ou procedimento —, norma que deve ser seguida nas várias fases das relações entre as partes; o pensamento, infelizmente, ainda muito difundido, de que somente a vontade das partes conduz o processo contratual, deve ser definitivamente afastado.

É preciso que na fase pré-contratual os candidatos a contratantes ajam, nas negociações preliminares e na declaração da oferta, com lealdade recíproca, dando as informações necessárias, evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso, impedindo a revelação de dados obtidos em confiança, não realizando rupturas abruptas e inesperadas das conversações etc.¹²²

Nos contratos preliminares, as partes são livres para investigarem as melhores condições para a celebração do contrato futuro.

No Direito do Trabalho, esta liberdade é mitigada em razão da limitação da autonomia da vontade do empregador e da hipossuficiência com que o trabalhador participa da relação jurídica.

de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.”

¹²⁰ MOREIRA, Sónia. O dever pré-contratual de informação: algumas questões relativamente aos seus pressupostos. **Scientia Iuridica: Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro**. São Paulo, v. 51, n. 294, p. 515-530, set./dez. 2002.

¹²¹ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 169-170.

¹²² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 176-177.

Contudo, a atuação e o procedimento das partes geram expectativas na parte contrária. A boa-fé reside em agir de forma leal a fim de que a outra parte esteja advertida das reais condições em que a negociação se encontra a fim de que não disponha de gastos desnecessários e tenha ciência, inclusive, sobre eventual impossibilidade de realização do contrato definitivo.¹²³

Importante ressaltar que a boa-fé não se confunde com a ética. “Se assim ocorresse, estar-se-ia exclusivamente no campo da extensão dos poderes conferidos ao juiz, ausente ou não existente o conteúdo substancial do princípio em exame.”¹²⁴

Contudo, como insistentemente tenho referido, a boa-fé objetiva é mais do que apelo à ética, é noção técnico-operativa que se especifica, no campo de função ora examinado, como o dever do juiz de tornar concreto o mandamento de respeito à recíproca confiança incumbente às partes contraentes por forma a não permitir que o contrato atinja finalidade oposta ou divergente daquela para o qual foi criado.¹²⁵

A autonomia da vontade no Direito do Trabalho, além de limitada pela lei, também se encontra limitada pelo princípio da boa-fé, o qual presume que as partes devem agir com lealdade a fim de os potenciais contratantes não terem prejuízos com o contrato que não venha a ser formado em razão da ausência de lealdade contratual.

A jurisprudência caminha neste sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. Registra a decisão regional que o reclamante sofreu dano moral em razão da inobservância pela reclamada da boa-fé nas tratativas e na conclusão do contrato de trabalho, fases pré e pós-contratuais, nos termos do artigo 422 do Código Civil; uma vez que a demissão do reclamante no mesmo dia da contratação demonstra o dolo da reclamada de somente retirar o empregado da empresa concorrente; particularmente, após o longo processo de seleção a que foi submetido. A apontada violação do artigo 5º, II, da Constituição Federal, no presente caso, se existente, seria indireta ou reflexa, em face da necessidade de prévia aferição de desrespeito da legislação infraconstitucional que regula a matéria controvertida em exame, o que inviabiliza o seguimento de

¹²³ GARCIA, Enéas Costa. Op. cit., p. 83.

¹²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 437.

¹²⁵ Ibidem, p. 437.

recurso de revista.¹²⁶

Contornando o princípio da boa-fé, a teoria do abuso de direito existe no sentido de que o exercício dos direitos e obrigações deve ser exercido dentro de limites que não ultrapassem a ética, a moral, a boa-fé e demais princípios que norteiam as relações jurídicas.

Milton Lautenschläger afirma que: “O abuso de direito é, antes de tudo, um ato humano, ou seja, um ato proveniente da atividade humana com repercussão no âmbito do direito.”¹²⁷

Em princípio, entendia-se que os direitos potestativos eram insuscetíveis de abuso. Tal entendimento, entretanto, vem sofrendo alterações e entende-se que mesmo os direitos tidos como potestativos são possíveis de serem afetados pelo abuso de direito.¹²⁸ Devem-se enquadrar os direitos potestativos, e aí repousam os contratos e os pré-contratos, como suscetíveis de abuso de direito. Isto porque a autonomia da liberdade contratual não é plena e devem ser freadas todas as tentativas de que atos jurídicos suplantem os princípios basilares do Direito e a boa-fé.

O abuso de direito é considerado ato ilícito, conforme disposição constante no artigo 187 do Código Civil brasileiro.¹²⁹

Tal classificação não é unânime na jurisprudência, havendo posicionamento no sentido de caracterizar o abuso de direito como ato ilícito,¹³⁰ bem como entendimentos em sentido contrário, no sentido de ser classificado como um gênero autônomo.¹³¹

¹²⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 900-82.2010.5.01.0000**. Relator Ministro Pedro Paulo Manus, 7ª T., p. 18 nov. 2011.

¹²⁷ LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Abuso de direito**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 53.

¹²⁸ Ibidem, p. 100.

¹²⁹ 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.”

¹³⁰ THEODORO, Jr., Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**: arts. 185 a 232: t. 2: v. 3. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 116; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5.ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 158; SESSAREGO, Carlos Fernández. **Abuso del derecho**. Buenos Aires: Alfredo y Ricardo DePalma, 1992, p. 36.

¹³¹ JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: Juspodium, 2006, p. 101.

O abuso de direito pode ser caracterizado por aspectos subjetivos e objetivos. Os primeiros são exercitados no intuito de prejudicar aquele que exerce o direito ou a obrigação. Já o abuso de direito, de caráter objetivo, possui como foco a ocorrência do resultado danoso, deixando-se de lado os fatores psicológicos. Salienta, ainda, Francisco Rossal de Araujo, que o abuso de direito pode carregar em sua ocorrência características objetivas e subjetivas, variando de maneira eclética.¹³²

Sessarego expõe a finalidade da teoria do abuso de direito:

A teoria do abuso de direito tem o significado de se colocar como uma necessária e justa limitação das prerrogativas individuais, ainda que de naturezas imprecisas, destinadas a limitar por via jurisprudencial os excessos cometidos em nome do individualismo sem fronteiras.¹³³

A teoria do abuso de direito tem sido admitida na jurisprudência com fundamento nas limitações trazidas pelo direito subjetivo em que o exercício do direito deve se submeter aos limites da boa-fé, da moral e dos bons costumes, além de não contrariar a finalidade da lei referente ao direito a ser exercitado.¹³⁴

Josserand trata da aplicação da teoria do abuso de direito no sentido de exercitar abusivamente um direito negativo de não contratar, fornecendo o seguinte exemplo:

[...] Um patrão que sempre se recusa a contratar trabalhadores sindicalizados, e segue com esta política, a fim de prejudicar o sindicato dos trabalhadores. Como o sindicato é uma instituição regular, a atitude patronal é ilícita e sua responsabilidade resta comprometida.¹³⁵

O exemplo acima vai ao encontro com o tema em análise do abuso de direito nas relações pré-contratuais trabalhistas.

¹³² ARAUJO, Francisco Rossal de. Op. cit. p. 42.

¹³³ Tradução livre do original: “*La teoría del abuso del derecho tiene el significado de irrumpir como una necesaria y justa limitación de las prerrogativas individuales, de naturalezas aún imprecisa, tendiente a restringir por la vía jurisprudencial los excesos cometidos en nombre de un individualismo sin fronteras.*” (SESSAREGO, Carlos Fernández. Op. cit., p. 117).

¹³⁴ Ibidem, p. 42-43.

¹³⁵ Tradução livre do original: “[...] *un patrón que rehúsa sistemáticamente enganchar a cualquier obrero sindicalizado, y sigue esta política con el propósito de perjudicar al sindicato obrero. Ahora bien, como ese sindicato es una institución regular, el fin que el patrón persigue el ilícito y su responsabilidad se compromete.*” (JOSSEMAND, Louis. **Del abuso de los derechos y otros ensayos**. Santa fé de Bogotá, Colombia: Temis, 1999, p. 15).

Exemplo clássico é o do empregador que, por razões subjetivas, deixa de efetivar a contratação de um trabalhador que já havia sido selecionado e cujo posto de trabalho já lhe fora prometido.

Certamente esta é uma situação que deve ser combatida em nosso Direito a fim de que o abuso de direito não suplante os princípios basilares das relações jurídicas.

Atrelado ao princípio da boa-fé e à proibição do abuso do direito, a autonomia da vontade encontra-se limitada pelo dever de informação.

Ao se falar em pré-contrato de trabalho, deve-se ter em mente que as partes participantes deste momento jurídico devem pautar suas intenções em razão do princípio da boa-fé, bem como, além de agir de maneira proba, prestar as informações necessárias para que a parte contrária não incorra em erro sobre o contrato a ser formado.

O dever de informação implica no dever à verdade.¹³⁶

Ao empregador cabe informar ao reclamante sobre as reais atividades a serem realizadas, condições de trabalho, benefícios, jornada de trabalho e demais entes que compõem o contrato de trabalho.

Quanto ao empregado, também lhe incumbe o dever de informar sua real experiência, intenção de remuneração e perspectivas de trabalho, a fim de que não se criem falsas expectativas quanto ao contrato futuro.

As informações prestadas no momento das tratativas pré-contratuais devem refletir integralmente as condições de trabalho que serão encontradas no momento da execução do contrato de trabalho.

As informações devem ser relevantes, essenciais e úteis para a decisão de contratar, além de pertinentes ao objeto do contrato. Ainda, só se forma a obrigação de informar se há a “assimetria de informações”, ou seja: uma parte desconhece as informações que a

¹³⁶ SILVA, Eva Sónia Moreira da. **Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 115.

outra parte tem conhecimento, mas deveria ter conhecimento e não tem por impossibilidade de se autoinformar.¹³⁷

O dever de informar coloca as partes em uma certa igualdade a fim de que se formule um prognóstico sobre o conteúdo do contrato futuro e de que se o fundamente na negociação preliminar.¹³⁸

Sobre o dever de informação na fase pré-contratual, continua a lecionar o doutrinador italiano Giuseppe Grisi:

É certo, porém, que, se a obrigação de informação pré-contratual fora cumprida, a inadequação seria aparente. É, portanto, evidente a importância da obrigação de notificação prévia, em fase de negociação, a fim de que as partes estejam bem informadas, para que sejam um operador “profissional” em um setor de “alta especialização”, clara é a estreita ligação entre a exigência de boa-fé para a realização das negociações, a fim de que se entregue o pactuado, garantindo a eficácia das tratativas.¹³⁹

As obrigações de informação no pré-contrato devem ser anteriores à conclusão, ainda que parcial, do contrato. Devem ser efetivas, a fim de que as informações sejam transmitidas a tempo da formação do contrato e não após sua conclusão.¹⁴⁰

A omissão de informação, de maneira a inviabilizar a formação dos contratos, através de prática de ato doloso, encontra-se incluída em nosso ordenamento jurídico através do quanto dispõe o artigo 147 do Código Civil.¹⁴¹

Assim como a ausência de boa-fé, a informação inexistente ou falaciosa que inviabilize a formação do contrato definitivo, em desacordo com o objeto do pré-contrato,

¹³⁷ SILVA, Eva Sónia Moreira da. Op. cit., p. 145.

¹³⁸ GRISI, GIUSEPPE. **L'obbligo precontrattuale di informazione**. Napoli: Jovene, 1990, p. 107.

¹³⁹ Tradução livre do original: “*É certo, tuttavia, che se l'obbligo precontrattuale di informazione fosse stato adempiuto, l'inopportunità si sarebbe palesata. È, quindi, quanto mai evidente la valenza preventiva dell'obbligo di comunicazione, nella fase della trattativa, posto in capo al soggetto meglio informato, per essere operatore "professionale" in un settore ad alta 'specializzazione'; pure chiaro è lo stretto nesso che lega l'operatività del precetto di buona fede alla realizzazione di un assetto di interessi conforme al volere delle parti, a garanzia dell'efficienza economica della trattazione.*” (Ibidem, p. 247).

¹⁴⁰ FABRE-MAGNAN, Muriel. **De l'obligation d'information dans les contrats**: essai d'une théorie. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992, p. 336-337.

¹⁴¹ Art. 147, Código Civil. “Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.”

deve ser analisada para fins de apuração de eventual responsabilidade civil.

2.3 Da não discriminação

Combater a discriminação, seja no trabalho, seja social ou de qualquer outra espécie, tem sido objeto de forte regulamentação, sanção e orientação por parte das entidades de Direito nacionais e internacionais.

Destaca-se o trabalho realizado pela Organização Internacional do Trabalho – OIT, que, desde sua constituição em 1919, promulgou recomendações visando à diminuição de atos discriminatórios, dentre os quais a equiparação de salários realizados por pessoas que exerçam as mesmas atividades e a adequação das relações de trabalho.¹⁴²

Contudo, foi através da Convenção n. 111 da OIT, de 1958,¹⁴³ a qual tratou especificamente da discriminação no acesso ao trabalho e ao emprego, que o combate a esta forma de segregação passou a ser objeto de preocupação mundial.

Nos termos do artigo primeiro da mencionada Convenção, discriminação é conceituada como “toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão”.

Inclui-se, ainda, “qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou tratamento no emprego ou profissão”, desde que haja consulta prévia aos órgãos representativos de empregados e empregadores ou outros órgãos locais, a fim de que sejam estabelecidos os novos parâmetros.

Embora o Brasil tenha ratificado a Convenção n. 111 da OIT em 26 de novembro de 1965, o assunto passou a ser tratado de maneira específica e com o enfoque preceituado pela aludida Convenção apenas com a Constituição de 1988.

¹⁴² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Origins and History**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--en/index.htm>>. Acesso em: 18 maio 2013.

¹⁴³ V. Anexo 1.

Embora o princípio geral antidiscriminatório da Constituição Federal esteja contido no inciso XLI do artigo 5º,¹⁴⁴ é importante salientar que a Lei Fundamental também cuidou de tratar expressamente das discriminações nas relações de trabalho nos incisos XXX, XXXI e XXXII do artigo 7º.¹⁴⁵

Godinho Delgado define discriminação como a “conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”.¹⁴⁶

Para Yara Maria Pereira Gurgel, discriminar significa “distinguir uma coisa de outra, estabelecer diferenças, separar, segregar, desprezar, dar tratamento de inferioridade a alguém de forma arbitrária, causando-lhe prejuízo, sem considerar os méritos e talentos pessoais”.¹⁴⁷

“Discriminação ocorre quando a pessoa é tratada de maneira menos favorável que outros em razão de características não relacionadas com suas competências ou requisitos inerentes ao trabalho a ser realizado”,¹⁴⁸ conforme definição trazida pela OIT em um de seus documentos declaratórios contra a discriminação laboral.

Necessário se faz salientar que nem todas as distinções que se possam fazer para o preenchimento de uma vaga de emprego são consideradas atitudes discriminatórias.

As “distinções, exclusões ou preferências, com base em qualificações exigidas para determinado emprego”, não são consideradas como discriminação nos termos do quanto

¹⁴⁴ Art.5º, XLI – “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”

¹⁴⁵ Art.7º, XXX – “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”

Art.7º, XXXI – “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”

Art7º, XXXII – “proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”

¹⁴⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed., São Paulo: LTr, 2007, p. 774.

¹⁴⁷ GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p. 47.

¹⁴⁸ Tradução livre do original: “Discrimination occurs when a person is treated less favorably than others because of characteristics that are not related to the person’s competencies or the inherent requirements of the job.” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Discrimination and Equality**. Disponível em: <http://www.ilo.org/empent/areas/business-helpdesk/WCMS_DOC_ENT_HLP_BDE_EN/lang--en/index.htm>. Acesso em: 24 maio 2013).

consta do artigo 2º da Convenção n. 111 da OIT.

Assim, não configuram discriminação as exigências que se enquadrem como qualificações técnicas para o cargo a ser exercido.

Tais qualificações, todavia, quando postas, devem ser analisadas com muita cautela, a fim de que não se tornem discriminações veladas.

Importante ressaltar as diferenças existentes entre os conceitos de igualdade e não discriminação.

Godinho Delgado pontua de maneira clara a diferença entre os institutos:

O princípio da não-discriminação é princípio de proteção, de resistência, denegatório de conduta que se considera gravemente censurável. Portanto, labora sobre um piso de civilidade que se considera mínimo para a convivência entre as pessoas.

Já o princípio da isonomia é mais amplo, mas impreciso, mais pretensioso. Ela ultrapassa, sem dúvida, a mera não-discriminação, buscando igualizar o tratamento jurídico a pessoas ou situações que tenham relevante ponto de contato entre si. Mas não é, necessariamente (embora em certas situações concretas possa se confundir com isso), princípio de resistência básica, que queira essencialmente evitar conduta diferenciadora por fator injustamente desqualificante.¹⁴⁹

A vedação à discriminação vai além da obrigação de tratamento de igualdade, no sentido de que possui a finalidade de impor a abstenção de prática discriminatória em face dos particulares e do Estado.¹⁵⁰

O princípio da não discriminação se enquadra como um dever negativo, o dever de deixar de praticar conduta que desloque a pessoa do grupo em razão de características personalíssimas que a lei não excepcione.

Não discriminar se traduz em oferecer tratamento especial às pessoas pertencentes aos grupos vulneráveis, buscando capacitá-las ao exercício dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentos, sob o aparato da igualdade substancial. Assim, o Princípio da Igualdade tem como

¹⁴⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso...** Op. cit., p. 776.

¹⁵⁰ LIMA, Firmino Alves. **Teoria da discriminação nas relações de trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 51.

desdobramento, além da obrigação de diferenciar o tratamento para proporcionar igualdade jurídica e dar vazão às necessidades específicas, a proibição da discriminação.¹⁵¹

Segundo o doutrinador Firmino Alves Lima, o ato discriminatório pode ser classificado em razão de sua intencionalidade, em relação à sua prejudicialidade, em razão dos seus motivos, em relação à posição das partes envolvidas ou, ainda, pode ser analisado a partir do momento em que é configurada sua prática.¹⁵² Quanto a esta última, o autor entende que a discriminação pode ser praticada durante o contrato do trabalho, após o seu término ou, ainda, no momento pré-contratual, que é o que realmente interessa para o escopo deste trabalho.

São muitas as situações que envolvem a discriminação pré-contratual, o que, infelizmente, quase nada é tratado no Brasil em termos legislativos a respeito dessa complexa matéria. Tais posturas são muitas vezes fomentadas por uma grande criatividade dos empregadores para a adoção de práticas discriminatórias.¹⁵³

O momento pré-contratual é riquíssimo para a realização de atos discriminatórios, em razão de algum traço físico, personalidade, idade, religião, entre outras.

No que tange à sua intencionalidade, a discriminação pode ser classificada como intencional ou não intencional. Alice Monteiro de Barros a classifica como discriminação direta ou indireta. Traz ainda uma terceira espécie: a discriminação oculta.¹⁵⁴ No mesmo sentido é o entendimento do professor Cássio Mesquita Barros.¹⁵⁵

A discriminação intencional ou direta é aquela praticada de maneira explícita, de modo a evidenciar a suposta desqualificação da vítima de forma clara e sem deixar dúvidas de que o ato praticado tinha a única e irremediável intenção de evidenciar característica e segregar o indivíduo por força de tal peculiaridade, apesar de a lei não permitir diferenciações.

¹⁵¹ GURGEL, Yara Maria Pereira. Op. cit., p. 49.

¹⁵² LIMA, Firmino Alves. Op. cit., p. 189-222.

¹⁵³ Ibidem, p. 220.

¹⁵⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso...** Op. cit., p. 893-894.

¹⁵⁵ BARROS JUNIOR, Cássio de Mesquita. Discriminação. In: MARTINS, Sérgio Pinto; MESSA, Ana Flávia (Coords.). **Empresa e trabalho**: estudos em homenagem a Amador Paes de Almeida. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 241-244.

Já a discriminação não intencional ou indireta é mais complexa que a anterior. “A discriminação indireta traduz um tratamento formalmente igual, mas que produzirá efeitos diversos em determinados grupos.”¹⁵⁶ Tal espécie discriminatória ocorre ao se impor características que em princípio não são segregacionistas, mas que atingem determinados grupos de trabalhadores de maneira específica.

A Diretiva n. 1997/80 da União Europeia, de 15 de dezembro de 1997, em seu artigo 2º, item 2, apresenta o conceito de discriminação indireta, a qual é verificada:

sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra afete uma proporção consideravelmente mais elevada de pessoas de um sexo, salvo quando essas disposições, critérios ou práticas sejam adequadas e necessárias e possam ser justificadas por fatores objetivos não relacionados com o sexo.

No sentido de regulamentar a discriminação indireta, também se faz necessário mencionar as diretivas 2000/43, 2000/78 e 2002/73 da União Europeia, que, respectivamente: tratou do princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica; estabeleceu um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional; e tratou do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, no que se refere ao acesso ao emprego.

A discriminação indireta não está somente ligada a critérios excludentes entre os sexos, mas, sim, a todas e quaisquer características que sejam impostas de forma a separar indivíduos que deveriam estar contidos no mesmo grupo.

Na relação pré-contratual, o exemplo que pode ser observado a título de discriminação indireta é a realização de processo seletivo diferenciado para candidatos a uma mesma espécie de vaga, ou, ainda, exigir competências desnecessárias ao cargo a ser ocupado, *e.g.*, exigir curso de datilografia para preenchimento de vaga de balconista.

Para Firmino Alves Lima: “No caso da discriminação não intencional, a prova de uma necessidade do empregador ou mesmo de um critério de proporcionalidade pode

¹⁵⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso...** Op. cit., p.893

eximi-lo de ser responsável pelos resultados discriminatórios.”¹⁵⁷

Já as discriminações tidas como ocultas “ocorrem quando o motivo proibido, não confessado, é realmente o determinante, embora disfarçado sob a capa de outra causa”.¹⁵⁸ “Na discriminação oculta, determinado empregador age deliberadamente com propósitos discriminatórios; no entanto, sua intenção é camuflada ou escamoteada.”¹⁵⁹ “A discriminação oculta vem disfarçada sob a forma de outro motivo e o verdadeiro é ocultado, daí sua intenção em discriminar.”¹⁶⁰

Nesta espécie de discriminação o empregador toma uma atitude aparentemente neutra, mas imbuída de conteúdo discriminatório.

Exemplo típico é a não contratação de candidatas gestantes ou de pessoas que possuam tatuagens, fumantes, obesas, que tenham acima de certa idade ou, ainda, que não sejam “simpáticas”, “agradáveis” ou “que não tenham postura profissional” aos olhos do selecionador.

O fundamento para a não contratação certamente será o de que havia outro candidato que melhor se adequava ao cargo pretendido e não a real motivação.

A comprovação da ocorrência desta modalidade de dano não é trivial, em razão de sua exteriorização ser camuflada.

Contudo, havendo desconfiança do empregado preterido de que se sua contratação não se deu, por exemplo, por não ser jovem ou possuir tatuagens em seu corpo, basta que se analise o quadro de empregados. Se não houver nenhum empregado na empresa com tais características, há forte indício de que a não contratação teve caráter discriminatório e deve ser investigada.

Retomando as classificações das discriminações, Firmino Alves Lima aduz que as discriminações, em razão de sua prejudicialidade, podem ser positivas ou negativas:

¹⁵⁷ LIMA, Firmino Alves. Op. cit., p. 208.

¹⁵⁸ BARROS JUNIOR, Cássio de Mesquita. Discriminação. Op. cit., p. 243.

¹⁵⁹ LIMA, Firmino Alves. Op. cit., p. 208.

¹⁶⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso...** Op. cit., p. 893.

“Discriminações negativas são aquelas modalidades de discriminação que podem tratar alguém de maneira menos favorável que outra pessoa ou grupo bem como implicam em exclusão ou prejuízo acentuado para determinada pessoa do grupo.”¹⁶¹

A discriminação que resulta em prejudicialidade negativa é considerada a espécie clássica de conduta discriminatória.

Já as “discriminações positivas são aquelas deliberadamente adotadas, em caráter temporário para, por meio de atitudes diferenciadoras, procurar promover socialmente determinados grupos historicamente prejudicados, conferindo-lhe maior igualdade de oportunidades.”¹⁶²

As discriminações de caráter positivo são aquelas criadas justamente para integrar um grupo que esteve marginalizado do mercado de trabalho por uma característica peculiar. Exemplo prático é a Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, que trata das cotas para os deficientes físicos nas empresas.

No que tange aos motivos das práticas discriminatórias, estas podem ser classificadas em motivos naturais, sociais e mistos.

A discriminação por motivos sociais é totalmente diferente da discriminação por motivos naturais, eis que a última pode promover reflexos fora do ambiente do trabalho, sem provocar qualquer alteração nas condições de trabalho. Muitas vezes, a discriminação por motivos sociais não traduz uma desvantagem para a vítima no ambiente de trabalho, mas situação de complexa gravidade fora dele, prejudicando o exercício de liberdades sociais e políticas.

[...]

Em primeiro lugar, deverão ser identificados os motivos, para saber se existe uma discriminação por motivos mistos, bem como se o ato supostamente discriminatório a ser discutido deva ser composto de motivos legítimos e ilegítimos, bem como a natureza dos motivos legítimos (naturais e/ou sociais). A apreciação dessa complexa situação pede uma apreciação separada dos motivos legítimos e ilegítimos. Será necessário saber se os motivos ilegítimos tiveram influência relevante na atitude apresentada como suposta discriminação para sua configuração.¹⁶³

Por fim, a classificação da discriminação se dá em razão da posição das partes

¹⁶¹ LIMA, Firmino Alves. Op. cit., p. 211

¹⁶² Ibidem, p. 213.

¹⁶³ Ibidem, p. 217.

envolvidas na prática de tais atitudes, sendo estas as discriminações vertical, vertical invertida, horizontal ou reflexiva.

Discriminações verticais são aquelas praticadas pelo empregador em relação aos seus subordinados, ou, ainda, pelos agentes de recrutamento em relação aos candidatos à vaga de emprego.¹⁶⁴

As discriminações verticais invertidas são aquelas cometidas por grupo de trabalho de modo a prejudicar seu superior hierárquico. O grupo, em conjunto, deixa de apresentar resultados favoráveis ou atuar da forma que foram treinados de modo a que o responsável pela equipe seja prejudicado ou demitido da empresa.¹⁶⁵ Essa espécie de discriminação não é realizada na fase pré-contratual.

A discriminação horizontal é praticada por colegas de trabalho que se situam no mesmo nível hierárquico, através de atitudes ofensivas, isolacionistas e aviltantes em relação a outros trabalhadores.

Já a discriminação reflexa ocorre em razão de que alguém próximo ao empregado tenha alguma característica que reflita no relacionamento entre o trabalhador, como por exemplo, um empregado que possua filho com deficiência que demande cuidados especiais que venham a limitar os horários de trabalho ou viagens. Tais limitações certamente evitarão que tais empregados obtenham cargos gerenciais.¹⁶⁶

Observa Boucinhas Filho que a discriminação pré-contratual caracteriza-se, em síntese, pela prática pelo empregador dos seguintes atos: a) utilização de parâmetro que não guarde relação com a capacidade do candidato; b) critérios de seleção reprovável ou que não possua relação com o cargo a ser exercido; c) procedimentos de seleção que excluam uma categoria específica de pessoas.¹⁶⁷

¹⁶⁴ LIMA, Firmino Alves. Op. cit., p. 218.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 218.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 219.

¹⁶⁷ BOUCINHAS FILHO. Jorge Cavalcanti. **Discriminação por sobrequalificação**. São Paulo: LTr, 2009, p. 115.

2.3.1 Sobre os processos seletivos

O recrutamento de pessoas para o trabalho existe desde o início dos tempos.

Na Idade Antiga, o critério de seleção era a força física. A referência era basicamente o critério anatômico e a resistência, não importando sequer o local geográfico ou qualquer outro juízo para a obtenção da mão de obra.

No início da Revolução Industrial, enquanto se desenvolvia a nova ordem de produção, o recrutamento de trabalhadores se dava de forma coercitiva e com remuneração destinada unicamente à subsistência básica, considerando-se a precariedade do sistema econômico-social que se fundava no início do século XVIII.

A partir da sistematização do sistema fordista de trabalho, marcado pela altíssima especialização e pela fragmentação de trabalho, o processo de recrutamento de operários voltou-se para a obtenção de trabalhadores que pudessem realizar tarefas determinadas e qualificadas em cada operação da produção. Ainda que de forma empírica, as contratações tinham por objetivo a realização de atividades segmentadas.¹⁶⁸

Considerando-se o quadro acima exposto começaram a despontar as primeiras teorias de recrutamento e seleção, iniciadas, à época, por Frederick Winslow Taylor (1856-1915) e por Jules Henri Fayol (1841-1925) e que vêm se desenvolvendo, transmutando-se e inovando-se de forma vertiginosa e criativa.

Para Taylor, a fim de que houvesse eficiência nacional quanto aos meios produtivos, a empresa contratante não deveria tirar de outras empresas os profissionais já treinados, mas, sim, treinar seus próprios homens para que o sistema funcionasse em regime de cooperação.

Ainda, se o trabalhador exercesse as atividades que mais fossem compatíveis com suas aptidões, maior seria a produtividade e o lucro da empresa.

¹⁶⁸ CARVALHO, Ieda Maria Vecchioni; PASSOS, Antônio Eugênio Valverde Mariani; SARAIVA, Susana Barros Corrêa. **Recrutamento e seleção por competências**. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 18-20.

Sob a ótica dos estudos de Fayol, o recrutamento do pessoal definiria o destino da empresa, posto que se deveria atribuir graus de importância às capacidades a fim de valorar o pessoal da empresa de acordo com os aspectos operacionais dos ofícios.¹⁶⁹

A partir do final de 1920, notou-se a tendência de humanização das relações entre as pessoas, nos Estados-Unidos, sendo a “escola de relações humanas a primeira a se ocupar, de forma sistemática e metódica, dos aspectos humanos da organização”.¹⁷⁰

Atualmente, a competitividade sobrepõe-se à eficiência: não basta mais produzir da melhor forma possível. A utilização otimizada dos recursos, ou seja, a eficiência é a condição necessária, mas não suficiente para a competitividade organizacional. É preciso estar em constante sintonia com as inovações, e a preocupação com a satisfação do cliente externo é equitativa com a do cliente interno,

Pelo que podemos analisar, o recrutamento e a seleção vêm, ao longo do tempo, exigindo cada vez mais a compreensão de um universo abstrato sobre personalidade e motivação do candidato. A assunção de que o indivíduo, necessariamente, afeta a organização, seja de forma positiva, seja de forma negativa, é tendência do pensamento administrativo contemporâneo de acordo com a qual a centralização e o autoritarismo cedem lugar à competência e ao profissionalismo.¹⁷¹

Ainda que as teorias modernas de seleção levem em consideração competências pessoais do trabalhador, podem-se perceber de maneira clara os conceitos primários dos teóricos fordistas de maximização da exploração da mão de obra do trabalhador como engrenagem da empresa, ainda nos dias atuais.

“Novos processos de trabalho emergem, onde o cronômetro e a produção em série são substituídos pela flexibilização da produção, por novos padrões de busca de produtividade, por novas formas de adequação da produção à lógica do mercado.”¹⁷²

Partindo-se deste esboço histórico que retrata o modo de contratação de trabalhadores, necessária se faz a verificação dos critérios práticos de seleção e de que modo se enquadram no momento pré-contratual da relação de emprego.

¹⁶⁹ CARVALHO, Ieda Maria Vecchioni; PASSOS, Antônio Eugênio Valverde Mariani; SARAIVA, Susana Barros Corrêa. Op. cit., p. 21-25.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 25.

¹⁷¹ Ibidem, p. 31.

¹⁷² ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaios sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 210.

Conforme exposto no capítulo anterior, as negociações preliminares, nas quais está enquadrado o processo seletivo, diferenciam-se do contrato preliminar, já que não gera obrigações em relação a um contrato futuro, mas pode gerar indenizações decorrentes de responsabilidade civil.

A seleção do trabalhador se dá basicamente através da realização de testes, dinâmicas em grupo e entrevistas pessoais.¹⁷³

“O maior objetivo das dinâmicas consiste em se poder identificar e analisar a interação de cada candidato com os demais participantes, associando sua conduta no grupo àquela esperada no caso de vir a ingressar na organização.”¹⁷⁴

Nas atividades destinadas à dinâmica em grupo são realizados jogos, atividades interativas, propostos desafios e até gincanas aos participantes a fim de que eles solucionem problemas, muitas vezes enfrentando-se e mostrando ao recrutador suas habilidades.

Tais atividades são, em regra, surpresas ao candidato, que embora esteja na dinâmica não sabe a situação que lhe será apresentada nem como se portará nela.

O recrutador, por outro lado, não poderá colocar o candidato em situação vexatória, deselegante, intimidatória, coercitiva ou, ainda, que coloque o participante em situação de inferioridade ante os demais participantes.

Qualquer situação que discrimine o candidato de qualquer forma ou que afronte quaisquer direitos de sua personalidade devem ser prontamente rechaçadas e os danos reparados.

As entrevistas pessoais, entretanto, são o grande escoadouro das possibilidades de ocorrência de atos discriminatórios, dada a sua subjetividade.

¹⁷³ CARVALHO, Ieda Maria Vecchioni; PASSOS, Antônio Eugênio Valverde Mariani; SARAIVA, Susana Barros Corrêa. Op. cit., p. 77-95.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 83.

Muitas vezes os candidatos são “convidados” a responder questionários que contêm perguntas acerca da religião, preferência sexual, associação sindical ou ainda sobre histórico de eventuais doenças que seus ascendentes são portadores, de modo a expor a intimidade e a vida pessoal do trabalhador.

As entrevistas podem ser classificadas em estruturadas e não estruturadas. As que fazem parte da primeira espécie possuem as mesmas características para todos os entrevistados, ou seja, formula-se um rol de perguntas que são utilizadas para todos os candidatos. Nas entrevistas não estruturadas, a seleção de perguntas não apresenta um único padrão para todos os candidatos.¹⁷⁵

Entrevistas não estruturadas muitas vezes se concentram mais em constructos como inteligência geral, educação, experiência de trabalho e interesses, enquanto as entrevistas estruturadas se concentram mais em constructos como conhecimento do cargo, habilidades interpessoais e sociais e soluções de problemas.¹⁷⁶

A entrevista comportamental é um tipo de entrevista estruturada. Nesta espécie, “parte-se da premissa que o melhor preditor do comportamento de uma pessoa no futuro é seu comportamento no passado em situações e ambientes similares”.¹⁷⁷

Qualquer entrevista pretende ser uma medida de pessoas. Como medida, ou instrumento de precisão, ele deve precaver-se de interferências negativas, excesso de dosagem ou erros de critério. Esses são os assim chamados preconceitos. [...]. Os preconceitos são atitudes permanentes, e, portanto, causam desvios permanentes.¹⁷⁸

Os preconceitos podem ser incontáveis. Alguns deles: 1. Basear-se em opiniões particulares; 2. Deixar-se levar pela influência (efeito de halo) que a pessoa exerce em seu meio; 3. Preferências por certo tipo humano; 4. Preconceitos de raça, religião ou política; 5. Pensar que há somente um estereótipo para cada função; 6. Tomar as características do homem ideal de modo isolado e não no conjunto; 7. Pensar que a experiência anterior é a melhor garantia de habilidade. Pode também ser sinal de mediocridade; 8. Apoiar-se no

¹⁷⁵ MUCHINSKY, Paul M. **Psicologia organizacional**. Tradução Ruth Gabriela Bahr. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2004, p. 113.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 113.

¹⁷⁷ SANTOS, Seille C. Garcia. Entrevista comportamental aliada aos testes psicológicos na avaliação por competências. In: PEREIRA, Daniela Forgiarini; BANDEIRA, Denise Ruschel (Orgs.). **Aspectos práticos da avaliação psicológica nas organizações**. São Paulo: Vetor, 2009, p. 25.

¹⁷⁸ LODI, J. B. **Manual de entrevistas de pessoal**. São Paulo: Livraria Pioneira, 1965, p. 28.

homem médio para não incorrer no perigo dos extremos.¹⁷⁹

Além dos preconceitos exercidos pelo entrevistador, não se pode olvidar da discriminação de caráter estético, tão crescente e emblemática na atualidade.

Atualmente, a qualificação pela estética profissional está sendo institucionalizada como condição para contratação, promoção, enfim, para o progresso profissional, por consequência permitindo àqueles que manipulam a mencionada qualificação alegar não ser ela discriminação sob o pretexto de consistir em requisito necessário para que a função seja realizada adequada.¹⁸⁰

A dificuldade em se combater a discriminação estética reside no fato de que os recrutadores conseguem dissimular a não contratação do candidato sob o argumento do não preenchimento de algum outro requisito que não possua correlação com a aparência ou postura do candidato.

Tão ou mais contestáveis quanto as entrevistas de empregos, os testes aplicados àqueles que se candidatam a uma vaga de emprego devem ser analisados com muita cautela, eis que campo fértil para a prática da invasão de privacidade aos direitos de personalidade daquele que, por necessidade de conseguir uma oportunidade de trabalho, submete-se a eles. Nas palavras de Ieda Maria Carvalho:

Os testes psicológicos, em geral, visam avaliar ou identificar os comportamentos mais frequentes dos candidatos, as características básicas de sua personalidade, ou, ainda, determinadas habilidades e raciocínios. Estes testes só devem ser aplicados ou analisados por um psicólogo, podendo apresentar-se no formato objetivo ou projetivo.¹⁸¹

Segundo o Conselho de Psicologia, os testes psicológicos devem ser aplicados por psicólogos, obedecendo apenas as determinações de sigilo constantes no Código de Ética¹⁸² dos profissionais da área.

¹⁷⁹ LODI, J. B. Op. cit., p. 29.

¹⁸⁰ MARQUES. Christiani. **O contrato de trabalho e a discriminação estética**. São Paulo: LTr, 2002, p. 37.

¹⁸¹ CARVALHO, Ieda Maria Vecchioni; PASSOS, Antônio Eugênio Valverde Mariani; SARAIVA, Susana Barros Corrêa. Op. cit., p. 18-20.

¹⁸² Art. 9º - “É dever do psicólogo respeitar o sigilo profissional a fim de proteger, por meio da confidencialidade, a intimidade das pessoas, grupos ou organizações, a que tenha acesso no exercício profissional.” (BRASIL. Conselho Federal de Psicologia. **Código de Ética**, 2005. Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2012/07/codigo_etica.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2013).

A questão ética para American Psychological Association é de extrema relevância e importância. Para essa instituição, os testes realizados não devem invadir a privacidade do candidato, bem como deve haver sigilo e restrição de acesso aos resultados de testes.¹⁸³

Os testes devem ser usados para finalidades precisas; eles não devem ser usados para obter informações que não sejam pertinentes ao desempenho do cargo. Por exemplo, se um teste de compreensão mecânica é usado para contratar mecânicos, a empresa não deve aplicar um inventário de interesses só para conhecer os hobbies e as atividades de lazer do funcionário. Usar um inventário de interesses que não têm relação com o desempenho no cargo poderia ser uma invasão de privacidade de candidato. Além disso, alguns tipos de perguntas são inerentemente invasivos (por exemplo, sobre crenças religiosas), independentemente do mérito ou da finalidade das perguntas.¹⁸⁴

Há uma enorme quantidade de testes aprovados para uso pelo Conselho Federal de Psicologia.¹⁸⁵

Serão abordados, apenas, dois testes comumente aplicados nos processos de seleção. O palográfico, aprovado pelo Conselho Federal de Psicologia, e o grafológico, não considerado um teste psicológico, podendo ser aplicado e analisado por qualquer pessoa que se considere especializado em tal técnica.

No teste palográfico:

realiza-se, sucessivamente, ao longo de 7min30s, traços verticais de 7 mm de altura, com espaço de 2.5 mm entre eles, na direção da escrita, cada sujeito apresentará suas características influenciadas por todos os tipos de impulsos nervosos expressivos.

Esses traçados serão feitos sobre uma folha padronizada que contém um modelo dos palos a serem repetidos. A forma como o sujeito ocupará o espaço da folha também diz respeito às suas características de personalidade.¹⁸⁶

Esta espécie de teste revela informações e traços de personalidade que não dizem respeito às funções ou cargos que serão exercidos, tais como traços obsessivo-compulsivo,

¹⁸³ MUCHINSKY, Paul M. Op. cit., p. 100.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 100.

¹⁸⁵ BRASIL. Conselho Federal de Psicologia. **Testes psicológicos aprovados para uso**. Disponível em: <<http://www2.pol.org.br/satepsi/sistema/admin.cfm?lista1=sim>>. Acesso em: 05 jul. 2013.

¹⁸⁶ LEVENFUS, Rosane Schotgues. O teste palográfico nas organizações. PEREIRA, Daniela Forgiarini; BANDEIRA, Denise Ruschel (Orgs.). **Aspectos práticos da avaliação psicológica nas organizações**. São Paulo: Vetor, 2009, p. 103.

depressivos, de ansiedade ou ainda qualquer outro transtorno. O interesse do avaliador com a realização de tais testes é apenas conhecer o indivíduo e como ele se relaciona com o meio-ambiente de trabalho, motivo pelo qual as informações de personalidade devem ser preservadas, além de se dever evitar a rotulação, exclusão e discriminação do candidato em razão das características obtidas através do teste.¹⁸⁷

Informações tão personalíssimas quanto as obtidas pelo teste acima mencionado também podem ser obtidas através da grafologia, que, embora não possua respaldo psicológico, é usada em larga escala, havendo estipulação de regras e técnicas para análise da grafia e de seu significado pelos manuais.

A grafologia — uma variedade de sistemas de análise de letra — é usada por alguns empregadores para tomar decisões de admissão de funcionários. Os grafologistas obtêm uma amostra da escrita cursiva ou manual e, então, examinam características como o tamanho e a inclinação das letras, a quantidade da pressão aplicada e a distribuição da escrita na página. De suas observações, os grafologistas fazem inferências sobre aspectos como traços de personalidade, inteligência, nível de energia, capacidade organizacional, criatividade, integridade, maturidade emocional, autoimagem, habilidades com as pessoas e tendências a ser empreendedor.¹⁸⁸

A quantidade de informações do candidato, sejam elas consideradas válidas ou não pela comunidade científica, obtidas por um recrutador são incontáveis.

No mais das vezes, o candidato a uma vaga de emprego não faz ideia de que está fornecendo informações para ter sua intimidade devassada.

Felipe Pierry, na obra “Grafoanálise laboral”, indica como obter os dados para a realização do teste grafológico. Indica como método efetivo a realização de redação em folha sem pauta e caneta esferográfica ou lápis, que deve ser realizada da seguinte forma:

Pede-se ao indivíduo que realize uma redação com o tema: “Como sou, quem sou eu”; a escolha deste tema deve-se ao fato de que o indivíduo, ao elaborar mentalmente a redação, vai relembrar situações vividas, ou situações cujo sentimento e afeto correspondente estarão presentes; é claro que a redação poderá ser realizada com tema livre, ou com um

¹⁸⁷ LEVENFUS, Rosane Schotgues. Op. cit., p. 106-107.

¹⁸⁸ SNELL, Scott; BOHLANDER, George. **Administração de recursos humanos**. Tradução Maria Lúcia G. Leite Rosa; Solange Aparecida Visconti. São Paulo: Cengage Learning, 2009, p. 223.

determinado tema proposto pelo examinador porém, esta situação poderá fazer como que o examinando execute um tema onde possa manter um absoluto e inteiro controle sobre suas emoções e sentimentos, dificultando-se assim a análise do movimento gráfico.¹⁸⁹

De acordo com o princípio da informação, o trabalhador deve ter ciência de forma transparente do que lhe é solicitado, requerido e se quer prestar tais informações à empresa.

Dispõe o parágrafo 5º do artigo 168 da CLT que o trabalhador deve ser comunicado dos resultados dos exames médicos a que for submetido.¹⁹⁰

Analogicamente, deve ser concedido ao trabalhador o direito de saber sobre os testes psicotécnicos a que será submetido a fim de que aprove ou não sua realização, bem como de saber o seu resultado.

A realização de testes que obtenham informações pessoais do candidato, sem sua autorização, deve ser rechaçada.

Da mesma forma que um trabalhador que se candidata a uma vaga de emprego não tem o dever de contar ao empregador que possui ou não determinada doença psicológica, a qual não influenciará o trabalho realizado, não possui o contratante a legitimidade para realizar testes sem a anuência do empregado a fim de obter informações inerentes a sua personalidade.

Ademais, considerando-se que a realização de perguntas ao candidato que não se relacionem à vaga pretendida são consideradas de natureza discriminatórias, mais ainda é obter tais informações de forma velada.

Este é, inclusive, o entendimento de Teixeira Filho sobre os exames grafológicos:

Ela é em tese, demolidora da tutela à intimidade. Partindo da escrita do candidato, visa desnudar seus recatos, revelar, por uma fórmula matriz, o caráter, a personalidade da pessoa. Sua invasividade é evidente. E a lesão ao direito não está no vazamento do resultado da prova, mas na aplicação do teste em si, já que a recusa do pretendente a emprego de submeter-se

¹⁸⁹ PIERRY NETO, Felipe. **Grafoanálise laboral**. São Paulo: Vetor, 2002, p. 302.

¹⁹⁰ Art. 168, § 5º, CLT – “O resultado dos exames médicos, inclusive o exame complementar, será comunicado ao trabalhador, observados os preceitos da ética médica.”

aos desígnios da grafologia tolherá a possibilidade de sua contratação.¹⁹¹

O trabalhador deve estar ciente do que será analisado nestes testes e possui o direito de se recusar a realizá-los.

O candidato pode preferir deixar de concorrer a uma vaga a ter sua personalidade devassada ou a que seja exposta a outrem eventual doença que sabe ser portador e a respeito da qual deseja manter sigilo.

O trauma pessoal que sofrerá ao ter devassado um sigilo pessoal pode ser muito maior do que o de buscar um outro emprego onde não tenha que se submeter a tais testes.

A realização desses testes sem a anuência do trabalhador deve ser considerada afronta à sua liberdade individual e aos seus direitos de personalidade. Sendo violados tais direitos, deve haver a respectiva reparação nos termos do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal.

Cientes da imensidão de possibilidades de violação aos direitos humanos e de práticas discriminatórias no momento pré-contratual, o governo norte-americano criou uma comissão determinada de Equal Employment Opportunity Commission (EEOC), com a finalidade de criar oportunidades iguais de trabalho para todos os indivíduos.¹⁹²

A igualdade de oportunidades de emprego não é apenas um assunto jurídico, é também uma questão emocional que preocupa todos os indivíduos, independentemente de seu sexo, raça, religião, idade, nacionalidade, cor, condição física ou posição em uma organização. Os supervisores precisam estar conscientes em suas tendências pessoais e como essas atitudes podem influenciar o modo como eles lidam com seus subordinados. É necessário enfatizar que a ocultação de informações, assim como ofensas intencionais ou discriminação no processo de contratação são atitudes ilegais.

Dentre as inúmeras leis que visam coibir atos discriminatórios no ato da contratação estão as Prohibited Employment Practices.¹⁹³

¹⁹¹ TEIXEIRA FILHO, J. de L. O dano moral no direito do trabalho. **Trabalho & Doutrina**, n. 10, p. 27, set. 1996, *apud* SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano moral...** Op. cit., p. 124-125.

¹⁹² ESTADOS UNIDOS. Equal Employment Opportunity Commission. **About EEOC**. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/eeoc/index.cfm>>. Acesso em: 5 jul. 2013.

¹⁹³ Vide Anexo 2.

Consideram-se práticas proibidas da contratação do empregado, entre outras, a aplicação de testes aos candidatos, salvo se necessários e desde que relacionados ao trabalho a ser exercido.

Ainda, é vedado, por exemplo, solicitar ao candidato a entrega de foto para participação do processo seletivo.

Na mesma toada, o Direito português também visa tutelar e garantir que os processos seletivos realizados pelas empresas não possuam atos discriminatórios.

O artigo 32 do Código de Trabalho português¹⁹⁴ determina que devem ser mantidos por cinco anos os registros dos processos de recrutamento, de forma que se permita avaliar eventual discriminação no processo seletivo.

No Brasil não há legislação civil específica com o fito de combater a discriminação que ocorre no decorrer das negociações preliminares.

A Lei n. 9.029/1995 trata, de forma geral, da proibição de adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego.

O artigo 4º desta lei¹⁹⁵ prevê expressamente a reparação por danos materiais e morais decorrentes do rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório,

¹⁹⁴ Artigo 32.º - “Registro de processos de recrutamento

1 – Todas as entidades devem manter durante cinco anos o registo dos processos de recrutamento efectuados, devendo constar do mesmo, com desagregação por sexo, os seguintes elementos:

- a) Convites para o preenchimento de lugares;
- b) Anúncios de oferta de emprego;
- c) Número de candidaturas para apreciação curricular;
- d) Número de candidatos presentes em entrevistas de pré-selecção;
- e) Número de candidatos aguardando ingresso;
- f) Resultados de testes ou provas de admissão ou selecção;
- g) Balanços sociais relativos a dados, que permitam analisar a existência de eventual discriminação de pessoas de um dos sexos no acesso ao emprego, formação e promoção profissionais e condições de trabalho.

2 – Constitui contra-ordenação leve a violação do disposto neste artigo.”

¹⁹⁵ Art. 4º - “O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:

I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.”

deixando, contudo, de tratar da discriminação perpetrada nos momentos que antecedem a contratação do empregado.

Analogicamente, aqueles não contratados em razão de atos discriminatórios podem pretender a reparação aludida no *caput* do artigo 4º da lei em epígrafe, em razão dos princípios constitucionais do direito à igualdade e da vedação às práticas discriminatórias.

Para fins de apuração de responsabilidade penal do empregador, deve-se considerar a Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989.

O artigo 4º desta lei¹⁹⁶ prevê pena de reclusão de dois a cinco anos aos que negarem emprego em razão de raça ou etnia.

Pende de aprovação o Projeto de Lei da Câmara n. 122/2006,¹⁹⁷ o qual possui como escopo definir os crimes decorrentes de atos discriminatórios.

O artigo 4º do aludido projeto de lei tem, dentre alguns de seus escopos, a ampliação do rol dos beneficiários da Lei n. 7.716, de 1989.

A novidade legislativa que pretende trazer o artigo 4º do PLC n. 122/2006¹⁹⁸ é acrescer ao artigo 4º da Lei n. 7.716/1989 a aplicação de pena de reclusão de um a três anos aos que dificultarem o acesso ao mercado do trabalho em razão da orientação sexual.

Certo que tal projeto de lei, o qual vem sido debatido desde 2006, ainda será alvo

¹⁹⁶ Art. 4º - “Negar ou obstar emprego em empresa privada.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça ou de cor ou práticas resultantes do preconceito de descendência ou origem nacional ou étnica: (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010)

I - deixar de conceder os equipamentos necessários ao empregado em igualdade de condições com os demais trabalhadores; (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010)

II - impedir a ascensão funcional do empregado ou obstar outra forma de benefício profissional; (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010)

III - proporcionar ao empregado tratamento diferenciado no ambiente de trabalho, especialmente quanto ao salário. (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010)

§ 2º Ficarà sujeito às penas de multa e de prestação de serviços à comunidade, incluindo atividades de promoção da igualdade racial, quem, em anúncios ou qualquer outra forma de recrutamento de trabalhadores, exigir aspectos de aparência próprios de raça ou etnia para emprego cujas atividades não justifiquem essas exigências. Pena: reclusão de dois a cinco anos.”

¹⁹⁷ Vide Anexo 3.

¹⁹⁸ Art. 4º - “Deixar de contratar ou nomear alguém ou dificultar sua contratação ou nomeação, quando atendidas as qualificações exigidas para o posto de trabalho, motivado por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero: [...]”

de inúmeros outros debates até sua votação e integração no ordenamento jurídico.

A fim de se coibir estas práticas abusivas, deve ser incentivada a realização de denúncias pelos trabalhadores, vítimas das entrevistas e testes invasivos, ao Ministério Público do Trabalho, a fim de que se aja de forma coletiva a fim de reprimir tais práticas que afrontam os direitos de personalidade do trabalhador.

2.3.2 Anúncios de emprego

Assim como ocorre nos processos seletivos, os anúncios de emprego também são campo fértil para a prática de atitudes discriminatórias.

Em que pese a existência do poder diretivo do empregador de contratar quem melhor lhe interessar para um posto de trabalho, certo é que deve cumprir com os princípios constitucionais da não discriminação, igualdade e dignidade da pessoa humana.

Os anúncios de emprego de natureza discriminatória costumam contemplar dentre os requisitos para o posto pretendido a “boa aparência”, além de outras especificações como idade máxima ou sexo. Há ainda anúncios de emprego solicitando o envio de foto juntamente com o currículo profissional.

A expressão “boa aparência” reveste-se de caráter plenamente subjetivo. A acepção desta odiosa terminologia contempla uma vasta gama de pessoas que são cobertas pelo manto da discriminação.

Ao restringir a análise de currículos a pessoas de “boa aparência”, excluem-se trabalhadores com baixa autoestima que sequer se candidatam ao cargo por imaginarem não atenderem aos padrões de beleza; discriminam-se os portadores de obesidade ou de doenças dermatológicas ou, ainda, repudiam-se aqueles que não se enquadram no padrão dos “bem-vestidos”.

O Município de São Paulo, no ano de 1998, promulgou a Lei n. 12.562, de 8 de janeiro,¹⁹⁹ a qual proíbe a veiculação de anúncios de emprego que contenham a expressão

¹⁹⁹ Vide Anexo 4.

“boa aparência” ou expressões similares. Determina, ainda, que seja explicitada a quantidade de vagas disponíveis. A pena aplicável às empresas que praticarem esta modalidade de atividade discriminatória varia desde multa até a cassação de suas atividades.

Em nível federal foi proposto o Projeto de Lei n. 302/1999, com origem no Senado, que visava à criação de lei com fito de proibir a publicação da expressão “boa aparência” nos anúncios de emprego.

Tal projeto de lei foi arquivado em 28 de fevereiro de 2007.

No ordenamento jurídico português, a Lei n. 3/2011, de 15 de fevereiro, em seu artigo 3º,²⁰⁰ proíbe anúncios de emprego que indiquem o sexo do candidato à vaga de trabalho.

Ainda, a comissão para igualdade no trabalho e emprego (CITE) portuguesa traz em seu sítio na Internet orientações às empresas para que sejam realizados anúncios de forma não discriminatórias, sendo elas:

Para evitar discriminação e dar cumprimento ao que a Lei estabelece, a redação de anúncios de oferta de emprego ou formação profissional, deve:

- abranger sempre inequívoca e explicitamente destinatários de ambos os sexos;

- as profissões devem ser designadas conjuntamente no masculino e no feminino, como por exemplo: Diretor/Diretora; Enfermeiro/Enfermeira; Juiz/Juíza, ou, na forma mais abreviada, Diretor/a; Enfermeiro/a; Juiz/a;

nos casos de profissões cuja designação abrange ambos os géneros, deve sempre ser acrescentada a sigla (M/F) à respetiva profissão, sigla que significa Masculino/Feminino, para explicitar a igualdade de oportunidades de acesso ao emprego e formação profissional para trabalhadores(as) e/ou candidatos(as) de ambos os sexos, como por exemplo: Economista (M/F), Analista (M/F) ou Jornalista (M/F); o mesmo deve ocorrer aquando da indicação com abreviatura, exemplo: ajud. de cozinha (M/F); ajud. de cabeleireira (M/F);

O que um anúncio de oferta de emprego ou formação profissional não deve conter:

- indicação M/F pouco visível ou perdida no texto (quando aplicável);

²⁰⁰ Artigo 3.º - “Igualdade no trabalho independente

2 – O anúncio de oferta de trabalho independente ou outra forma de publicidade ligada à pré-selecção ou ao recrutamento não pode conter, directa ou indirectamente, qualquer restrição, especificação ou preferência baseada no sexo.”

- elementos claramente indiciadores de preferência por um dos sexos;
- elementos de caracterização predominantemente atribuídos a um dos sexos quando os mesmos não estão ligados ao conteúdo funcional a exercer;
- menção a elementos da vida pessoal de quem se pretende recrutar (ex: estado civil; situação familiar).²⁰¹

No Brasil, a competência para fiscalizar as empresas que procedem com anúncios discriminatórios é do Ministério Público do Trabalho.

Em que pese o empenho dos procuradores do trabalho em extirpar esse tipo de atitude, o Tribunal Superior do Trabalho, ao julgar o Recurso de Revista n. 96000-63.2008.5.02.0014, interposto em Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Trabalho em face de empresa jornalística, entendeu pela incompetência da Justiça do Trabalho para apurar a responsabilidade entre as empresas jornalísticas e seus anunciantes. Desta decisão foi interposto recurso extraordinário, autuado sob o número RE 725738, pelo Ministério Público da 2ª Região, o qual foi distribuído ao Ministro Celso de Mello em 06 de dezembro de 2012, aguardando julgamento até a presente data.

Por outro lado, dispõe a Súmula n. 221 exarada pelo Superior Tribunal de Justiça que: “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”.

Caso o candidato à vaga de emprego sinta-se discriminado em razão de anúncios segregacionistas, em eventual ação de reparação de danos, com base no quanto dispõe a Súmula 221 do STJ, pode requerer a responsabilização solidária do empresário e da empresa jornalística.

2.4 Exame admissional

A obrigatoriedade da realização do exame médico admissional advém das disposições contidas no artigo 186 da CLT, regulamentadas por força da NR-7, portaria 3.2214, de 8 de junho de 1978, exarada pela Secretaria de Saúde e Segurança do Trabalho.

²⁰¹ PORTUGAL. Ministério da Economia e do Emprego. Comissão para Igualdade no Trabalho e Emprego. **Anúncios de oferta de emprego x igualdade de gênero**. Disponível em: <<http://www.cite.gov.pt/pt/acite/anuncios.html>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

A NR-7 dispõe sobre o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO, com o objetivo de promoção e preservação da saúde dos trabalhadores.

O exame admissional inclui-se como exame obrigatório a ser realizado nos trabalhadores antes que sejam admitidos ao trabalho, nos termos do quanto dispõe a NR-7.

O item 7.4.3.1 da NR-7 é esclarecedor ao expor que: “a avaliação clínica no exame médico admissional deverá ser realizada antes que o trabalhador assuma suas atividades”. Assim, o exame médico admissional é realizado antes do início do contrato de trabalho.

A reprovação no exame admissional em razão de doença ou moléstia deve ter relação direta com a função a ser exercida. Assim, uma pessoa diagnosticada com diabetes ou cardiopatias no exame admissional não pode ter acesso negado para ocupar uma vaga de analista contábil ou de secretária, por exemplo.

Isto porque o exame admissional é uma das práticas do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO, o qual, segundo Sebastião Geraldo de Oliveira:

deverá ter caráter preventivo, mediante rastreamento e diagnóstico precoce dos agravos à saúde relacionados com o trabalho, inclusive de natureza subclínica, além da constatação da existência de casos de doenças profissionais ou danos irreversíveis à saúde dos trabalhadores.²⁰²

O exame admissional, se tratado como uma das fases do processo seletivo, somente tem o condão de eliminar a possibilidade de contratação do trabalhador se a doença da qual for portador inviabilizar a execução do trabalho pretendido.

Contudo, se já houve por parte da empresa a intenção de contratar o trabalhador, sendo solicitado a ele seus documentos pessoais, carteira de trabalho, indicação de conta para depósito de salário, torna-se clara a intenção de contratar o candidato. A realização do exame admissional é apenas mais um indício de que há a real intenção de efetivar a contratação.

²⁰² OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 6. ed, São Paulo: LTr, 2011, p. 448.

O exame admissional não é, portanto, o requisito divisor de águas entre as tratativas negociais e o momento pré-contratual em que se efetiva a proposta de emprego.

O momento em que se inicia a fase pré-contratual é aquele em que se formaliza a proposta de emprego ao trabalhador, com informações sobre a função a ser exercida, indicação da remuneração e entrega dos documentos pelo trabalhador à empresa para registro. Este é, inclusive, o entendimento pacificado pelas turmas do E. TST:

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL EM FASE PRÉ-CONTRATUAL. O contrato de trabalho não impõe obrigações nem produz efeitos apenas enquanto vigente formalmente. A responsabilidade civil do empregador não está limitada ao período contratual, mas igualmente alcança as fases pré e pós-contratual- (2ª Turma, acórdão da lavra do Min. José Simpliciano). Da leitura do acórdão do TRT extrai-se que não se tratou de mera possibilidade de preenchimento de vaga, mas de efetiva intenção de contratar. O rompimento injustificado das negociações revelam a quebra do princípio da boa fé objetiva, que deve estar presente, inclusive, nas tratativas contratuais preliminares. O Reclamante apresentou documentação, fez exames admissionais, forneceu 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. -Pode-se determinar a figura jurídica da responsabilidade pré-contratual quando uma pessoa entabula negociações com outra, induzindo-a a preparar-se para contratar e depois, injustificadamente, deixa de celebrar a avença-. (Caio Mário, citado por Pinho Pedreira, op. cit.) Recurso de revista conhecido e provido.²⁰³

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PRÉ-CONTRATO DE TRABALHO. CONTRATAÇÃO FRUSTRADA. CARACTERIZAÇÃO DE DANO MORAL. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. A circunstância de o empregador, na fase que antecede à formalização do contrato de trabalho, gerar no trabalhador séria e consistente expectativa de efetivação do pacto, como no caso concreto, sendo que, na sequência, acaba por não efetivá-lo, enseja a condenação ao pagamento de indenização por dano moral. Pretensão em sentido contrário esbarra na Súmula 126/TST. Não há, pois, como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido.²⁰⁴

RECURSO DE REVISTA. CONTRATAÇÃO FRUSTRADA. DANO PRÉ-CONTRATUAL. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. O

²⁰³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 1686-37.2010.5.18.0006**. Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, 3ª T., DEJT 28 out. 2011.

²⁰⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 367-48.2011.5.06.0001**. Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 3ª T., DEJT 30 nov. 2012.

Regional, com base no conjunto fático-probatório produzido nos autos, concluiu que estavam -preenchidos os elementos para a responsabilização civil do reclamado, fazendo jus o reclamante ao recebimento de indenização por danos morais-, visto que foi induzido a pedir a dispensa de seu emprego, por já estar definida a sua contratação pelas reclamadas, o que não ocorreu. No caso, foi determinado ao reclamante o preenchimento de formulários, envio de documentos (inclusive CTPS), submissão a exame admissional, o que gerou a convicção de que a contratação ocorreria. Assim, ficou configurada nos autos a falta de lealdade e boa-fé das reclamadas, gerando dano moral passível de indenização. Para que esta Corte pudesse decidir de forma contrária, seria necessário o reexame de fatos e provas; procedimento inviável, ante o óbice da Súmula nº 126 do TST. A incidência dessa súmula impede a análise da alegada violação de lei e dos arrestos colacionados. Recurso de revista de que não se conhece. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. VALOR ARBITRADO. A jurisprudência desta Corte estabelece que a revisão do valor arbitrado a título de indenização por dano moral e material apenas é viável quando a condenação se mostre irrisória ou exorbitante, e não atenda a sua finalidade legal. No caso, o TRT manteve o valor arbitrado na sentença, e, ante os fatos consignados, não se mostra desproporcional o valor fixado, não justificando a excepcional intervenção desta Corte no feito. Recurso de revista de que não se conhece..²⁰⁵

Embora o iter entre o momento pré-contratual e a celebração do contrato de trabalho seja curto e tênue na maioria das relações de trabalho, ele existe e deve ser respeitado e seu desrespeito deve sofrer sanções de natureza reparatória.

²⁰⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 122000-14.2008.5.09.0303**. Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, 6ª T., DEJT 1 mar. 2013.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AGENTES DE INTERMEDIÇÃO

3.1 Considerações gerais

Neste capítulo será abordada a questão atinente à imputação da responsabilidade civil aos agentes de intermediação de obra nas relações pré-contratuais.

Embora os agentes de intermediação não participem do contrato de trabalho são, muitas vezes, os responsáveis pela aproximação entre empregado e empregador.

Em razão do dinamismo das relações empresariais, da alta especialização e das particularidades que informam as diversas relações trabalhistas atualmente, pode se fazer necessária a contratação de um terceiro para aproximar as partes para fins de formação do contrato de trabalho.

Considerando-se que tais agentes participam ativamente da relação pré-contratual, é necessário analisar a eventual responsabilidade de tais entes nesse momento inicial das relações de trabalho.

3.2 Sobre a intermediação de mão de obra e o trabalho temporário

A terceirização foi criada na década de 1970 com a finalidade de dar guarida à descentralização das atividades empresariais, porém não foi disciplinada pela Consolidação das Leis do Trabalho.

“A terceirização como tendência econômica de reorganização da produção capitalista implica alteração no modelo vigente de relação de emprego, quebrando a bipolarização de há muito conhecida, consubstanciada no contrato formal de trabalho.”²⁰⁶

Segundo Godinho Delgado, a “terceirização é um fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista, que se preservam fixados com

²⁰⁶ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O direito do trabalho e o desemprego**. São Paulo: LTr, 1999, p. 148.

uma entidade interveniente”.²⁰⁷ Segundo Nelson Mannrich, “Na terceirização observa-se relação jurídica entre dois sujeitos reais, ou seja, entre dois reais empregadores ou entre um real empregador e um efetivo trabalhador autônomo”.²⁰⁸

A terceirização implica no fato de que o real empregador do trabalhador é a empresa de trabalho temporário. O tomador de serviços não constitui empregador do obreiro terceirizado.

No Brasil, a terceirização é regulamentada através das Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e n. 7.102, de 20 de junho de 1983, as quais dispõem sobre o funcionamento de empresas que exploram os serviços de vigilância.

O modelo de terceirização disposto através da Lei n. 6.019/74, a qual trouxe o caráter trilateral às relações de trabalho, se contrapôs ao modelo de contratação bilateral existente até o momento.

Diante da simplicidade das leis vigentes e da complexidade das situações concretas que surgiram em razão do novo modelo de relação de trabalho, a jurisprudência trabalhista se esmerou em construir orientações a fim de nortear tais relações.

Na década de 1980, o Tribunal Superior do Trabalho exarou a Súmula 256 nos seguintes termos: “Salvo os casos previstos nas Leis ns. 6.019, de 3.1.1974, e 7.102, de 20.6.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.”

Após a promulgação da Constituição de 1988, e por força da natural modificação das relações de trabalho, na década de 1990 foi cancelada a Súmula 256 e editada a Súmula 331, a qual posteriormente sofreu acréscimos e que passou a ser o grande parâmetro orientador para a prática da terceirização.

Súmula n. 331 do TST

²⁰⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso...** Op. cit., p. 430.

²⁰⁸ MANNRICH, Nelson. Terceirização: luzes e sombras. In: MARTINS, Sérgio Pinto; MESSA, Ana Flávia (Coords.). **Empresa e trabalho: estudos em homenagem a Amador Paes de Almeida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 184.

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Mencionada Súmula foi além do quanto prelecionava o verbete anterior, ao incorporar as hipóteses de terceirização referentes aos serviços de limpeza e conservação como atividades-meio, nos termos do quanto disposto pelo Decreto-Lei n. 200/1967 e pela Lei n. 5.645/1970, além de versar sobre a impossibilidade de acolher o vínculo de trabalhador com órgãos públicos sem a realização de concurso. Também trouxe como novidades a questão atinente à responsabilidade civil decorrente da terceirização e a distinção entre terceirização lícita e ilícita.²⁰⁹

No âmbito internacional, a Organização Internacional do Trabalho editou a Convenção n. 181, de 19 de junho de 1997, denominada “Convenção sobre as agências de emprego privadas”, sendo um dos seus principais objetivos “permitir o funcionamento das agências privadas de emprego, assim como proteger os trabalhadores que recorram aos seus serviços”.

²⁰⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso...* Op. cit., p. 440.

A fim de proteger os trabalhadores contratados por empresas terceirizadas, os países membros devem tomar as medidas necessárias para que tais obreiros tenham acesso a:

Artigo 11º:

- a) Liberdade sindical;
- b) Negociação coletiva;
- c) Salários mínimos;
- d) Duração do trabalho, horários e outras condições de trabalho;
- e) Prestações legais de segurança social;
- f) Acesso à formação;
- g) Segurança e saúde no trabalho;
- h) Reparação em caso de acidente de trabalho ou doença profissional;
- i) Indenização em caso de insolvência e proteção dos créditos dos trabalhadores;
- j) Proteção e prestações de maternidade e proteção e prestações parentais.

Tal convenção não foi ratificada pelo Brasil.

As relações jurídicas atinentes à terceirização, no Brasil, encontram-se regulamentadas nas leis supramencionadas, bem como através da Súmula 331 do TST, a qual é um dos parâmetros mais relevantes para os estudos dos contratos precários.

Sendo a terceirização realizada de forma lícita, nos moldes mencionados, ou seja, visando a realização de atividades-meio ou de atividades relacionadas à segurança e vigilância, o vínculo é formado com a empresa terceirizadora.

O empregado a ser terceirizado é vinculado à empresa que promove a terceirização dos serviços. Sendo, portanto, contratado e formado o vínculo por ela, ainda que para prestar serviços a outrem, tanto nas tratativas preliminares quanto na formação do pré-contrato participam apenas estes dois agentes: o empregado e a empresa prestadora de serviços.

Causando esta qualquer dano ao empregado no momento da celebração do pré-contrato ou deixando de cumprir o contrato futuro, a empresa terceirizadora é integralmente responsável por promover as devidas indenizações ao trabalhador em razão do caráter vinculativo do contrato entre as partes.

Embora a prestação de serviços vá ocorrer em outra empresa, certo é que a prestadora é quem negocia os termos e condições do contrato futuro, razão pela qual é a titular da responsabilização por danos causados nesta fase da formação do contrato.

Necessário se faz, todavia, tecer comentários sobre a terceirização ilícita.

Ao deixar de se observar as relações-tipo constantes na Súmula 331 do TST, quais sejam, em apertada síntese, a realização de atividades-meio e a ausência de pessoalidade, configura-se a ocorrência de terceirização ilícita.

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado: “A eliminação do vínculo original com a empresa locadora de serviços em favor de seu reatamento com a entidade tomadora é efeito, entretanto, que se passa somente nas situações de terceirização ilícita.”²¹⁰

Verificada a simulação da relação empregatícia, deve ser desfeito o vínculo com a empresa prestadora de serviços e declarado o vínculo com o empregador oculto.

Para fins de discussão sobre a licitude ou ilicitude da contratação, deve-se verificar a questão atinente ao vínculo empregatício e não a questão de solidez patrimonial ou solvabilidade da prestadora de serviços, já que interessa apenas a formação do vínculo e não a questão da responsabilização subsidiária.²¹¹

Descaracteriza-se a terceirização se o trabalhador presta serviços diuturnamente no mesmo local, no mesmo horário, de forma exclusiva para o suposto terceirizador e sob a direção deste. Ocorrendo tais situações, tem-se, claramente, a existência de um contrato de trabalho mascarado sob o título de terceirização, a qual deve ser declarada ilegal.²¹²

Nestes casos, a empresa que terceiriza os trabalhadores tem, apenas, a aparência de empregadora, mas, na verdade, trata-se de empresa interposta criada com a finalidade de burlar a legislação trabalhista e mitigar os direitos do empregado.

²¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso...* Op. cit., p. 444.

²¹¹ *Ibidem*, p. 444.

²¹² MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 160-161.

Verificada a fraude, é declarado o vínculo empregatício com a empresa tomadora dos serviços, por ser a real empregadora, e ambas as empresas respondem solidariamente pelos danos causados, nos termos do artigo 942 do Código Civil.²¹³

A opção pela responsabilidade objetiva encontra fundamento na teoria do risco-proveito, segundo a qual “responsável é aquele que tira proveito da atividade danosa, com base no princípio de que, onde está o ganho, aí reside o encargo — *ubi emolumentum, ibi onus*”.²¹⁴

Ainda, confirmando o entendimento doutrinário sobre a aplicação da responsabilidade solidária nos casos de fraude trabalhista, foi celebrado o Enunciado 10, aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho, realizada no ano de 2007, dispondo sobre a responsabilidade solidária nos seguintes termos:

10. TERCEIRIZAÇÃO. LIMITES. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A terceirização somente será admitida na prestação de serviços especializados, de caráter transitório, desvinculados das necessidades permanentes da empresa, mantendo-se, de todo modo, a responsabilidade solidária entre as empresas.

Sedimentada a responsabilidade solidária das empresas em caso de terceirização ilícita, certo é que tal responsabilidade extrapola a seara contratual, produzindo seus efeitos no momento da celebração do pré-contrato de trabalho.

Existindo qualquer dano ao trabalhador na fase pré-contratual, ou ainda na execução deste, ainda que o vínculo se forme com a tomadora, por força de fraude na contratação, devem ambas as empresas responder de maneira solidária para fins de reparação dos danos causados ao trabalhador no momento em que se constitui o pré-contrato de trabalho.

No que tange às contratações temporárias, nos termos da legislação brasileira, é necessário que existam os pré-requisitos de: a) atendimento das necessidades transitórias

²¹³ Art. 942. “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.”

²¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 129.

de substituição regular e permanente e b) ocorrência de acréscimo extraordinário de serviço.

Por atividade transitória entende-se aquela limitada no tempo e o acréscimo extraordinário de serviço vincula-se ao trabalho resultante de força maior, vinculado à imprevisibilidade ou irresistibilidade.²¹⁵

Trabalhador temporário é aquele que, juridicamente vinculado a uma empresa de trabalho temporário, de quem recebe suas parcelas contratuais, presta serviços a outra empresa, para atender a necessidade transitória de substituição do pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário dos serviços da empresa tomadora.²¹⁶

O contrato temporário possui prazo máximo de três meses, sendo que, se estendido sem autorização do Ministério do Trabalho, haverá a dissolução do vínculo com a empresa de trabalho temporário e a vinculação do trabalhador junto à empresa tomadora.

Tal espécie de contrato é celebrado de forma escrita entre a empresa prestadora de serviços e o empregado para prestar serviços à tomadora.

Ultrapassado o prazo de três meses de prestação de trabalho, ou não se enquadrando os serviços nos requisitos legais, o vínculo é formado diretamente com a tomadora.

Nestes casos, havendo o vínculo diretamente com a tomadora, conclui-se que o contrato foi celebrado com esta; portanto, ainda que as condições pré-contratuais tenham sido postas pela prestadora, a tomadora passa a ser responsável integral pelo contrato do empregado, em todas suas fases, inclusive na fase pré-contratual.

Assim como em todos os casos que envolvem relação de trabalho fraudulenta, a terceirizadora responde de forma solidária, nos termos do artigo 942 do Código Civil.

Não havendo fraude ou desvirtuamento do contrato temporário, a prestadora é a responsável pelos danos pré-contratuais e a tomadora é responsável subsidiariamente, interpretando-se extensivamente o quanto disposto na Súmula 331 do TST.

²¹⁵ MANNRICH, Nelson. **A modernização do contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 1998, p. 202.

²¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso...** Op. cit., p. 453.

Ainda que a Lei n. 6.019/1974 tenha previsto a responsabilidade solidária para os casos de contratação temporária, sua incidência era restrita aos casos de falência da prestadora de serviços e apenas em relação às verbas constantes nesta lei.²¹⁷

Por fim, necessário se faz promover a diferenciação entre a empresa de trabalho temporário e as agências de colocação.

A agência de colocação, diferentemente das empresas de trabalho temporário, apenas encaminha o trabalhador a outra empresa. Não o remunera nem possui vínculo de trabalho com o obreiro.²¹⁸

Não possuindo qualquer relação com o trabalhador, e desde que todas as orientações para a contratação tenham vindo da empresa que efetivamente contratará tal empregado, a responsabilidade por danos decorrentes da pré-contratação pertence à empregadora e não à empresa de colocação de mão de obra.

Sobre o tema preconiza a Convenção n. 181 da Organização Internacional do Trabalho, segundo a qual é proibida a cobrança de quaisquer valores do trabalhador para que se realize a sua colocação no mercado de trabalho.

Tal prática não é regra em nosso país. Muitas empresas cobram taxas, que chegam até ao valor de um salário que o trabalhador receberá em seu novo emprego.

Embora odiosa, tal prática é uma constante e, pelo fato de o Brasil não ter ratificado a Convenção n. 181 da OIT, não há qualquer pressão da sociedade para que cessem tais cobranças.

O Ministério Público do Trabalho da 15ª Região, recentemente, celebrou acordo com uma empresa de colocação que cobrava taxas dos trabalhadores para encaminhamento às entrevistas de emprego e também após a admissão no emprego, a fim de que devolvesse tais valores aos trabalhadores. O fundamento jurídico se deu através da aplicação analógica

²¹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso...* Op. cit., p. 459.

²¹⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso...* Op. cit., p. 1.005.

da Lei n. 6.019/1974, que regula a atividade empresas de trabalho temporário.²¹⁹

As cobranças de valores são estipuladas através de contrato de natureza civil celebrado entre a empresa de colocação e o trabalhador.

Entretanto, se juntamente com a cobrança indevida de valores a empresa de colocação de trabalhador houver feito estipulações sobre condições de trabalho, remuneração a ser auferida ou qualquer outra determinação pré-contratual, deve-se falar em fraude contratual, com responsabilidade solidária da contratante e da empresa de colocação de mão de obra.

3.3 Dos terceiros agenciadores de mão de obra rural

O trabalho rural é disciplinado através da Lei n. 5.889/1973, além do quanto disposto no artigo 7º da Constituição Federal, que estendeu aos rurais os direitos aplicáveis aos trabalhadores urbanos.

Dispõe o artigo 2º desta lei sobre a definição do empregado rural como sendo “toda pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, presta serviços de natureza não eventual a empregador rural, sob a dependência deste e mediante salário”.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento:

Empregado rural é o trabalhador que presta serviços em propriedade rural, continuamente e mediante subordinação. Assim, será considerado como tal o trabalhador que cultiva a terra, que cuida do gado e o pessoal necessário à administração da empresa ou atividade rural.²²⁰

Conquanto seja corrente a definição de empregado rural, a questão se torna tormentosa ao se proceder com o estudo do empregador.

Dispõe o artigo 3º da Lei n. 5.889/1973 que: “Considera-se empregador, rural, para

²¹⁹ BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Agência de emprego não pode cobrar taxa de candidato à vaga de trabalho**. <<http://mpt-prt15.jusbrasil.com.br/noticias/100113502/agencia-de-emprego-nao-pode-cobrar-taxa-de-candidato-a-vaga-de-trabalho>> Acesso em: 18 nov. 2013.

²²⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso...** Op. cit., p. 910.

os efeitos desta Lei, a pessoa física ou jurídica, proprietário ou não, que explore atividade agro-econômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de prepostos e com auxílio de empregados.”

Complementa o conceito a disposição contida no artigo 4º da mesma lei, no qual se equipara a empregador rural “a pessoa física ou jurídica que, habitualmente, em caráter profissional, e por conta de terceiros, execute serviços de natureza agrária, mediante utilização do trabalho de outrem”.

Da leitura deste artigo depreende-se que o legislador abriu a oportunidade para que a contratação do empregado rural seja feita através de um intermediador de mão de obra.

A intermediação pode ser lícita, quando o intermediário efetivamente se utiliza de trabalhadores que realmente são seus empregados nos termos celetistas. Contudo, tal prática no trabalho rural é rara e atípica, sendo que, na maioria dos casos, o que se encontra é o intermediário — denominado “gato” — como sendo mais um empregado do proprietário rural, agindo como um preposto e não como um intermediador lícito da mão de obra.²²¹

O “gato” “é um intermediador de mão de obra entre os ruralistas e os ‘boias-frias’. Aquele, não raro, auferir ganhos desproporcionais a seu esforço de transporte e colocação de trabalhadores.”²²²

Ainda que as propostas atinentes às futuras condições de trabalho sejam feitas pelo “gato” ao trabalhador rural e que sua arregimentação seja feita por tais pessoas, que fazem propostas vinculativas aos trabalhadores, certo é que eles não são os reais empregadores dos “boias-frias” e agem como preposto do empresário rural e que muitas vezes vieram da mesma condição precária do “boia-fria”.

Os ilícitos, praticados tanto por pequenos produtores rurais quanto por grandes empresas multinacionais, são viabilizados, na maioria dos casos, com a participação da figura do aliciador e intermediador “profissional”, popularmente conhecido como “gato”.

²²¹ PRUNES, Jose Luiz Ferreira. **Trabalho terceirizado e composição industrial**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 498-499.

²²² *Ibidem*, p. 498.

Mediante a utilização do “gato”, a pretensão de empregadores é justamente reduzir ao máximo as despesas trabalhistas do empreendimento, se possível atribuindo ao intermediário todas as tarefas e ônus relacionados à contratação e à manutenção da mão de obra. Por sua vez, ao “gato” interessa obter o maior lucro possível, o que, via de regra, se dá pela superexploração do trabalhador e pela submissão à condição análoga à de escravo.²²³

Alice Monteiro de Barros discorre sobre o tema ao expor que:

Os chamados “turmeiros” ou “gatos”, que agenciam o trabalho do “boia-fria”, não estabelecem com ele vínculo empregatício, sendo, portanto, inadmissível invocar o art. 4º, da Lei n. 5.889, de 1973, para equipará-lo ao empregador. Eles são meros intermediários, agindo como prepostos do fazendeiro, sem qualquer capacidade econômico-financeira para suportar os riscos do negócio, podendo ser considerados empregados em muitas situações.²²⁴

Complementa a insigne jurista que, assim como o “gato” está vinculado diretamente ao empregador rural, o “boia-fria” não pode ser considerado como um trabalhador eventual, já que executa as tarefas relativas à atividade principal do empregador rural e necessárias à continuidade do negócio.²²⁵

Tem-se, portanto, o cenário do trabalhador rural na situação marginal de emprego no momento em que é arregimentado pelos “gatos” ou “turmeiros” para trabalhar nas atividades rurais, sob o domínio de tais “testas de ferro” ou prepostos do empresário rural.

Denotando-se a ilicitude da intermediação de mão de obra e verificando-se os requisitos necessários para a configuração de emprego previstos no artigo 3º da CLT, o vínculo é formado com o tomador de serviços, por analogia ao quanto disposto na Súmula 331 do TST.

Declarado o vínculo com o tomador dos serviços, certo é que as condições do pré-contrato do trabalho, ainda que notoriamente mitigado nas relações de trabalho rurais, partiram do empresário rural, ainda que formalizadas pelo preposto.

²²³ BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Projeto de atuação na prevenção e no combate ao aliciamento e à intermediação de mão de obra rural**. Disponível em: <http://portal.mpt.gov.br/wps/wcm/connect/5211358046b9ce30abdbbd4a4a2297f/mao_obra_rural.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5211358046b9ce30abdbbd4a4a2297f> Acesso em: 21 nov. 2013.

²²⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso...** Op. cit., p. 322.

²²⁵ *Ibidem*, p. 322.

Responde o empresário rural por todos os danos causados ao trabalhador, seja durante o contrato de trabalho, seja na relação pré-contratual.

O regulamento da previdência social, Decreto n. 3.048/1999, em seu artigo 9º, que regulamente as Leis n. 8.212/1991 e n. 8.213/1991, permite que o trabalho rural seja realizado por trabalhador avulso, desde que com a intermediação do sindicato.

Dispõe a Lei n. 12.023/2009 que os avulsos urbanos e rurais poderão ser empregados em atividades relativas à movimentação de carga.

Sobre a limitação de atividades do trabalhador avulso não portuário, Amauri Mascaro Nascimento expõe que aludida limitação não é a mais favorável, já que estaria restringindo as atividades dos rurais às atribuições específicas e destinadas aos trabalhadores portuários, cerceando, assim, a realização de suas funções. O quanto dispõe tal lei é inaplicável aos não portuários, ainda que por analogia, por falta de semelhança entre as situações.²²⁶

No que tange a obrigatoriedade da intermediação dos trabalhadores avulsos por sindicatos, complementa o insigne mestre Amauri Mascaro que o avulso intermediado pela entidade sindical trabalha de maneira intermitente através de escalas organizadas pelo sindicato; porém, possui a liberdade de escolher para quais empresas pretende prestar o serviço. Entrementes, referida intermediação, embora seja a forma preferencial de contratação, não exclui a contratação direta pelo empresário. Ambas as formas coexistem.²²⁷

Sobre o tema discorre Nelson Mannrich, expondo que o trabalhador rural avulso possui subordinação atípica, já que este permanece à disposição do tomador, mas recebe o salário da entidade sindical, a qual, inclusive, é a responsável pelos recolhimentos dos encargos sociais. Os sindicatos passam a ter atividade empresarial, substituindo os “gatos”

²²⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. O avulso não portuário e a indeterminação do sindicato. **LTr: Revista Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 68, n. 2, p. 135-145, fev. 2004.

²²⁷ Ibidem.

na intermediação de mão de obra.²²⁸

Sendo os trabalhadores colocados ilicitamente na relação de trabalho como avulsos, deve ser declarado o vínculo com o tomador.

Eventuais danos sofridos pelo trabalhador na fase pré-contratual devem ser de responsabilidade do tomador, o qual deve responder integralmente em relação aos danos causados ao rural.

O sindicato, ao participar da relação jurídica e intermediar de maneira fraudulenta a mão de obra do trabalhador, deve responder solidariamente pelos danos causados pelo empresário rural quando da pré-contratação do trabalhador. Este é o entendimento corrente nos Tribunais Regionais do Trabalho e confirmados pelo E. Tribunal Superior do Trabalho, conforme se denota do excerto extraído nos autos do processo n. TST-AIRR-125400-93.2008.5.15.0036.²²⁹

É incontroverso que o objeto social da segunda reclamada, ora recorrente, constitui-se, dentre outras atividades, na produção, exportação de açúcar, álcool, cana-de-açúcar e demais derivados.

Conclusivo, daí, entender que toda a atividade exercida no final da industrialização do açúcar, mais especificamente seu ensaque, costura e movimentação, também deve ser considerada finalidade da segunda reclamada. Afinal, o açúcar por ela comercializado não deve ser vendido a granel, mas provavelmente acondicionados em sacos grandes com peso de até 50 Kg.

Evidente então que além de nula a intermediação feita pelo sindicato, o reclamante também desempenhava atividades relacionadas com a própria finalidade da segunda reclamada, contexto esse em total simulação contra as normas e princípios que regem o Direito do Trabalho.

Por essa razão, e porque as normas referentes ao trabalho avulso estabelecidas na Lei 8.630/1993 não podem ser aplicadas à prestação de serviços relacionados com a atividade-fim de longa duração, com razão a r. sentença de origem ao reconhecer o vínculo empregatício direto com a segunda reclamada, em face das disposições contidas nos artigos 2º, 3º e 9º, todos da CLT. A irregularidade na contratação intermediada pelo sindicato requerido levaria ao reconhecimento da responsabilidade solidária tal como posta na r. decisão recorrida.

²²⁸ MANNRICH, Nelson. Alternativas para o trabalho rural. **Revista IMES – Direito: Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Municipal de São Caetano do Sul**. São Caetano do Sul, SP, v. 1, n. 2, p. 31-40, jan./jun. 2001.

²²⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 125400-93.2008.5.15.0036**. Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, 2ª T., j. 30 maio 2012, DEJT 15 jun. 2012.

Outra situação de trabalho que se vê no trabalho rural é a formação ilegal das cooperativas agrícolas.

Dispõe o artigo 442 da CLT que, “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”.

Raimundo Simão de Melo leciona que, para a formação de cooperativas, é necessária a espontaneidade da sua criação, a autonomia e independência dos seus filiados, a autogestão, a liberdade de associação e a ausência de flutuação no quadro de cooperados. Ausentes quaisquer desses requisitos, há de ser declarado o vínculo empregatício com o tomador.

Ainda, complementa o jurista que o cooperativismo é uma forma de terceirização e, como tal, só pode ser admitido em atividades-meio.

Sobre as cooperativas, o mencionado juslaboralista é enfático ao declarar que, de modo geral, as cooperativas são criadas pelos “gatos”, que oferecem o trabalho aos “bóias-frias”, desde que ingressem na cooperativa. Efetivamente, nada muda, já que os trabalhadores ainda estão cumprindo a ordem dos turmeiros, laborando em outras localidades e em jornadas excessivas.²³⁰

Ilegal e fraudulento o trabalho por meio de cooperativa, não há que se falar em aplicação da responsabilidade subsidiária prevista na Súmula 331 do TST, mas, sim, o reconhecimento do vínculo empregatício se forma com o tomador de serviços, que é o real beneficiário do trabalho realizado. As cooperativas são, no mais das vezes, consideradas “empresas de fachada” criadas com a finalidade de intermediar a mão de obra por um preço vil, beneficiando o empresário rural. As cooperativas não possuem idoneidade financeira para arcar com os ônus trabalhistas e previdenciários.²³¹

RECURSO DE REVISTA. VÍNCULO DE EMPREGO. Diante da nova

²³⁰ MELO, Raimundo Simão de. Cooperativas de trabalho. **Revista do Ministério Público do Trabalho**. Brasília, v. 6, n. 12, p. 79-85, set. 1996.

²³¹ MELO, Raimundo Simão de. A flexibilização dos direitos trabalhistas e as cooperativas de trabalho. **Revista do Ministério Público do Trabalho**. Brasília, v. 8, n. 15, p. 64-74, 1998.

qualificação jurídica dos fatos apresentados, mister o reconhecimento do vínculo de emprego formado com o tomador de serviços, uma vez demonstrado que houve típica contratação de trabalhadores pela Coinbra-Frutesp, mediante empresa interposta, mascarada sob o rótulo de cooperativa. Hipótese de incidência da Súmula n. 331, I, desta Corte uniformizadora. Recurso de revista conhecido e provido.²³²

Considerando-se a formação do vínculo empregatício com a tomadora, responderá esta pelos danos pré-contratuais causados ao trabalhador.

3.4 Sobre os agentes de integração de estágio

A Lei n. 11.788/2008, ao revogar Lei n. 6.494/1977, passou a estabelecer as novas regras e parâmetros para a realização do estágio de estudantes.

Sérgio Pinto Martins conceitua o estágio como sendo um “negócio jurídico celebrado entre o estagiário e a concedente, sob a supervisão da instituição de ensino, mediante subordinação ao primeiro, visando a sua educação profissional”.²³³

Amauri Mascaro Nascimento expõe que, no estágio, compreendem-se atividades relativas a aprendizagem social, cultural e profissional fornecidas ao estudante através da participação em situações reais voltadas para a efetiva utilidade profissional que lhe são proporcionadas pela entidade concedente, seja ela realizada na comunidade em geral ou junto a pessoas jurídicas de Direito Público ou Privado, sob a supervisão da entidade de ensino à qual o aluno está vinculado.²³⁴

Denota-se da definição supra e do que se depreende da definição constante no artigo 1º da Lei n. 11.788/2008²³⁵ que a relação jurídica que compõe o estágio educacional é triangular, composta pela instituição de ensino, pela entidade concedente e pelo estudante.

²³² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 231600-35.1998.5.15.0082**. Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, 1ª T., j. 06 jun. 2007, DJ 10 ago. 2007.

²³³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Estágio e relação de emprego**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 10.

²³⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho contemporâneo**. Op. cit., p. 450.

²³⁵ “Art. 1º - Estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam freqüentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos.”

Contudo, o artigo 5º da mencionada lei prevê a participação, facultativa, dos agentes de integração de estágio nas relações triangulares.

Tais instituições merecem um olhar crítico e detalhado.

É obrigação dos agentes de integração de estágio realizar a identificação das oportunidades de estágio; ajustar suas condições de realização; fazer o acompanhamento administrativo; encaminhar negociação de seguros contra acidentes pessoais e cadastrar os estudantes.

Relevante, ainda, é a disposição contida no § 3º do artigo 5º da Lei de Estágio, o qual dispõe:

Os agentes de integração serão responsabilizados civilmente se indicarem estagiários para a realização de atividades não compatíveis com a programação curricular estabelecida para cada curso, assim como estagiários matriculados em cursos ou instituições para as quais não há previsão de estágio curricular.

Por outro lado, dispõe o artigo 3º da mesma lei que o estágio, via de regra, não gera vínculo empregatício com a unidade concedente, exceto se não cumprida obrigação contida no termo de compromisso de estágio ou os seguintes requisitos elencados nos incisos deste artigo:

- I – matrícula e frequência regular do educando em curso de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e nos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos e atestados pela instituição de ensino;
- II – celebração de termo de compromisso entre o educando, a parte concedente do estágio e a instituição de ensino;
- III – compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e aquelas previstas no termo de compromisso.

Tem-se clara, portanto, uma situação: havendo fraude na relação de estágio, deverá ser declarado o vínculo com a entidade concedente do estágio.

Amauri Mascaro Nascimento discorda de tal determinação legal ao expor que:

Contrato de estágio não é uma forma de relação de emprego nem pode ser

tratado com tal. É uma modalidade especial de contrato de qualificação profissional com objetivo profissional com objetivos pedagógicos e de formação nas diferentes áreas de conhecimento. Contudo, o descumprimento de regras estabelecidas pela lei pode ensejar a oportunidade de uma avaliação desqualificante da sua natureza própria, para que o seu enquadramento jurídico se faça no modelo do vínculo de emprego. Este reenquadramento é uma penalidade pesada, e a lei deveria fixar outras punições, mas não a transmutação de um tipo em outro tipo de contrato, o que, convenhamos, não é a solução adequada.²³⁶

Ao se pensar que o estágio pode se dar em uma instituição de Direito Público, como, por exemplo, um fórum, banco ou repartição pública, e a impossibilidade de configuração de vínculo empregatício com ente público, nos termos do artigo 37, II, da Constituição Federal, o que restará ao estudante que teve seu contrato de estágio declarado nulo? Omissa a Lei n. 11.788/2008 neste sentido.

Entretanto, havendo a participação do agente de integração de estágio na intermediação do estudante com a empresa concedente, qual a natureza de sua responsabilidade (§ 3º do artigo 5º da Lei de Estágio) em relação à realização do estágio em atividades incompatíveis com a grade curricular do aluno?

Havendo a desvirtuação do estágio, o vínculo será formado com a instituição concedente, conforme declaração expressa da lei.

Contudo, a lei silencia quanto à responsabilidade que deve ser atribuída ao agente de integração.

A jurisprudência, antes mesmo da vigência da nova Lei de Estágio, já havia se pronunciado sobre a responsabilidade solidária dos agentes de integração de estágio em razão de fraude no aludido contrato de estágio.

AGENTE DE INTEGRAÇÃO. RESPONSABILIDADE. ESTÁGIOS OCORRIDOS SOB A ÉGIDE DA LEI 6.494/77

Cinge-se a presente controvérsia em definir se existe responsabilidade do agente de integração (CIEE) em caso de descumprimento de requisitos formais e materiais no contrato de estágio firmado.

O § 2º do art. 1º da Lei 6.494/77 expressamente prevê que o estágio somente pode ocorrer em unidades que tenham condições de proporcionar experiência prática na linha de formação do estagiário; ou

²³⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho contemporâneo**. Op. cit., p. 450.

seja, há uma exigência de efetiva compatibilidade entre as funções desempenhadas pelo estudante em seu estágio e a sua área de formação, observado o respectivo currículo acadêmico.

Já o Decreto 87.497/82, em seu art. 7º, dispõe acerca da possibilidade de a instituição de ensino recorrer aos serviços de agentes de integração, aos quais compete, dentre outras atribuições, a identificação das oportunidades de estágios curriculares.

Ora, é imprescindível que o agente de integração, ao realizar esse processo de identificação das oportunidades de estágio, verifique se há correlação entre as atividades que serão desempenhadas pelo estudante e sua área de formação. Do contrário, ficará caracterizada sua culpa in eligendo. Assim, se o agente de integração, por exemplo, verifica a oportunidade de estágio para estudante de Direito em uma instituição bancária, deve ele averiguar se as atividades a serem desempenhadas estão relacionadas com o setor jurídico da empresa.

Além disso, deve haver uma fiscalização da execução do contrato de estágio, para que se garanta a permanente observância de todos os requisitos formais e materiais necessários à sua regularidade. Caso haja negligência no cumprimento desse dever fiscalizatório, ficará demonstrada a culpa in vigilando do agente.

Na hipótese dos autos, a egrégia Corte Regional consignou que o Réu CIEE, agente de integração, realizava questionários à Ré CREDICENTER, meio que lhe permitia o exercício de seu dever de fiscalização da regularidade material dos contratos de estágio.

Todavia, tendo em conta a constatada ausência de correlação entre as atividades desempenhadas pelos estagiários da Ré CREDICENTER e os programas escolares respectivos (premissa fática já verificada em tópico anterior), vê-se que o Réu CIEE (agente de integração) mostrou-se negligente, não fiscalizando, de forma efetiva, os contratos de estágio, razão pela qual é de se concluir pela manutenção de sua responsabilidade solidária, tendo como fundamento legal o art. 186 do Código Civil.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso de revista neste particular.²³⁷

Tendo o Tribunal Superior do Trabalho se manifestado sobre a responsabilidade solidária nos casos de fraude no contrato de estágio, certo é que também ao pré-contrato do estagiário aplica-se a responsabilidade solidária.

Por não se tratar de relação de emprego, não há como se falar em pré-contrato de trabalho *lato sensu*, mas não se pode negar que ao estagiário são estipuladas condições para a aceitação do estágio.

Ainda que não se trate de um pré-contrato de trabalho, há uma relação pré-contratual, ainda que seja para a configuração de um contrato de estágio.

²³⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 197500-59.2001.5.15.0014**. Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 3ª T., j. 18 dez. 2012, DEJT 1 fev. 2013.

Havendo, portanto, a participação do agente de integração e havendo lesão pré-contratual ao estagiário, deve ser de natureza solidária sua responsabilidade, nos termos do quanto disposto no artigo 942 do Código Civil, bem como do quanto dispõe o Enunciado 10, aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho, por analogia.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS DE TRABALHO

4.1 Conceito e natureza jurídica da responsabilidade civil pré-contratual

A responsabilidade civil existe desde que se formaram as primeiras sociedades primitivas, nas quais a vingança privada era a forma de se reparar o mal realizado. A lei de Talião foi a primeira intervenção estatal para regulamentar essa retaliação.

O Direito romano trouxe os primeiros conceitos de responsabilidade civil com a Lei das XXII Tábuas, as quais ainda continham princípios de talião, como se percebe através da expressão *si membrum rupsit ni eo pacit talio est*.²³⁸

A próxima fase da evolução do instituto, ainda no Direito romano, se caracteriza pela livre composição voluntária, a qual também passa a ser regulamentada pelo Estado no momento em que a autoridade começa a punir, substituindo-se ao particular na atribuição de ferir o causador do dano.²³⁹

Com o advento da *Lex Aquilia* se firmou um novo marco regulador para a reparação dos danos, em que eram previstas as punições aos causadores de prejuízos materiais aos proprietários das coisas destruídas. Posteriormente, após as intervenções jurisprudenciais passou-se, no último estágio do Direito romano, à admissão da reparação dos danos morais.²⁴⁰

A responsabilidade aquiliana, a qual influenciou diversas legislações ocidentais, sofreu evoluções, incluindo-se o conceito de culpa para a sua caracterização.

Com sua evolução, hoje a responsabilidade passou não mais a ser caracterizada pela culpa, mas pela infração a um tipo legal, decorrente de um contrato ou risco assumido pela prática de determinado ato.

²³⁸ DIAS, Jose de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1944, p. 22.

²³⁹ Ibidem, p. 22.

²⁴⁰ Ibidem, p. 23-27.

A responsabilidade pré-contratual também tem sua primeira aparição no Direito romano, através das considerações de Cícero, que cita passagem envolvendo uma compra e venda.

Um cidadão romano chamado Cânio pretendia adquirir uma casa para passar o verão na cidade de Siracusa. Dispondo desta informação, o banqueiro Pizio, de Siracusa, convidou Cânio para jantar em sua casa à beira mar. Pizio pediu aos pescadores do local que, no momento do banquete, levassem grandes quantidades de peixe. Encantado com a casa e com o hábito dos pescadores de entregarem os peixes na residência, Cânio insistiu na compra da casa, a qual foi vendida, após simulação de resistência por Pizio, por um preço muito superior ao praticado localmente. Após a celebração do negócio, a entrega dos peixes, a qual foi preponderante para a compra, não ocorreu, deixando clara a ausência de boa-fé de Pizio.²⁴¹

Apesar da conclusão do jurisconsulto Cícero de que houve conduta desleal nas negociações realizadas por Pizio, esta não foi aceita pelos romanos, em razão de existir no ordenamento jurídico apenas os institutos da *actio doli* e da *actio ex contractu*.²⁴²

O assunto voltou a ser estudado apenas por Jhering, a partir da teoria da culpa *in contrahendo*, vez que a culpa aquiliana, do Direito romano, se mostrava inapta a abraçar as relações jurídicas advindos do pré-contrato.

Jhering expõe a situação de injustiça decorrente dos danos suportados na fase pré-contratual, especialmente em face do contraente de boa-fé que suportaria danos em razão da conduta temerária da parte contrária. A teoria é desenvolvida com base nos elementos: (i) contrato nulo; (ii) falha do vendedor que enseje nulidade; (iii) desconhecimento da nulidade pelo comprador; e (iv) ação de indenização.²⁴³

A responsabilidade civil pré-contratual, no Brasil, teve seu primeiro estudo através do mestre Antônio Chaves, em 1959, através de sua tese para o concurso à cátedra de

²⁴¹ CÍCERO. *De officiis*, III, 14, *apud* CAPPELARI, Récio Eduardo. **Responsabilidade pré-contratual: aplicabilidade ao Direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 19; v. também PRATA, Ana Maria Correia Rodrigues. **Notas sobre responsabilidade pré-contratual**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 7-8.

²⁴² CAPPELARI, Récio Eduardo. *Op. cit.*, p. 20.

²⁴³ GARCIA, Enéas Costa. *Op. cit.*, p. 246-247.

Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

A fim de positivizar a existência do instituto da responsabilidade pré-contratual, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 6.960, de 2002,²⁴⁴ de autoria do deputado Ricardo Fiúza, visando à alteração de alguns artigos do Código Civil, dando uma nova redação ao artigo 422, de modo a contemplar expressamente a existência da responsabilidade civil nos casos de inexistência de boa-fé nas relações pré-contratuais.

Ana Prata define a responsabilidade pré-contratual ao expor que:

A conclusão do contrato repousa sempre, para cada um dos contraentes, em dois pressupostos: a) o de que o contrato a celebrar é idôneo, pelas características do bem da pessoa ou da contraparte, pelo equilíbrio econômico do programa que estabelece, a satisfazer o seu interesse; b) o de que o contrato a celebrar está apto, pela qualidade do outro contraente (qualidade jurídica — capacidade, legitimidade), pela situação do bem e pelas próprias características jurídicas, a produzir os efeitos jurídicos para que é pré-ordenado.

Frustrando-se qualquer um destes pressupostos, por culpa de uma das partes, coloca-se o problema da responsabilidade pré-contratual na fase de formação do contrato.²⁴⁵

Para Eneas Costa Garcia, a responsabilidade 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”.²⁴⁶

Antonio Carvalho Martins define que “a responsabilidade pré-contratual destina-se a proteger quem negocia com outrem contra actos que, nos preliminares ou na conclusão do negócio, possam causar danos”.²⁴⁷

O doutrinador italiano Giorgio Stella Richter define que a saída súbita e injustificada de uma das partes da negociação é fonte de indenização por perdas e danos à

²⁴⁴ Projeto de Lei n. 6.960, de 2002: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase póscontratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade”.

²⁴⁵ PRATA, Ana Maria Correia Rodrigues. **Notas...** Op. cit., p. 17-18.

²⁴⁶ GARCIA, Eneas Costa. Op. cit., p. 243.

²⁴⁷ MARTINS, Antonio Carvalho. **Responsabilidade pré-contratual**. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 136.

outra parte.²⁴⁸

Olivier Deshayes, doutor pela Universidade de Paris, expõe que todo aquele que rompe as negociações do contrato é susceptível de pôr em jogo sua responsabilidade civil. Apesar da liberdade que caracteriza a fase das negociações, a desistência imotivada de uma das partes é causa de responsabilidade pré-contratual.²⁴⁹

Seguindo a tendência da análise da *culpa in contrahendo* proposta por Jhering, Antonio Chaves concluiu que o elemento culpa é necessário para a caracterização da responsabilidade civil pré-contratual.

Essa culpa, todavia, consiste não em retroceder nas negociações iniciadas, mas em fazê-lo sem um motivo legítimo, ou depois de ter ocasionado prejuízo à outra parte: nada mais justo então, independentemente de quaisquer outras considerações, do que reconhecer a obrigação de indenizar. O exercício da liberdade de contratar não implica na liberdade de lesar o interesse do co-contratante.²⁵⁰

Além da culpa, Antônio Chaves expõe que também são elementos constitutivos para a caracterização da responsabilidade pré-contratual: o consentimento às negociações, o dano patrimonial e a relação de causalidade, a qual deve ser imediata a fim de que possa ser demonstrado o nexo causal entre o prejuízo alegado e o fato que foi o objeto de sua origem.²⁵¹

Em sentido contrário à tese da existência do elemento culpa para que se configure a responsabilidade contratual, Récio Cappelari entende que a culpa não é elemento imprescindível para a configuração de tal espécie de responsabilidade. Constituem-se como seus elementos específicos a confiança na seriedade das tratativas e a informação enganosa que possa ferir essas negociações. O dano patrimonial, o consentimento às negociações, a relação de causalidade e a observância ao princípio da boa-fé seriam seus elementos genéricos.²⁵²

²⁴⁸ RICHTER, Giorgio Stella. **La responsabilità precontrattuale**. Torino: Utet Libreria, 1996, p. 45.

²⁴⁹ DESHAYES, Olivier. Le dommage précontractuel. **Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique**. Paris, n. 2, p. 187-204, abr./jun. 2004, p. 187.

²⁵⁰ CHAVES, Antonio. **Responsabilidade...** Op. cit., p. 107.

²⁵¹ Ibidem, p. 156-170.

²⁵² CAPPELARI, Récio Eduardo. Op. cit., p. 34-35.

O Direito português, em razão do quanto disposto no artigo 227 do Código Civil,²⁵³ impõe a culpa como elemento para que seja caracterizada a responsabilidade pré-contratual.

Para que se verifique a responsabilidade *in contrahendo*, é, em princípio, e nos termos do artigo 227, imprescindível que a violação do dever pré-contratual seja culposa. Fora dos casos em que a lei expressamente admite a existência de responsabilidade com dispensa da culpa, esta é, pois, requisito ineliminável da responsabilidade pré-contratual.²⁵⁴

Contudo, tormentosa é a discussão do pressuposto de existência da culpa, seja no ordenamento jurídico português, seja no Direito pátrio.

Menezes Cordeiro, em sentido oposto à doutrina esposada por Ana Prata, entende pela possibilidade de responsabilidade pré-contratual ainda que a parte desistente não tenha agido com culpa. O fundamento desta análise reside na tese de que é possível a declaração da responsabilidade pré-negocial, ainda que a parte retirante não tenha agido com culpa, mas, sim, que tenha deixado de observar o princípio da boa-fé e seus deveres assessoriais expostos no capítulo anterior.²⁵⁵

Questão igualmente controvertida é a definição da natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual.

A primeira tese seria que esta responsabilidade seria de natureza contratual, já que seria a mesma relação jurídica que regeria as negociações preliminares e o contrato que seria formado.

Adepto desta teoria, o doutrinador português Antônio Carvalho Martins expõe que o artigo 227º do Código Civil português transmite a ideia de existência de vínculos obrigacionais entre os participantes. Tal vínculo gera responsabilidade contratual. Ainda:

A responsabilidade pré-contratual, é, portanto, uma responsabilidade

²⁵³ “Artigo 227º (Culpa na formação dos contratos)

1. Quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.”

²⁵⁴ PRATA, Ana Maria Correia Rodrigues. **Notas...** Op. cit., p. 155.

²⁵⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Op. cit., p. 546-563.

contratual, mas só porque geralmente se qualifica como contratual ou obrigacional toda a responsabilidade emergente do não-cumprimento de uma obrigação pré-existente entre as partes, quer a fonte dela seja um contrato, quer não.²⁵⁶

Antônio Chaves refuta tal teoria ao expor que seria um contrassenso falar-se em responsabilidade contratual onde não ocorreu a celebração do contrato.²⁵⁷

A segunda teoria diz respeito a que a natureza jurídica da responsabilidade civil pré-contratual seria extracontratual.

Este é o entendimento de Caio Mario da Silva Pereira:

Para que ocorra tal responsabilidade, em que se desenha um caso especial de responsabilidade civil, é que a culpa que se apura é aquiliana e não contratual, porque assenta no princípio geral que impõe a qualquer pessoa abster-se de prejudicar outrem, e não infração de alguma cláusula do contrato, pois que, nesta fase não existe contrato.²⁵⁸

Nesta linha é o entendimento de Récio Cappelari: vez que inexistente o contrato principal, a ruptura do contrato-preliminar não possui a natureza contratual.²⁵⁹

Os defensores de tese de terceiro gênero a ser atribuída como natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual, tais como Sacco e Guhl, defendem-na sob o fundamento de que sua aplicabilidade estaria vinculada a algum instituto jurídico.²⁶⁰

A crítica reside, em síntese, no fato de não há normas específicas para regular as normas inerentes a este terceiro gênero. Ainda não se pode aceitar uma responsabilidade que exista além de uma relação contratual, ou, ainda, além das obrigações existentes entre as partes pré-contratantes.²⁶¹

Não se pode olvidar sobre a tese esposada por Antônio Chaves, a qual nega a possibilidade de se determinar a natureza jurídica desta espécie de responsabilidade, pois o

²⁵⁶ MARTINS, Antonio Carvalho. Op. cit., p. 40-41.

²⁵⁷ CHAVES, Antonio. **Responsabilidade...** Op. cit., p. 104.

²⁵⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 82.

²⁵⁹ CAPPELARI, Récio Eduardo. Op. cit., p. 54

²⁶⁰ Ibidem, p. 53.

²⁶¹ CAPPELARI, Récio Eduardo. Op. cit., p. 53; SAGNA, Alberto. **Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale**. Milano: Giuffrè, 2004, p. 24.

momento do pré-contrato é vago e ainda não definido. O ato jurídico por não ser perfeito e acabado, não possui todos seus elementos, motivo pelo qual não seria possível concluir pela aferição de sua natureza jurídica.²⁶²

A responsabilidade civil advinda do contrato preliminar, via de regra, é de natureza subjetiva, considerando-se os elementos de culpa, boa-fé e outros envolvidos na relação jurídica.

Os termos gerais da responsabilidade pré-contratual trazidos pela doutrina civilista podem ser transpostos e adaptados ao Direito do Trabalho, ressalvando-se os princípios protetivos inerentes ao Direito do Trabalho.

Os estudiosos do Direito do Trabalho também se ocuparam em definir a possibilidade de reparação pré-contratual.

José Affonso Dallegrave Neto defende que, em razão da teoria dualista, só é possível falar em responsabilidade contratual e extracontratual. A responsabilidade civil pré-contratual reside na ofensa ao princípio da boa-fé e não na violação da obrigação principal do contrato.²⁶³

Amauri Mascaro, sobre o tema, expõe:

Quando há contrato escrito para início da relação de emprego e esta não começa na data apazada por oposição do empregador que, superveniente, desinteressou-se do empregado. A lei não resolve a questão. Se resultarem prejuízos ao empregado, que contava com o emprego e se desfez de outras obrigações em função do ajuste com o novo empregador, o empregado terá direito às reparações, que serão civis, de acordo com o princípio da indenização por danos.

[...]

A promessa de contrato também pode obrigar o empregador, não em termos trabalhistas, mas também com base no mesmo princípio acima referido, da reparação de danos civis.²⁶⁴

²⁶² CHAVES, Antonio. **Responsabilidade...** Op. cit., p. 68-75.

²⁶³ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no Direito do Trabalho**. 3. ed., São Paulo: LTr, 2008, p. 106-107.

²⁶⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 246-247.

Enoque Ribeiro expõe que:

Se porventura a empresa ou empregador contratante desistir da contratação atrairá para si a responsabilidade pelos danos materiais decorrentes de seu ato, ou seja, lucros emergentes e lucros cessantes. Deverá, ademais, manter a remuneração do empregado até que este consiga uma nova colocação no mercado de trabalho.²⁶⁵

Nas lições de Délio Maranhão:

Assim é que, se os entendimentos preliminares chegaram a um ponto que faça prever a concussão do contrato e uma das partes os rompe sem um motivo justo e razoável (*culpa in contrahendo*), a outra terá o direito ao ressarcimento do dano causado por esse rompimento (interesse contratual negativo), quando possa provar que, confiando na previsível conclusão do contrato, fez despesas em virtude de tais entendimentos, ou deixou de aceitar outra oferta tanto ou mais vantajosa.²⁶⁶

Alice Monteiro de Barros também compartilha do entendimento de que o dever de ressarcimento pela responsabilidade pré-contratual se funda na *culpa in contrahendo*, a qual tem por finalidade tutelar a confiança recíproca. O fundamento de tal responsabilidade é o dever das partes de atuarem em consonância com a boa-fé objetiva e lealdade.²⁶⁷

A ruptura injustificada, arbitrária e sem causa, e a fraude à confiança legítima, são expressões que trazem em si conceitos vagos, razão pela qual caberá ao julgador concretizar tais definições tendo em vista a situação de fato e o ambiente onde se consubstanciaram.²⁶⁸

Amauri Mascaro Nascimento defende que as indenizações devidas na responsabilidade pré-contratual são de natureza civil, não havendo como se falar em ressarcimentos trabalhistas vez que o contrato de trabalho ainda não teve seu início. A regra aplicável é a do Direito Civil, nos termos do quanto dispõem os artigos 186 e 187 do Código Civil brasileiro.²⁶⁹

Guilherme Machado Dray expõe que a prática de ato discriminatório pelo

²⁶⁵ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano moral...** Op. cit., p. 128.

²⁶⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. Op. cit., v. 1, p. 252.

²⁶⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso...** Op. cit., p. 515.

²⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 483.

²⁶⁹ NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Curso...** Op. cit., p. 709.

empregador durante a fase preliminar do contrato individual, que venha a excluir o candidato por razões juridicamente inadmissíveis, não gera a obrigação de efetivar a contratação do empregado. Não cabe a execução forçada do contrato promessa.²⁷⁰

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira leciona que:

Se o fato futuro não acontecer, não se passa para a fase de execução do contrato e as partes se liberam do avençado, voltando ao *statu quo ante*. Verificado o fato, há direito do início da execução. Se esta for obstada pelo tomador de serviços, o inadimplemento da obrigação assumida implica ressarcimento por perdas e danos, podendo estes ser patrimoniais ou pessoais.²⁷¹

O artigo 944 do Código Civil, o qual dispõe sobre a reparação integral dos danos, contempla a indenização decorrente da quebra das tratativas.

Assim, existindo o dano na fase pré-contratual, a fim de que sejam resguardados os direitos do trabalhador que, em busca de um emprego, se coloca numa posição hipossuficiente, deve haver a respectiva indenização civil para os danos a serem reparados.

Importante levantar a questão de que a responsabilidade pelos danos causados durante a fase pré-contratual é uma via de mão dupla e atinge ambas as partes pré-contratantes, ou seja, no contrato de trabalho: trabalhador e empregador.

Em que pese a hipossuficiência do trabalhador como parte na negociação pré-contratual, há situações em que o trabalhador encontra-se em situação de superioridade em relação ao empregador, tais como nos casos dos altos empregados²⁷² ou trabalhadores altamente especializados.

Essas categorias de trabalhadores, por possuírem aptidões muito específicas e deterem conhecimentos tecnológicos avançados ou estratégicos, são buscados e disputados por empresas que buscam liderança em sua área de atuação.

²⁷⁰ DRAY, Guilherme Machado. Op. cit., p. 212-213.

²⁷¹ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. **O dano pessoal...** Op. cit., p. 129.

²⁷² Alice Monteiro de Barros define *altos empregados* como “os diretores gerais, superintendentes, gerentes com amplos poderes, e, em síntese, todos os que exercem função diretiva e ocupam um posto de destaque.” (BARROS, Alice Monteiro de. **Curso...** Op. cit., p. 215).

Ao contrário do trabalhador que se submete às condições impostas pelo empregador a fim de sobreviver, tais trabalhadores colocam-se, muitas vezes, em posição superior ao próprio empregador.

Nessas situações, não há como manter o candidato à vaga de emprego sob o mesmo manto protetivo que se encontra o trabalhador comum.

Francisco Araujo leciona que:

A boa-fé contratual, especificamente aplicada ao contrato de emprego, deve levar em conta essa realidade, principalmente no que diz respeito ao poder de comando do empregador sobre a força de trabalho do empregado, oriundo da dependência econômica e da subordinação jurídica. Isso não quer dizer que, em alguns casos, o empregado não esteja em situação de igualdade com o empregador. Na maioria das vezes o empregado está em posição débil perante seu empregador. Algumas vezes, porém, o empregado possui uma posição privilegiada dentro da empresa, tanto no sentido material quanto no sentido jurídico. Não se pode fazer incidir o Princípio da Proteção, com a mesma intensidade sobre o contrato do operário e sobre o contrato do gerente.²⁷³

O contrato destes trabalhadores envolve inúmeras cláusulas, como pagamento de remuneração variável, transferências internacionais, pacote de benefícios, entre outras. A boa-fé nas negociações atinge de maneira contundente os altos executivos e demais trabalhadores altamente especializados. Causando o rompimento injustificado das negociações pré-contratuais, deve, sobre eles, incidir a obrigação de reparar os danos que eventualmente causem ao empregador.

Menezes Cordeiro traz exemplo do Direito alemão: em julgamento da mais alta corte trabalhista desse país, houve responsabilização do empregado por ausência do dever de esclarecimento e por quebra da boa-fé que deve existir nas relações pré-contratuais:

BAG (*Bundesarbeitsgericht*) 7-Fev-1964 entende-se que uma trabalhadora, escolhida em concurso para ocupar determinado posto, é responsável quando, estando doente e carecendo de um período longo de convalescência, cala este aspecto na entrevista de seleção e, de seguida, falta sucessivamente a várias convocatórias para iniciar funções, acabando por comunicar sua impossibilidade para celebrar o contrato de trabalho encarado: inutilizou, com isso, todo um processo de seleção para

²⁷³ ARAUJO, Francisco Rossal de. Op. cit., p. 235.

preenchimento de um lugar.²⁷⁴

4.2 Extensão da tutela reparatória

Segundo Richter, os interesses positivos e negativos se distinguem em razão da diversidade de seus pressupostos. Enquanto o interesse negativo pressupõe que o contrato não tenha sido executado ou que tenha sido celebrado contrato inválido, o interesse positivo presume a existência de um contrato válido. A responsabilidade pré-contratual pressupõe a quebra do contrato, ainda que tal responsabilidade indique a lesão ao interesse negativo da parte que se viu truncada em razão da quebra das regras do decoro e da boa-fé que deveriam fazer parte nas negociações preliminares.²⁷⁵

O interesse contratual negativo consubstancia-se na indenização por parte de quem confiou na validade de um negócio que, ao final, não se concluiu. Caso tivesse se concluído, não teriam sido em vão as despesas e demais renúncias feitas pelo contratante em detrimento do contrato que seria celebrado.²⁷⁶

Ana Prata discorre sobre o assunto expondo que:

Os danos indemnizáveis caracterizam-se por ser aqueles que o lesado sofreu em virtude de não ter chegado a celebrar certo contrato ou ter celebrado um contrato inválido ou ineficaz: consubstanciar-se-iam, pois, nas perdas sofridas com a celebração do contrato ou com as atividades tendentes a essa conclusão e nas ocasiões negociais perdidas por o lesado se ter empenhado naquele projecto contratual em detrimento de outros.²⁷⁷

A reparação do dano pré-contratual é de interesse negativo, ou seja, as indenizações, perdas, danos e prejuízos advindos da não celebração do contrato que fora prometido. O prejuízo se traduz nas despesas que sofreu para se credenciar às negociações ou em razão do tempo perdido, quais sejam: os danos emergentes. Computam-se, também, os lucros cessantes, os quais abrangem as oportunidades imediatas que não se concretizaram em razão da quebra do quanto pré-contratado.²⁷⁸

²⁷⁴ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Op. cit., p. 550.

²⁷⁵ RICHTER, Giorgio Stella. Op. cit., p. 91.

²⁷⁶ CHAVES, Antonio. **Responsabilidade...** Op. cit., p. 216-217.

²⁷⁷ PRATA, Ana Maria Correia Rodrigues. **Notas...** Op. cit., p. 167.

²⁷⁸ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade...** Op. cit., p. 107.

O dano, para fins de responsabilidade civil, nas lições de Cavalieri Filho é:

A subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem a liberdade etc. Em suma, dano é a lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí sua divisão em dano patrimonial e moral.²⁷⁹

Récio Cappelari leciona que, nas relações pré-contratuais, devem ser indenizadas, além das despesas efetivadas nas negociações, a perda de tempo em razão do desvio do trabalho, a perda da oportunidade em negociar com outras partes, os prejuízos futuros, eventual imobilização de capital e os danos não patrimoniais.²⁸⁰

4.2.1 Danos materiais: lucros cessantes e danos emergentes

O dano patrimonial:

é susceptível de avaliação econômica e, conseqüentemente, mais fácil restabelecer o *status quo ante* pelo ressarcimento do dano emergente (o que se perde) e lucro cessante (o que verossimilmente podia o credor contar com o curso ordinário das coisas ou conforme as circunstâncias particulares, aos arranjos e disposições efetuadas).²⁸¹

Segundo Récio Eduardo Cappelari:

O dano material (*damnum factum*), também conhecido como dano patrimonial é o prejuízo que atinge exclusiva e diretamente o bem patrimonial da vítima consistindo na perda ou deterioração da coisa diminuindo seu valor, restringindo a sua utilidade ou mesmo anulando-o.²⁸²

Para fins de responsabilidade civil, o dano, para ser indenizável, deve-se traduzir em prejuízo, perda, deterioração de um bem ou diminuição de patrimônio. Não é relevante se ele possui natureza contratual ou extracontratual.²⁸³

²⁷⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 71.

²⁸⁰ CAPPELARI, Récio Eduardo. Op. cit., p. 130.

²⁸¹ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. **O dano pessoal...** Op. cit., p. 37.

²⁸² JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Responsabilidade e relações do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998, p. 56.

²⁸³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: v. 4: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 303.

A perda ou diminuição do patrimônio pode ser vislumbrada nas relações de trabalho e na fase pré-contratual.

Em caso de quebra das tratativas preliminares, as quais não desembocaram no contrato principal, ou seja, na contratação do emprego, conforme eventual promessa havida anteriormente à recusa injustificada, deve o contratante indenizar o não contratado nos termos do quanto dispõe a lei civil.

A garantia do pagamento das indenizações está no patrimônio do devedor, tanto que o art. 942 do Código Civil estabelece que os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado, De forma semelhante, prevê o art. 591 do CPC que o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros.²⁸⁴

No Direito do Trabalho, é indiscutivelmente reconhecido o direito à reparação por danos patrimoniais, por força do quanto dispõe os artigos 402 e 403 do Código Civil,²⁸⁵ cuja aplicabilidade é respaldada por força do quanto disposto no artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Os danos patrimoniais ou materiais a serem ressarcidos englobam os danos emergentes e os lucros cessantes.

O dano material carrega em si a ideia de perda e prejuízo. Subdivide-se naquilo em que se deixou de ganhar em razão do efeito danoso ou ainda no que se efetivamente perdeu. Acresça-se, ainda, o novo conceito de perda de uma chance em razão de situações excepcionais que conduzem a um prejuízo.²⁸⁶

O dano emergente se traduz pela perda de patrimônio. É aquele que mais se realça e é de natureza objetiva, já que depende unicamente de danos concretos para apuração do

²⁸⁴ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Op. cit., p. 308.

²⁸⁵ “Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

²⁸⁶ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.393.

valor a ser ressarcido.²⁸⁷

Récio Eduardo Cappelari aduz que:

A reparação das despesas efetivadas nas negociações é evidente, uma vez que tais despesas representam uma diminuição efetiva do patrimônio do lesado. É direito inconteste do contraente em face de sua confiança lesada imotivadamente. Alocam-se, neste espaço, todas as despesas efetivamente realizadas, as quais tinham como escopo a realização do futuro contrato.²⁸⁸

Devem ser indenizados os gastos dos contratantes com os deslocamentos para realização das tratativas, hospedagem, alimentação e outras despesas que se fizeram necessárias para a celebração do contrato preliminar não cumprido de maneira voluntária pelo promitente-empregador.

Da mesma forma, também deve se falar em indenização pelos danos emergentes causados pelo promitente-empregado com a seleção, no caso deste deixar de comparecer aos serviços na data aprazada ou, ainda, não cumprir com alguma estipulação pré-contratual, como, por exemplo, não frequentar um curso necessário para a realização das atividades para as quais foi contratado, que fora custeado pela empresa, nos termos do pactuado previamente.

Em contrapartida, os lucros cessantes são traduzidos no conceito daquilo que a vítima razoavelmente deixou de lucrar. Deve ser considerado o que a vítima teria recebido caso não tivesse ocorrido o dano. O critério para seu arbitramento deve ter caráter iminentemente objetivo.

Segundo Enéas Garcia:

“No âmbito da responsabilidade pré-contratual, é o lucro cessante representado pela perda concreta de um outro negócio em razão da parte confiar na conclusão daquele contrato que estava em negociação.”²⁸⁹

²⁸⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: v. 4: responsabilidade civil. Op. cit., p. 42.

²⁸⁸ CAPPELARI, Récio Eduardo. Op. cit., p. 130.

²⁸⁹ GARCIA, Enéas Costa. Op. cit., p. 288

Nas relações de trabalho, verifica-se a ocorrência do lucro cessante quando o empregado deixa seu emprego atual para assumir novo emprego, que, embora prometido, não se efetiva. Para Alice Monteiro de Barros:

O que importa é reconhecer a possibilidade de lucros cessantes mesmo em matéria pré-contratual, não nos moldes da responsabilidade contratual, mas, pelo menos, numa proporção que venha a constituir, por um lado, uma admoestação para o pré-contratante infiel, que pagando tão simplesmente as despesas a que deu causa, não restabelece o desequilíbrio ocasionado pela sua incúria, e, ao mesmo tempo, um incentivo para que volte a trilhar o caminho que conduzirá à conclusão da avença: por outro lado, um modesto consolo para a outra parte que depositou suas esperanças na conclusão do negócio entabulado, contando com vantagens que muito justamente considerava como certas.²⁹⁰

Há de se ter em mente que lucro cessante tem natureza objetiva e não pode se confundir com um lucro hipotético ou dano remoto que seria apenas uma consequência indireta do dano que implicou nos lucros cessantes.²⁹¹

Alice Monteiro de Barros pontua que, na fase pré-contratual, as partes devem agir obedecendo aos princípios da lealdade e boa-fé. A infringência desses deveres, ao causar danos, implica em ressarcimento, seja do dano emergente, seja do lucro cessante, que consiste naquilo que poderia ter se obtido em outra contratação que não se consumou em razão da frustração da negociação.²⁹²

4.2.2 Danos morais

A reparação por danos morais encontra-se positivada nos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal.

O dano moral pode ser caracterizado tanto em sentido estrito, que seria a violação ao direito à dignidade, quanto em sentido amplo, abrangendo os aspectos da pessoa que não estejam diretamente vinculados a sua dignidade, ou seja, todas as ofensas realizadas contra a vítima que afrontem contra seus direitos de personalidade, como, por exemplo,

²⁹⁰ CHAVES, Antônio. **Responsabilidade...** Op. cit., p. 232.

²⁹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 72

²⁹² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso...** Op. cit., p. 516.

reputação, hábitos, relações afetivas, convicções políticas e gostos pessoais.²⁹³

Nos dizeres de Silvio Venosa:

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atenção é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí porque aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano.²⁹⁴

Complementa Cavalieri Filho que:

O dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver a ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade.²⁹⁵

Importante ter em mente a ponderação supra a fim de que sejam analisadas da maneira mais objetiva possível a situação fática, a fim de que seja vislumbrada a real ocorrência de danos morais e sua respectiva indenização.

Nesta seara, também deve ser analisada a questão atinente à configuração do dano moral.

Não é qualquer dissabor da vida que poderá ser configurado como dano moral. Para ser caracterizado como tal, o aludido dano deve ser sério e ocasionar um distúrbio anormal da vida da vítima. Os aborrecimentos cotidianos não devem ser levados em consideração para que se proceda com a devida reparação compensatória. Para seu abalçamento deve se ter em mente o critério do homem médio, o do *bonus pater familias*, a fim de que se possa excluir a sensibilidade exacerbada e a resiliência excessiva.²⁹⁶

Não há óbice para a concessão de danos morais em razão das condutas lesivas que

²⁹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 76-77.

²⁹⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: v. 4: responsabilidade civil. Op. cit., p. 46.

²⁹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 77.

²⁹⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: v. 4: responsabilidade civil. Op. cit., p. 46-47.

possam ocorrer na fase pré-contratual, em razão do princípio da reparação integral dos danos e de a permissão constitucional para a responsabilidade decorrente de dano moral ser ampla.

A indenização prevista no art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, exige para sua real configuração, nos termos do art. 186 do Código Civil, prova contundente da conduta provocadora do dano moral, o nexo causal entre a conduta e o ato praticado pelo agente e a prova de que o sujeito teve violada sua intimidade, privacidade, honra ou imagem.

Todo e qualquer dano moral ocorrido na fase pré-contratual deve ser indenizado.

Conforme a lição de Paulo Eduardo Oliveira:

Se as cláusulas do contrato preliminar forem razoáveis, quanto ao tempo e demais condições avençadas, estas criam direitos e obrigações, e, do seu descumprimento pode decorrer dano patrimonial e/ou pessoal de fácil configuração ressarcível.²⁹⁷

Os danos morais nascidos na fase pré-contratual, como, por exemplo, as atitudes discriminatórias, os testes psicológicos e grafológicos realizados sem consentimento do empregado, conforme exposto no capítulo anterior, a divulgação de dados e informações do empregado são fatos geradores para a reparação por danos morais.

Enoque Ribeiro expõe que “o Dano Moral Trabalhista, neste caso, também se manifesta quando o empregador divulga no interior da empresa, ou fora dela, que um trabalhador não foi admitido por ser homossexual ou cleptomaníaco”.²⁹⁸

O trabalhador que for preterido a uma vaga de emprego por quaisquer motivos alheios aos requisitos profissionais para o exercício das atividades para as quais seria contratado deve ter reparado os danos à sua dignidade.

Exemplo essencial sobre danos morais ocorridos na fase pré-contratual é trazido

²⁹⁷ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. **O dano pessoal...** Op. cit., p. 128.

²⁹⁸ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano moral...** Op. cit., p. 128.

por Antônio Chaves ao expor que “o operário não admitido a serviço por não ser sindicalizado sustentaria ter sofrido um prejuízo moral decorrente do fato do patrão desconhecer seu direito de fazer parte de um sindicato profissional”.²⁹⁹

Além do ressarcimento pelos danos materiais advindos do lucro cessante, dos danos emergentes e dos danos morais decorrentes à afronta à dignidade, insta salientar a possibilidade de indenização decorrente do tempo gasto em vão nas negociações que restaram infrutíferas por culpa de uma das partes.

Récio Eduardo Cappelari leciona que:

A perda de tempo em face do desvio de sua atividade para desenvolver as negociações, que, injustamente, foram desfeitas, também merece ressarcimento, mesmo porque, não deixa de se consubstanciar em honorários, tais como os dos advogados ou médicos, os quais teriam irressarcido todo um esforço que injustificadamente ficou sem proveito.³⁰⁰

Deve ser indenizado o trabalhador que disponibiliza o seu tempo para participar das infundáveis etapas de um processo seletivo, entrevistas e demais momentos das negociações preliminares, desde que, celebrado o pré-contrato, este não venha a ser cumprido pelo empregador de forma injustificada.

Na justiça comum, em especial no Direito do Consumidor, os Tribunais têm admitido a indenização por danos morais em decorrência da perda do tempo útil gasto com filas de banco e ligações para “*call center*”.³⁰¹

Tal inovação deve ser recebida pelo Direito do Trabalho, a fim de que seja efetivada a reparação integral do trabalhador pelos danos ocorridos na fase pré-contratual.

O alcance da reparação deve incluir, além das despesas efetuadas, os lucros cessantes, danos emergentes, danos morais e, em casos excepcionais, admitir a existência e

²⁹⁹ CHAVES, Antonio. **Responsabilidade...** Op. cit., p. 245.

³⁰⁰ CAPPELARI, Récio Eduardo. Op. cit., p. 130.

³⁰¹ GUGLINSKI, Vitor Vilela. Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade. **Jus Navigandi**. Teresina, v. 17, n. 3.237, 12 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21753>>. Acesso em: 21 out. 2013.

o ressarcimento dos danos futuros e das oportunidades frustradas.³⁰²

4.2.3 Indenização pela perda de uma chance

Há grande discussão doutrinária quanto ao marco inicial do surgimento do instituto em estudo.

A doutrina majoritária francesa, tal como Yves Chartier e Geneviève Viney, estabelece como marco inicial para a ocorrência da primeira aplicação do instituto da perda da chance o final do século XIX, com fundamento em um julgamento da Câmara de Requerimentos francesa, o qual teria deferido o pagamento de uma indenização a um indivíduo que teve suprimidas suas chances de êxito em demanda judicial por força de atos negligentes de um oficial ministerial.³⁰³

Entretanto, a partir dos novos estudos desenvolvidos por Daniel Carnaúba, citados criticamente por Flávio Higa,³⁰⁴ este não foi o marco inicial da aplicação do instituto, vez que a ação não se tratava da discussão sobre a perda da chance, mas sim de recomposição patrimonial decorrente de danos praticados por terceiros.

Diante destes novos estudos, tem-se que o primeiro caso versando sobre o instituto da perda da chance no Direito francês ocorreu no ano de 1932, quando a Corte de Cassação autorizou a reparação pelas chances perdidas no caso em que um casal perdeu a chance de adquirir um imóvel por conduta dolosa do notário.³⁰⁵

A primeira ocorrência no Direito brasileiro se deu na década de 1990, no Rio Grande do Sul, através de acórdão de lavra do ministro Ruy Rosado, membro do Tribunal de Justiça desse estado.

Tal acórdão analisou a ação movida contra advogado que agiu com negligência ao não comunicar à sua cliente, a qual pleiteava o recebimento de benefícios previdenciários

³⁰² CHAVES, Antonio. **Responsabilidade...** Op. cit., p. 264.

³⁰³ FRANÇA. Câmara de Requerimentos. **Caisse commerciale de Limoges v. Rives**. CASS.-Req. 17 jul. 1889.

³⁰⁴ HIGA, Flavio da Costa. **A perda de uma chance no Direito do Trabalho**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 23-32.

³⁰⁵ FRANÇA. Corte de Cassação. **Grimaldi v. Marnier**. CASS.-Req. 26 maio 1932.

em decorrência da morte de seu marido, que os autos da ação distribuída haviam se extraviado, antes da citação da parte contrária. Mesmo após a notificação para a restauração dos autos, ficou-se inerte, operando-se a prescrição quanto à sua pretensão jurídica. O advogado foi condenado a efetuar o pagamento à autora de todos os prejuízos causados, com fundamento no instituto da perda da chance do Direito francês, em razão de a autora ter perdido a oportunidade de receber os benefícios previdenciários.³⁰⁶

No Direito do Trabalho, a sua aplicação ainda é incipiente, não existindo ainda uma pesquisa concreta sobre sua primeira ocorrência na área trabalhista. Entretanto, decisões começaram a despontar nos Tribunais Regionais a partir dos anos de 2006 e 2007, momento em que foram publicadas as duas primeiras obras nacionais sobre o tema.³⁰⁷

No Tribunal Superior do Trabalho, a primeira decisão de que se tem ciência foi a apreciação de um Recurso de Revista, cujo acórdão se deu à publicação em 9 de abril de 2010.³⁰⁸

A decisão negou provimento à pretensão de uma trabalhadora que vindicava indenização decorrente da perda de uma chance, sob a alegação de que o atraso no pagamento das verbas rescisórias a fez perder a oportunidade de auferir lucro com a aplicação no mercado de capitais.

O fundamento da decisão, ao negar provimento ao recurso da autora, se deu sob o argumento de que não havia qualquer prova nos autos de que a reclamante costumava investir no mercado de capitais ou, ainda, que tivesse a intenção de aplicar as rescisórias para tal fim e não para comprar um bem, por exemplo. Ainda, caso houvesse provas, não se poderia comprovar que, caso investisse, obteria lucro e não prejuízo.

Atualmente, o E. TST pronuncia-se favoravelmente a aplicação do instituto, como se depreende da decisão anexa (v. Anexo 5), publicada em 17 de abril de 2013,³⁰⁹ na qual

³⁰⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 591064837**. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Junior, 5ª C. Civil, j. 19 ago. 1991.

³⁰⁷ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009; SILVA, Rafael Pateffi. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

³⁰⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 144540-94.2006.02.0085**. Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, 2ª T., p. 9 abr. 2010.

³⁰⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 839-96.2011.5.09.0411**. Relator

se reconheceu a indenização pela perda de uma chance a um trabalhador que foi excluído de um rodízio de trabalhadores para participar das fainas em uma embarcação. Tal atitude do Órgão de Gestão de Mão de Obra do Trabalho Portuário Avulso do Porto Organizado de Paranaguá – OGMO implicou no fato de o empregado deixar de auferir renda referente a tal atividade.

Em que pese o instituto ser conhecido nos ordenamentos jurídicos através da expressão “perda de chance”, esta não é unânime.

Sérgio Savi perfilha o entendimento de que o termo mais técnico seria *oportunidade*, ao invés de *chance*, vez que “o termo ‘chance’ utilizado pelos franceses significa, em sentido jurídico, a probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda. No vernáculo, a melhor tradução para o termo ‘chance’ seria, em nosso sentir, ‘oportunidade’.”³¹⁰

Dos escólios de Serpa Lopes depreende-se a possibilidade de aplicação do instituto:

Tem-se entendido pela admissibilidade do ressarcimento em tais casos, quando a possibilidade de obter lucro ou evitar prejuízo era muito fundada, isto é, quando mais do que a possibilidade havia uma probabilidade suficiente, é de se admitir que o responsável indenize essa frustração. Tal indenização, porém se refere à própria chance.³¹¹

E, para Sérgio Cavaliéri:

A chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de um fato consumado, não hipotético. A indenização, por sua vez, deverá ser da chance, da perda da possibilidade de alguém auferir alguma vantagem, e não dos ganhos perdidos.³¹²

Complementa Silvio Venosa: “Se a oportunidade é vaga ou meramente hipotética, a conclusão será pela inexistência da perda de oportunidade. A ‘chance’ deve ser devidamente avaliada quando existe certo de grau de probabilidade, um prognóstico de

Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª T., p. 17 abr. 2013.

³¹⁰ SAVI, Sérgio. Op. cit., p. 3.

³¹¹ LOPES, Miguel Maria Serpa. **Curso de Direito Civil: fontes acontratuais das obrigações: responsabilidade civil**. 4. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 391.

³¹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 75.

certeza, segundo avaliamos.”³¹³

Um dos primeiros doutrinadores a tratar do tema na área trabalhista foi Raimundo Simão de Melo, posicionando-se de maneira favorável a sua aplicação.

Nas relações de trabalho, a teoria da responsabilidade pela perda de chances ou de oportunidades encontra campo fértil, assim como vem ocorrendo no tocante às indenizações por dano moral *lato sensu*. No campo das doenças e acidentes de trabalho, maiores ainda são as possibilidades da ocorrência de danos pela perda de uma chance. O ponto marcante é a melhoria na carreira profissional do trabalhador muitas vezes inviabilizada em razão de fatos danosos praticados pelo seu empregador ou pelo tomador de serviços.³¹⁴

Na área trabalhista, além da reparação do dano injusto e da reparação integral, a responsabilidade civil também possui a função de fomentar a melhoria da condição social do trabalhador (art. 7º, *caput*, CF), assegurando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Considerando-se o princípio do ressarcimento integral do dano, nos termos do art. 944 do Código Civil, a reparação pela perda da chance mostra sua utilidade ao trazer ao ordenamento jurídico um novo conceito que, diferentemente da condição futura e incerta ou de uma mera expectativa de direito, traduz uma probabilidade altíssima de ocorrência.

Na perda de uma chance, “o que de fato se indeniza não é o resultado final, mas a chance em si mesma, entidade que compõe o patrimônio — material e imaterial — da vítima, e à qual se pode atribuir um valor econômico, ainda que meramente para compensar a frustração moral sofrida.”³¹⁵

Este é o entendimento exarado pelo Egrégio Tribunal do Trabalho da 1ª Região, conforme se depreende do teor da seguinte ementa:

RECURSO ORDINÁRIO. INDENIZAÇÃO POR PERDA DE UMA CHANCE. Segundo moderna tendência doutrinária e jurisprudencial, é cabível indenização por perda de uma chance desde que, além dos

³¹³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: v. 4: responsabilidade civil. Op. cit., p. 308.

³¹⁴ MELO, Raimundo Simão de. Indenização pela perda de uma chance. **LTr: Revista Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 71, n. 4, p. 438-441, abr. 2007, p. 440.

³¹⁵ HIGA, Flavio da Costa. Op. cit., p. 134.

elementos comuns a toda espécie de responsabilidade civil, quais sejam, a) a prática de um ato ilícito; b) o dano causado por este ato ilícito e c) o nexo de causa e efeito entre o ato e o dano, também se verifique a ocorrência de: 1) uma alta probabilidade de realização do bem perdido, 2) que a chance esteja irremediavelmente perdida, não sendo mais possível ao ofendido alcançar o bem que lhe havia sido oportunizado. Todavia, a indenização deve ressarcir a perda da chance e não o próprio bem que seria obtido se a chance fosse aproveitada, já que é da essência do próprio conceito de chance o ser aleatório, de modo que nunca se irá saber se, agindo o ofensor de outro modo, o bem teria sido efetivamente alcançado.³¹⁶

Registre-se que tal teoria está em sintonia com o que preconizam os artigos 186 e 927 do CC, pois aquele que causar dano a outrem indiscutivelmente deve repará-lo na exata proporção do agravo sofrido.

Conclui-se, ainda, que, pelo artigo 402 do Código Civil brasileiro, “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

O art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho delega ao Direito comum um caráter supletivo, a ser utilizado naquilo que não for incompatível com o Direito do Trabalho, sendo possível utilizar todo o arcabouço jurídico disponibilizado através da lei civil para solução dos conflitos trabalhistas em tudo aquilo que não for incompatível com a legislação trabalhista.

Ao introduzir a aplicabilidade da perda da chance, como meio reparatório nas relações de trabalho, lança-se um novo alcance ao olhar protetivo do Direito do Trabalho, merecendo, assim, a atenção dos operadores do Direito, a fim de se acompanhar as tendências do Direito Laboralista estrangeiro.

A reparação dos danos através da teoria da perda de uma chance se faz necessária a fim de proporcionar ao trabalhador sua tutela integral em seu ambiente de trabalho, reservando-se especial atenção aos seus direitos fundamentais e sociais, respeitando-se os imperativos do valor social do trabalho e da dignidade humana.

³¹⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **Recurso Ordinário n. 0311900-86.2006.5.01.0342**, Relator Marcelo Augusto Souto de Oliveira, 8ª T., Data de j. 17 jun. 2008, DJ 14 jul. 2008.

O momento pré-contratual é campo fértil para a ocorrência de práticas de atos ilícitos em razão da não conclusão do negócio jurídico pré-acordado, sendo possível a responsabilização do causador do ato ilícito pelos danos causados através da aplicação do instituto da perda de chance.

O trabalhador, ao entregar sua carteira de trabalho ao empregador para os registros do contrato de trabalho, abrir conta para depósito de salário ou entregar documentos pessoais, deposita no empregador as esperanças do início de um novo momento em sua carreira, com novos sonhos e expectativas de um “futuro melhor”.

É neste momento pré-contratual que se demonstra a ocorrência do descumprimento do pré-contrato, inclusive com a recusa da contratação do trabalhador, após este inclusive ter pedido demissão do emprego anterior em razão da promessa de novo emprego — sendo possível, então, a indenização pela perda chance.

Repara-se, portanto, a oportunidade tolhida, as esperanças frustradas e as expectativas ceifadas por força de uma promessa vinculativa não cumprida.

Para que o instituto não perca sua seriedade, é necessário analisar o caso concreto com muita cautela, a fim de que seja demonstrado que a chance perdida era provável e verossímil de ocorrer.

A mera possibilidade, carregada de álea, não é passível de reparação, já que a chance perdida deve ter o caráter de seriedade. Deve carregar consigo a certeza de que a oportunidade não se concretizou apenas pelo ato obstativo ou proibitivo que, ao ser praticado, impediu que sua concretização tivesse termo.

Não basta a intenção volitiva do candidato em querer ser contratado tampouco a intenção não exteriorizada do empregador em contratar o trabalhador. É necessário que sejam praticados atos, ainda que a fase pré-contratual tenha sido suprimida, que demonstrem que o vínculo de trabalho será formado, tais quais a entrega da carteira de trabalho e o pedido de abertura de conta para pagamento de salário.

Este é o entendimento encontrado nas decisões exaradas por nossos Tribunais

regionais:

RECURSO ORDINÁRIO. EXPECTATIVA DE CONTRATAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. A responsabilidade trabalhista não está adstrita à execução propriamente dita do contrato de trabalho, mas alcança, ainda, a fase das negociações pré-contratuais, bem assim questões pós-contratuais, em consonância com os postulados de probidade, ética e boa-fé objetiva (artigo 422 do Código Civil), bem assim com os princípios fundamentais da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, IV e III, respectivamente). Contudo, para que se reconheça o direito a indenização pela -perda de um chance- necessária a comprovação de que houve a efetiva -promessa de contratação-, o que não se verifica na espécie. Recurso do reclamante a que se nega provimento.³¹⁷

Conforme já exposto no decorrer do trabalho, as negociações preliminares tais como as entrevistas frustradas, análise de currículo ou eliminação em processo seletivo, geram mero dissabor, não se tratando de prática por atos ilícitos e não sendo, portanto, passíveis de reparação.

³¹⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **Recurso Ordinário n. 0000567-47.2013.5.01.0511**. Relator Paulo Marcelo de Miranda Serrano, 8ª T., j. 12 nov. 2013, DJ 04 dez. 2013.

CONCLUSÕES

Este trabalho teve como objetivo trazer à baila de discussões as questões concernentes ao pré-contrato de trabalho e as responsabilidades advindas de sua celebração.

O contrato preliminar é vislumbrado com frequência no Direito Civil e em suas vertentes obrigacionais e contratuais.

A razão de ser do pré-contrato é fazer com que as partes entabulem direitos e obrigações previamente e se comprometam a executá-los em um futuro muito próximo.

As partes convencionam sobre o cumprimento ou execução do contrato propriamente, o qual não pode ser operado de plano em razão de uma condição suspensiva qualquer.

No Direito do Trabalho, seu estudo e aplicação são recentes, em razão da raridade de sua celebração em forma escrita.

Fato é que o pré-contrato existe em todas as relações de trabalho, ainda que de forma singela e muitas vezes mitigada.

A celebração do contrato preliminar no Direito do Trabalho deve obedecer aos princípios da limitação da autonomia da vontade, proteção e proibição de práticas discriminatórias.

O pré-contrato de trabalho tem, por regra, sua formação baseada na oralidade, o que coloca o trabalhador em situação de vulnerabilidade, já que busca no emprego a sua sobrevivência.

Ao se efetivar o contato entre as partes interessadas para a formação do vínculo de trabalho, com promessa de emprego, são expostas as condições de trabalho, forma e valores da remuneração, eventuais benefícios e normas internas que regerão o contrato de

trabalho futuro.

Tais estipulações, embora verbais, são cláusulas do contrato futuro, as quais poderão ser aceitas, ou não, pelo trabalhador, dependendo de sua necessidade em aceitar o trabalho oferecido.

Ainda que para o estudo do pré-contrato tenham-se utilizado conceitos e princípios consubstanciados no Direito Civil, para fins de pré-contrato de trabalho tais princípios devem ser mitigados, a fim de que se efetive a proteção integral do trabalhador.

Importante delimitar e diferenciar as negociações prévias do pré-contrato de trabalho.

Ambos estão compreendidos na fase pré-contratual; contudo, a primeira compreende as conversas de aproximação entre as partes, entrevistas de emprego e testes de aptidão profissional, os quais não geram vínculo contratual entre os participantes da relação jurídica.

As negociações preliminares não possuem o condão de vincular as partes, já que a interrupção das discussões prévias não dá àquele que se sentiu prejudicado o direito de exigir o cumprimento do futuro contrato, mas, tão somente, de reparação de eventual prejuízo experimentado.

Já na celebração do pré-contrato de trabalho, ainda que verbal, sela-se o compromisso da celebração do contrato futuro, vínculo indelével onde serão estipuladas as condições que existirão na relação de trabalho.

O contrato preliminar é o instrumento do contrato principal, pois contém cláusulas e é objeto das tratativas que desembocarão no contrato definitivo, podendo-se concluir, inclusive, que o contrato de trabalho que se formará é uma extensão do contrato prévio.

Enquanto nas negociações preliminares há uma relação precária entre as partes, cuja finalidade precípua é a de se obterem informações recíprocas, no pré-contrato existe uma relação obrigacional.

Eventuais danos ocorridos nas negociações preliminares — tais quais prática de atos discriminatórios, invasão de privacidade, desrespeitos e arbitrariedades perpetradas contra o candidato a emprego — são passíveis e devem ser reparados em razão dos princípios existentes na seara da responsabilidade civil.

Caso o pré-contrato não seja cumprido em sua integralidade, ou caso sejam inadimplidas quaisquer de suas cláusulas, devem ser executadas para que sejam efetivadas. Na sua impossibilidade, deve ser resolvida por perdas e danos.

Assim, em apertada síntese, tem-se que o não prosseguimento das negociações preliminares, tais como a não continuidade de entrevista de emprego, não aprovação de currículo profissional ou inaptidão do candidato para a vaga a ser preenchida, são meros dissabores e não se transmutam em oferta de emprego.

Contudo, se demonstrado ou provado que foram praticados contra o candidato atos discriminatórios ou que afrontam seus direitos de personalidade de modo a obstar a possibilidade de ser contratado, ainda que o pré-contrato não esteja firmado, deve o trabalhador ser indenizado, nos termos dos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal.

Por fim, se foi efetivada a proposta de emprego, com a informação ao trabalhador das condições de trabalho a serem vivenciadas no futuro e se, por vontade unilateral do empregador, esta se frustrar, caberá ao trabalhador pleitear as indenizações referentes às perdas e danos pelo inadimplemento do que foi pré-contratado.

Uma das principais formas de reparação pelos danos havidos em razão da não concretização da promessa de emprego se dá através da indenização pela perda de uma chance.

Nesta espécie de reparação civil, indeniza-se a chance perdida, ou seja, a própria oportunidade perdida é o objeto a ser ressarcido.

Deve-se ter em mente que, na relação de formação do contrato de trabalho, podem

participar trabalhador e empregador, como também ser formada uma relação triangular entre o empregador, trabalhador e terceiros intervenientes.

Cada qual, na medida dos danos praticados, deve ser responsabilizado civilmente a fim de que seja garantida a lisura nas relações de trabalho em formação e que se proteja o trabalhador dos danos causados por entidades que visam na intermediação do trabalhador uma oportunidade de fraudar as relações de trabalho.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Do abuso de direito**: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. Coimbra: Almedina, 1999.

ALMEIDA, Amador Paes de. A terceirização no Direito do Trabalho: limites legais e fraude a Lei. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, n. 80, p. 15-8, dez. 1992

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 6. ed., São Paulo: Forense, 1997.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**: sujeitos e objeto. Coimbra: Almedina, 2003.

ANDRADE, Vasco de. **Atos unilaterais no contrato de trabalho**. São Paulo: Contribuição do Departamento Estadual do Trabalho (Procuradoria do Trabalho) ao Congresso jurídico Nacional, 1943.

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaios sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2007.

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

ARAÚJO, Vaneska Donato de. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOZA, Jovi Vieira. **Dano moral**: o problema do *quantum debeatur* nas indenizações por dano moral. Curitiba: Juruá, 2006.

BARROS JUNIOR, Cássio de Mesquita. Discriminação. In: MARTINS, Sérgio Pinto; MESSA, Ana Flávia (Coords.). **Empresa e trabalho**: estudos em homenagem a Amador Paes de Almeida. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROS JUNIOR, Cássio de Mesquita. Flexibilização do Direito do Trabalho e terceirização. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo, v. 5, n. 21, p. 268-282, out./dez. 1997.

BARROS JUNIOR, Cássio de Mesquita. Responsabilidade civil do sindicato na greve. **Síntese Trabalhista**, v. 9, n. 98, p. 7-21, ago. 1997.

BARROS, Alice Monteiro de. Aspectos controvertidos do trabalho rural. **Trabalho e Doutrina: Processo Jurisprudência**. São Paulo, n. 8, p. 27-49, mar. 1996.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed., São Paulo: LTr, 2012.

BELTRAN, Ari Possidonio. A responsabilidade civil do empregador. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 30, n. 115, p. 43-53, jul./set. 2004.

BELTRAN, Ari Possidonio. **Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais**. São Paulo: LTr, 2002.

BELTRAN, Ari Possidonio. Direitos do trabalhador: limites do poder diretivo e outras questões da atualidade. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 82, p. 10-21, 2005.

BELTRAN, Ari Possidonio. Flexibilização, globalização, terceirização e seus impactos nas relações do trabalho. **LTr: Revista Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 61, n. 4, p. 490-495, abr. 1997.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral**: critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BIRRER, Orlando Izaque. Conquistas, problemas e perspectivas do sindicalismo rural dos trabalhadores. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Campinas. n. esp., p. 43-8, 1995

BOUCINHAS FILHO. Jorge Cavalcanti. **Discriminação por sobrequalificação**. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. Conselho Federal de Psicologia. **Código de Ética**, 2005. Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2012/07/codigo_etica.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2013.

BRASIL. Conselho Federal de Psicologia. **Testes psicológicos aprovados para uso**. Disponível em: <<http://www2.pol.org.br/satepsi/sistema/admin.cfm?lista1=sim>>. Acesso em: 05 jul. 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm> Acesso em: 1 nov. 2013

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 2 abr. 012.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 set. 2012.

BRASIL. **Lei n. 11.788, de 25 de setembro de 2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11788.htm> Acesso em: 28 nov. 2013.

BRASIL. **Lei n. 11.788, de 25 de setembro de 2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11788.htm>. Acesso em: 28 nov. 2013

BRASIL. **Lei n. 12.023, de 27 de agosto de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12023.htm>. Acesso em: 19 out. 2013.

BRASIL. **Lei n. 12.395, de 16 de março de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12395.htm>. Acesso em: 8 jan. 2014.

BRASIL. **Lei n. 5.645, de 10 de dezembro de 1970**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5645.htm> Acesso em: 23 out. 2013.

BRASIL. **Lei n. 5.889, de 8 de junho de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5889.htm>. Acesso em: 20 nov. 2013.

BRASIL. **Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6019.htm>. Acesso em: 18 set. 2013.

BRASIL. **Lei n. 6.354, de 2 de setembro de 1976**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16354.htm>. Acesso em: 8 jan. 2014.

BRASIL. **Lei n. 9.615, de 24 de março de 1998.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16354.htm>. Acesso em: 8 jan. 2014.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Norma Regulamentadora n. 7.** Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BEF19C09E2799/nr_07_ssst.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2013

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Agência de emprego não pode cobrar taxa de candidato à vaga de trabalho.** <<http://mpt-prt15.jusbrasil.com.br/noticias/100113502/agencia-de-emprego-nao-pode-cobrar-taxa-de-candidato-a-vaga-de-trabalho>> Acesso em: 18 nov. 2013.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Projeto de atuação na prevenção e no combate ao aliciamento e à intermediação de mão de obra rural.** Disponível em: <http://portal.mpt.gov.br/wps/wcm/connect/5211358046b9ce30abdbbd4a4a2297f/mao_obra_rural.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5211358046b9ce30abdbbd4a4a2297f> Acesso em: 21 nov. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **Recurso Ordinário n. 0000567-47.2013.5.01.0511.** Relator Paulo Marcelo de Miranda Serrano, 8ª T., j. 12 nov. 2013, DJ 04 dez. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **Recurso Ordinário n. 0311900-86.2006.5.01.0342,** Relator Marcelo Augusto Souto de Oliveira, 8ª T., Data de j. 17 jun. 2008, DJ 14 jul. 2008.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 367-48.2011.5.06.0001.** Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 3ª T., DEJT 30 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 900-82.2010.5.01.0000.** Relator Ministro Pedro Paulo Manus, 7ª T., p. 18 nov. 2011

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 125400-93.2008.5.15.0036.** Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, 2ª T., j. 30 maio 2012, DEJT 15 jun. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 122000-14.2008.5.09.0303.** Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, 6ª T., DEJT 1 mar. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 144540-94.2006.02.0085**. Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, 2ª T., p. 9 abr. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 1686-37.2010.5.18.0006**. Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, 3ª T., DEJT 28 out. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 197500-59.2001.5.15.0014**. Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 3ª T., j. 18 dez. 2012, DEJT 1 fev. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 231600-35.1998.5.15.0082**. Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, 1ª T., j. 06 jun. 2007, DJ 10 ago. 2007.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 839-96.2011.5.09.0411**. Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª T., p. 17 abr. 2013.

BRITO FILHO, Jose Claudio Monteiro. **Discriminação no trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed., rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAMARGO. Antonio Bonival. **Princípios e ideologias aplicados na relação de emprego**. Bauru, SP: Edipro, 2000.

CAMARGOS. Ana Amélia Mascarenhas. **Direito do Trabalho no Terceiro Setor**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPPELARI, Récio Eduardo. **Responsabilidade pré-contratual: aplicabilidade ao Direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

CARRION, Valentin. Cooperativas de trabalho. **Revista Direito Mackenzie**. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 63-70, jan./jun. 2000.

CARVALHO, Ieda Maria Vecchioni; PASSOS, Antônio Eugênio Valverde Mariani; SARAIVA, Susana Barros Corrêa. **Recrutamento e seleção por competências**. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

CATHARINO, José Martins. **Contrato de emprego**. 2. ed., Guanabara: Edições Trabalhistas, 1965.

CAVALCANTI JUNIOR, Ophir. **A terceirização das relações laborais**. São Paulo: LTr, 1996.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5.ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

CHAVES, Antonio. **Responsabilidade pré-contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.

CHAVES, Antonio. **Tratado de Direito Civil**: v. 2: Direito das Obrigações: t. 2: contratos em espécie (continuação). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

CHIAROMONTE, Giuliana Cerdonio. Questioni irrisolte intorno ai patti sulla forma di futuri contratti. **Rivista di Diritto Civile**. Milano, v. 50, n. 2, p. 241-259, mar./abr. 2004.

COELHO, Luciano Augusto de Toledo. **Responsabilidade civil pré-contratual em Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011.

CORREA, Luiz Fabiano. Contratos preliminares ou pré-contratos. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 86, n. 735, p. 739-746, jan. 1997.

CORTEZ, Julpiano Chaves. Trabalho avulso urbano ou rural. **LTr: Revista Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 73, n. 12, p. 1.445-1.452, dez. 2009.

CREMONESI, André; MELO, Orlando de. Contratação fraudulenta de trabalhos por intermédio de cooperativas de trabalho. **LTr: Revista Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 65, n. 2, p. 176-179, fev. 2001.

CRIBARI, Giovanni. Um ângulo das relações contratuais (proposta, contrato preliminar e opção). **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**. São Paulo, v. 28, ano 9, p. 03-19, jul./set. 1984.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Contrato individual de trabalho: uma visão estrutural**. São Paulo: LTr, 1998.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no Direito do Trabalho**. 3. ed., São Paulo: LTr, 2008.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso; VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Rescisão do contrato de trabalho**: doutrina e prática. São Paulo: LTr, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed., São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. **Introdução ao Direito do Trabalho**: relações de trabalho e relação de emprego. 3. ed., São Paulo: LTr, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. **O poder empregatício**. São Paulo: LTr, 1996.

DESHAYES, Olivier. Le dommage précontractuel. **Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique**. Paris, n. 2, p. 187-204, abr./jun. 2004.

DIAS, Jose de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1944.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**: v. 7: responsabilidade civil. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

DOURADO, Maria de Fátima A. Marques. **Fundamentos do direito à intimidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da igualdade no Direito do Trabalho**: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho. Coimbra: Almedina, 1999.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 15. ed., São Paulo: Perspectiva, 1999.

ESTADOS UNIDOS. Equal Employment Opportunity Commission. **About EEOC**. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/eeoc/index.cfm>>. Acesso em: 5 jul. 2013.

FABRE-MAGNAN, Muriel. **De l'obligation d'information dans les contrats**: essai d'une théorie. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de Direito do Trabalho**: teoria geral do Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Direito do trabalho, terceirização e contratos de fornecimento industrial: notas sobre a responsabilidade jurídica de clientes e fornecedores. **LTr: Revista Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 71, n. 11, p. 1.308-1.316, nov. 2007.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Do pré-contrato de trabalho**: o contrato preliminar de trabalho no iter da contratação laboral: abordagem comparativa e jusfundamental. São Paulo: LTr, 2010.

FERRANTE, Vera L. S. Botta; BARONE, Luis A. O sindicalismo rural paulista na ultima decada: fissuras e contrapontos. **Reforma Agraria**. Campinas, v. 24, n. 1, p. 36-46, jan./abr. 1994.

FERRARI, Irany; MARTINS, Melchiades Rodrigues. **Dano moral**: multiplos aspectos nas relações de trabalho. 3. ed., São Paulo: LTr, 2008.

FERRAZ, Fernando Basto. **Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

FERREIRA, Keila Pacheco. **Abuso do direito nas relações obrigacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

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

FONSECA, Cristina Maria N. da. Responsabilidade pela perda de uma chance: compatibilidade com o sistema jurídico brasileiro e aplicabilidade nas relações de trabalho. **LTr: Revista Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 73, n. 10, p. 1.272-1.280, out. 2009.

FORTINGUERRA, Antônio de Mauro Fabio. **La responsabilità precontrattuale**. Padova: Cedam, 2002.

FRANÇA. Câmara de Requerimentos. **Caisse commerciale de Limoges v. Rives**. CASS.-Req. 17 jul. 1889.

FRANÇA. Corte de Cassação. **Grimaldi v. Marnier**. CASS.-Req. 26 maio 1932.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Novas formas de contratação urbanas e rurais. Revista **Magister de Direito do Trabalho**. Porto Alegre, v. 8, n. 45, p. 13-23, nov./dez. 2011.

FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de; SANTOS, Enoque Ribeiro dos (Coords.). **Direito coletivo do trabalho em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FRIEDMANN, Georges. **O futuro do trabalho humano**. São Paulo: Moraes, 1968.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil:** v. 4: contratos: t. 1. São Paulo: Saraiva, 2004

GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: il quantum. **Rivista di Diritto Civile.** Milano, v. 50, n. 3, p. 487-520, maio/jun. 2004

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

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Contrato de trabalho rural por pequeno prazo e precarização das relações de trabalho no campo. **IOB – Repertório de Jurisprudência: Trabalhista e Previdenciário.** São Paulo, v. 2, n. 18, p. 581-578, set. 2009.

GHERSI, Carlos A. **Análisis socioeconómico de los derechos personalísimos:** derecho a la vida, dignidad, derechos sobre el propio cuerpo, la identificación y la identidad, sociabilidad y pertenencia, modelo de cuantificación económica del daño. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2005.

GOMES, Claudio Urenha. Trabalho rural: a permissão da terceirização em atividade-fim. **LTr: Revista Legislação do Trabalho.** São Paulo, v. 69, n. 11, p. 1.375-1.378, nov. 2005.

GOMES, Júlio Vieira. **Direito do Trabalho:** v. 1: relações individuais do trabalho. Coimbra: Coimbra, 2007.

GOMES, Júlio Vieira. Sobre o dano de perda de chance. **Revista Direito e Justiça.** Lisboa, v. 2, n. 19, p. 9-47.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Orlando. **Obrigações.** 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho.** 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GONDIM, Glenda Gonçalves. A teoria da perda de uma chance: breves considerações sobre a sua aplicação nas demandas trabalhistas. **Revista Trabalhista: Direito e Processo.** São Paulo: LTr; Anamatra, n. 32, 2009.

GRISI, GIUSEPPE. **L'obbligo precontrattuale di informazione.** Napoli: Jovene, 1990.

GUGLINSKI, Vitor Vilela. Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade. **Jus Navigandi**. Teresina, v. 17, n. 3.237, 12 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21753>>. Acesso em: 21 out. 2013.

GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. **Aplicação do novo Código Civil ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação**: sua aplicação às relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

HIGA, Flavio da Costa. **A perda de uma chance no Direito do Trabalho**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução Marijane Lisboa; Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto; PUC-RJ, 2006.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: Juspodium, 2006.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Responsabilidade e relações do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

JOSSERAND, Louis. **Del abuso de los derechos y otros ensayos**. Santa fé de Bogotá, Colombia: Temis, 1999.

JOSUÁ, Adriana. Contrato preliminar: aspectos jurídicos, funcionalidade, análise econômica e teoria dos jogos. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, v. 42, n. 131, p. 230-237, jul./set. 2003.

LAMARCA, Antônio. **Contrato de trabalho**: interrupção-suspensão-extinção por causas estranhas à vontade das partes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.

LANOTE, Massimo. **Il danno alla persona nel rapporto di lavoro**. Torino: G. Giappichelli, 1998.

LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Abuso de direito**. São Paulo: Atlas, 2007.

LEMES, Viviane Aparecida. Formas de descentralização produtiva no meio rural. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Campinas, SP, n. 13, p. 171-182, 2001.

LEVENFUS, Rosane Schotgues. O teste palográfico nas organizações. PEREIRA, Daniela Forgiarini; BANDEIRA, Denise Ruschel (Orgs.). **Aspectos práticos da avaliação psicológica nas organizações**. São Paulo: Vetor, 2009.

LIMA, Ana Maria Braga. **A locação de mão-de-obra no direito do trabalho**. São Paulo: Blutcher Acadêmico, 2008.

LIMA, Firmino Alves. **Teoria da discriminação nas relações de trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**: v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LODI, J. B. **Manual de entrevistas de pessoal**. São Paulo: Livraria Pioneira, 1965.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**: fontes acontratuais das obrigações: responsabilidade civil. 4. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

LOPEZ, Manuel Carlos Palomeque. **La nulidade parcial del contrato de trabajo**. Madrid: Tecnos, 1975.

MAGANO, Octavio Bueno. Cooperativas. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 25, n. 95, p. 43-47, jul./set. 1996.

MAGANO, Octavio Bueno. Terceirização. **LTr: Legislação do Trabalho: Suplemento Trabalhista**. São Paulo, v. 34, n. 105, p. 473-474, 1998.

MALLET, Estêvão. Algumas notas sobre o tema da discriminação no Direito do Trabalho. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 97, p. 50-64, 2008.

MALLET, Estêvão. Direitos de personalidade e Direito do Trabalho. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 76, p. 12-20, 2004.

MANGIATORDI, Maria. La perdita di chance non è una mera aspettativa. **Dirito dei Lavori**, n. 2, 2007

MANNRICH, Nelson. **A modernização do contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

MANNRICH, Nelson. Alternativas para o trabalho rural. **Revista IMES – Direito: Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Municipal de São Caetano do Sul**. São Caetano do Sul, SP, v. 1, n. 2, p. 31-40, jan./jun. 2001.

MANNRICH, Nelson. Consórcio de empregadores rurais. **IOB – Repertório de Jurisprudência: Trabalhista e Previdenciário**. São Paulo, n. 20, p. 396-394, out. 2000.

MANNRICH, Nelson. Terceirização: luzes e sombras. In: MARTINS, Sérgio Pinto; MESSA, Ana Flávia (Coords.). **Empresa e trabalho: estudos em homenagem a Amador Paes de Almeida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Guia da metodologia jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, Christiani. **O contrato de trabalho e a discriminação estética**. São Paulo: LTr, 2002.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2006.

MARTINS, Antonio Carvalho. **Responsabilidade pré-contratual**. Coimbra: Coimbra, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Cooperativas de trabalho**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Dano moral decorrente do contrato trabalho**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Estágio e relação de emprego**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código Civil anotado**, 2. ed., São Paulo: LTr, 2005.

MAUAD, Marcelo José Ladeira. As cooperativas de trabalho e sua relação com o Direito do Trabalho. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**. São Bernardo do Campo, SP, v. 6, n. 1, p. 209-222, nov. 2000

MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2004.

MELO, Raimundo Simão de. A flexibilização dos direitos trabalhistas e as cooperativas de trabalho. **Revista do Ministério Público do Trabalho**. Brasília, v. 8, n. 15, p. 64-74, 1998.

MELO, Raimundo Simão de. Cooperativas de trabalho. **Revista do Ministério Público do Trabalho**. Brasília, v. 6, n. 12, p. 79-85, set. 1996.

MELO, Raimundo Simão de. Indenização pela perda de uma chance. **LTr: Revista Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 71, n. 4, p. 438-441, abr. 2007.

MOREIRA, Sônia. O dever pré-contratual de informação: algumas questões relativamente aos seus pressupostos. **Scientia Iuridica: Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro**. São Paulo, v. 51, n. 294, p. 515-530, set./dez. 2002.

MUCHINSKY, Paul M. **Psicologia organizacional**. Tradução Ruth Gabriela Bahr. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2004.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. **Los limites de los derechos fundamentales em las relaciones entre particulares: la buena fe**. Madrid: Boletín Oficial de Estado Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Crise econômica, despedimentos e alternativas para a manutenção dos empregos. **LTr: Revista Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 73, n. 1, p. 7-16, jan. 2009

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. O avulso não portuário e a indeterminação do sindicato. **LTr: Revista Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 68, n. 2, p. 135-145, fev. 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. O direito do trabalho analisado sob a perspectiva do princípio da igualdade. **LTr: Revista Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 68, n. 7, p. 777-787, jul. 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. O problema da responsabilidade da contratante por dano moral da terceirizada. In: MARTINS, Sérgio Pinto; MESSA, Ana Flávia (Coords.). **Empresa e trabalho: estudos em homenagem a Amador Paes de Almeida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Subcontratação ou terceirização. **IOB – Repertório de Jurisprudência: Trabalhista e Previdenciário**. São Paulo, n. 23, p. 417-413, dez. 1993.

OLIVEIRA, Christiana D’Arc Damasceno. **Direito do Trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2010.

OLIVEIRA, Jean Marcel Mariano de. **O contrato de trabalho do atleta profissional de futebol**. São Paulo: LTr, 2009.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. Direito do Trabalho e cidadania. **LTr: Revista Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 71, n. 9, p. 1.094-1.098, set. 2007.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. **O dano pessoal no Direito do Trabalho**. 2. ed., São Paulo: LTr, 2010.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 6. ed, São Paulo: LTr, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 111**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/472>>. Acesso em: 28 jul. 2013

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 181**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/conven%C3%A7%C3%A3o-relativa-%C3%A0s-ag%C3%A0ncias-de-emprego-privadas>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Discrimination and Equality**. Disponível em: <http://www.ilo.org/empent/areas/business-helpdesk/WCMS_DOC_ENT_HLP_BDE_EN/lang--en/index.htm>. Acesso em: 24 maio 2013.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Origins and History**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--en/index.htm>>. Acesso em: 18 maio 2013.

PACHECO, Iara Alves Cordeiro. Cooperativas de trabalho x intermediação de mão-de-obra. **LTr: Revista Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 60, n. 8, p. 1.102-1.107, ago. 1996

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A disciplina do contrato preliminar no novo Código Civil brasileiro. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região**. Belém, v. 36, n. 70, p. 143-151, jan./jun. 2003.

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

PEDROSO, Marcelo Bатуíra da C. Losso. **Liberdade e irrenunciabilidade no direito do trabalho**: do estudo dos princípios à *economic analysis of law* aplicados ao Direito do Trabalho. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2005.

PELA, Juliana Krueger. O contrato preliminar. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, v. 42, n. 130, p. 230-235, abr./jun. 2003.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**: v. 3: contratos. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PIERRY NETO, Felipe. **Grafoanálise laboral**. São Paulo: Vetor, 2002.

POLONIO. Wilson Alves. Responsabilidade civil. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991.

POLONIO. Wilson Alves. **Terceirização**: aspectos legais, trabalhistas e tributários. São Paulo: Atlas, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PORTUGAL. **Código Civil**. Disponível em: <<http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF>>. Acesso em: 12 ago. 2013.

PORTUGAL. **Código do Trabalho**. Disponível em: <http://www.cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_indice.html>. Acesso em: 5 jul. 2013

PORTUGAL. **Lei n. 3/2011, de 15 de fevereiro**. Disponível em: <http://www.cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/Lei3_2011.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2013.

PORTUGAL. Ministério da Economia e do Emprego. Comissão para Igualdade no Trabalho e Emprego. **Anúncios de oferta de emprego x igualdade de gênero**. Disponível em: <<http://www.cite.gov.pt/pt/acite/anuncios.html>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

PRATA, Ana Maria Correia Rodrigues. **O contrato-promessa e o seu regime civil**. Coimbra: Almedina, 1995.

PRATA, Ana Maria Correia Rodrigues. **Notas sobre responsabilidade pré-contratual**. Coimbra: Almedina, 2005.

PRUNES, Jose Luiz Ferreira. **Terceirização do trabalho**: intermediação de mão de obra, trabalho temporário: trabalho em favor de terceiros: empreitadas e subempreitadas: trabalho rural intermediado. Curitiba: Juruá, 1995.

PRUNES, Jose Luiz Ferreira. **Trabalho terceirizado e composição industrial**. Curitiba: Juruá, 1999.

RAO, Vicente. **Ato jurídico**: noções, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4. ed. anot., rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999.

RICHTER, Giorgio Stella. **La responsabilità precontrattuale**. Torino: Utet Librería, 1996.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 591064837**. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Junior, 5ª C. Civil, j. 19 ago. 1991.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: v. 3: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 30. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Curso de Direito do Trabalho**: contratos de trabalho. São Paulo: LTr, 1982.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução Wagner D. Giglio. 3. ed., São Paulo: LTr, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

ROMITA, Arion Sayão. Os direitos sociais na Constituição brasileira. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 13, n. 73, p. 70-82, maio/jun. 1988.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução Ana Coimbra; M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

RUSO JUNIOR, Rômolo. **Responsabilidade pré-contratual**. Salvador: JusPodivm, 2006.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **O empregado e o empregador no Direito brasileiro**. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SA, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso de direito**. Coimbra: Almedina, 1997.

SAAD, Eduardo Gabriel. Informística e o trabalho portuário. **LTr: Legislação do Trabalho: Suplemento Trabalhista**. São Paulo, v. 34, n. 156, p. 723-727, 1998.

SAAD, Eduardo Gabriel. O trabalhador e a terceirização da economia: a revisão constitucional, o trabalhador e a empresa. **LTr: Legislação do Trabalho: Suplemento Trabalhista**. São Paulo, v. 29, n. 89, p. 563-567, 1993.

SAGNA, Alberto. **Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale**. Milano: Giuffrè, 2004.

SANSEVERIANO, Luisa Riva. **Curso de Direito do Trabalho**. Tradução Elson Guimarães Gottschalk. São Paulo: LTr; Edusp, 1976.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Contribuições à fixação da indenização do dano moral trabalhista: tese de aplicação dos *exemplary* ou *punitive damages*. **Revista de Direito do Trabalho**, ano 30, n. 114, p. 187-198, abr./jun. 2004.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Direitos humanos e meio ambiente do trabalho: título executivo constitucional: tutela jurisdicional. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**. Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 24-56, maio/jun. 2005.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Limites ao poder disciplinar do empregador: a tese do poder disciplinar compartilhado. **LTr: Revista Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 72, n. 5, p. 545-556, maio 2008

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Limites ao poder disciplinar do empregador: a tese do poder disciplinar compartilhado. In: MARTINS, Sérgio Pinto; MESSA, Ana Flávia (Coords.). **Empresa e trabalho: estudos em homenagem a Amador Paes de Almeida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano moral na dispensa do empregado**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O direito do trabalho e o desemprego**. São Paulo: LTr, 1999.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Responsabilidade objetiva e subjetiva do empregador em face do novo Código Civil**. 2. ed., São Paulo: LTr, 2008.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Temas modernos de Direito do Trabalho: após o advento da Emenda Constitucional 45/2004**. Leme: BH, 2005.

SANTOS, Seille C. Garcia. Entrevista comportamental aliada aos testes psicológicos na avaliação por competências. In: PEREIRA, Daniela Forgiarini; BANDEIRA, Denise Ruschel (Orgs.). **Aspectos práticos da avaliação psicológica nas organizações**. São Paulo: Vetor, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

SENA, Natália. Cooperativas de trabalho e cooperativas de mão-de-obra: terceirização e fraude. **LTr: Legislação do Trabalho: Suplemento Trabalhista**. São Paulo, v. 44, n. 27, p. 137-140, 2008.

SESSAREGO, Carlos Fernández. **Abuso del derecho**. Buenos Aires: Alfredo y Ricardo DePalma, 1992.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 20. ed., São Paulo: Cortez, 1996.

SILVA, Eva Sónia Moreira da. **Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação**. Coimbra: Almedina, 2003.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho aplicado**: v. 1. Rio de Janeiro: Elsevier; Campus Jurídico, 2008.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho aplicado**: v. 3. 2. ed., Rio de Janeiro: Elsevier; Campus Jurídico, 2008.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho aplicado**: v. 4. 2. ed., Rio de Janeiro: Elsevier; Campus Jurídico, 2011.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho aplicado**: v. 6. 2. ed., Rio de Janeiro: Elsevier; Campus Jurídico, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 18ª ed, São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. 2. ed., São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Rafael Pateffi. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; MALUF, Carlos Alberto Dabus (Coord.). **Responsabilidade civil e sua repercussão nos tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SNELL, Scott; BOHLANDER, George. **Administração de recursos humanos**. Tradução Maria Lúcia G. Leite Rosa; Solange Aparecida Visconti. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

SOARES FILHO, José. **A proteção da relação de emprego**: análise crítica em face de normas da OIT e da Legislação Nacional. São Paulo: LTr, 2002.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A terceirização sob uma perspectiva humanista. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, v. 70, n. 1, p. 119-129, jan./jun. 2004.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Cooperativas de trabalho. **LTr: Revista Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 60, n. 8, p. 1.060-1.063, ago. 1996.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Terceirização no processo do trabalho: legitimidade: condenação solidária ou subsidiária e intervenção de terceiros: implicações. **Síntese Trabalhista**. Porto Alegre, v. 11, n. 131, p. 8-19, maio. 2000

SOUZA, Mauro Cesar Martins de. Responsabilização do tomador de serviços na terceirização. **IOB – Repertório de Jurisprudência: Trabalhista e Previdenciário**. São Paulo, n. 14, p. 266-256, jul. 2001.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. **Instituições de Direito de Trabalho**. 19. ed., São Paulo: LTr, 2000.

THEODORO, Jr., Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**: arts. 185 a 232: t. 2: v. 3. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

TURCO, Claudio. **Interesse negativo e responsabilità precontrattuale**. Milano: Dott A. Giuffrè, 1990.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 1997/80**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:014:0006:0008:PT:PDF>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2000/43**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:180:0022:0026:PT:PDF>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2000/78**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:303:0016:0022:PT:PDF>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2002/73**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:269:0015:0020:PT:PDF>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

USTÁRROZ, Daniel. Sobre a responsabilidade pré-negocial no Direito brasileiro. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, v. 55, n. 357, p. 91-104, jul. 2007

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: v. 2: teoria geral das obrigações e teoria geral do contrato. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: v. 4: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VIANA, Márcio Túlio. Por que as cooperativas não podem terceirizar mão-de-obra? **IOB – Repertório de Jurisprudência: Trabalhista e Previdenciário**. São Paulo, n. 6, p. 156-153, mar. 2002.

VIANA, Márcio Tulio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000.

VIDAL NETO, Pedro. Aspectos jurídicos da terceirização. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, n. 80, p. 23-30, dez. 1992

VOGEL NETO, Gustavo Adolpho Vogel Neto (Coord.). **Curso de Direito do Trabalho**: em homenagem ao Professor Arion Sayão Romita. 2. ed.. Rio de Janeiro: GZ editora, 2009.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. **Os atletas profissionais de futebol no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

ZAMBRANO, Guilherme da Rocha. Ausência de responsabilidade da contratante de serviços especializados. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 28, n. 105, p. 89-114, jan./mar. 2002

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

ANEXOS

Anexo 1 - Convenção n. 111 sobre a Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, Convocada em Genebra pelo Conselho de Administração do Secretariado da Organização Internacional do Trabalho e reunida, em 4 de junho de 1958, em sua Quadragésima Segunda Reunião; Tendo decidido adotar diversas proposições relativas à discriminação em matéria de emprego e profissão, o que constitui a quarta questão da ordem do dia da reunião;

Tendo decidido que essas proposições se revistam da forma de uma convenção internacional; Considerando que a Declaração de Filadélfia afirma que todos os seres humanos, sem distinção de raça, credo ou sexo, têm o direito de buscar tanto o seu bem-estar material quanto seu desenvolvimento espiritual, em condições de liberdade e de dignidade, de segurança econômica e de igual oportunidade;

Considerando ainda que a discriminação constitui uma violação dos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, adota, aos vinte e cinco dias de junho do ano de mil novecentos e cinquenta e oito, esta Convenção que pode ser citada como a Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), de 1958:

Artigo 1

1. Para os fins desta Convenção, o termo "discriminação" compreende:

a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão;

b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou tratamento no emprego ou profissão, conforme pode ser determinado pelo País-membro concernente, após consultar organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e outros organismos adequados.

2. Qualquer distinção, exclusão ou preferência, com base em qualificações exigidas para um determinado emprego, não são consideradas como discriminação.

3. Para os fins desta Convenção, as palavras "emprego" e "profissão" compreendem o acesso à formação profissional, acesso a emprego e a profissões, e termos e condições de emprego.

Artigo 2

Todo País-membro, no qual vigore esta Convenção, compromete-se a adotar e seguir uma política nacional destinada a promover, por meios adequados às condições e à prática nacionais, a igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego e profissão, objetivando a eliminação de toda discriminação nesse sentido.

Artigo 3

Todo País-membro, no qual vigore esta Convenção, compromete-se, por meios adequados às

condições e à prática nacionais, a:

a) buscare cooperação de organizações de empregadores e de trabalhadores e de outros organismos apropriados, para promover a aceitação e observância dessa política;

b) promulgar leis e promover programas educacionais de natureza que assegurem a aceitação e observância dessa política;

- c) revogar quaisquer disposições legais e modificar quaisquer normas ou práticas administrativas incompatíveis com essa política;
- d) pôr sob o controle direto de uma autoridade nacional a execução dessa política referente a emprego;
- e) assegurar a observância dessa política nas atividades de orientação profissional, de formação profissional e de oferta de empregos;
- f) indicar, em seus relatórios anuais sobre a aplicação da Convenção, as medidas adotadas na execução da política e os resultados por elas alcançados.

Artigo 4

Quaisquer medidas que afetem uma pessoa sobre a qual recaia legítima suspeita de estar se dedicando ou se achar envolvida em atividades prejudiciais à segurança do Estado, não serão consideradas discriminatórias, contanto que à pessoa envolvida assista o direito de apelar para uma instância competente de acordo com a prática nacional.

Artigo 5

1. Não são consideradas discriminatórias medidas especiais de proteção ou de assistência providas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho.
2. Todo País-membro pode, mediante consulta a organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, definir, como não-discriminatórias, outras medidas especiais destinadas a atender a necessidades particulares de pessoas que, por motivo de sexo, idade, invalidez, encargos de família ou nível social ou cultural, necessitem de proteção ou assistência especial.

Artigo 6

Todo País-membro que ratifique esta Convenção compromete-se a aplicá-la nos territórios não-metropolitanos de acordo com as disposições da Constituição da Organização Internacional do Trabalho.

Artigo 7

As ratificações formais desta Convenção serão comunicadas, para registro, ao Diretor Geral do Secretariado da Organização Internacional do Trabalho.

Artigo 8

1. Esta Convenção obriga unicamente os Países-membros da Organização Internacional do Trabalho cujas ratificações tenham sido registradas pelo Diretor Geral.
2. Esta Convenção entrará em vigor doze meses após a data do registro, pelo Diretor Geral, das ratificações de dois Países-membros.
3. A partir de então, esta Convenção entrará em vigor para todo País-membro doze meses após a data do registro de sua ratificação.

Artigo 9

1. Todo País-membro que ratificar esta Convenção poderá denunciá-la ao final de um período de dez anos, a contar da data de sua entrada em vigor, mediante comunicação ao Diretor Geral do Secretariado da Organização Internacional do Trabalho, para registro. A denúncia não terá efeito antes de se completar um ano a contar da data de seu registro.
2. Todo País-membro que ratificar esta Convenção e que, no prazo de um ano após expirado o período de dez anos referido no parágrafo anterior, não tiver exercido o direito

de denúncia provido neste Artigo, ficará obrigado a um novo período de dez anos e, daí em diante, poderá denunciar esta Convenção ao final de cada período de dez anos, nos termos deste Artigo.

Artigo 10

1. O Diretor Geral do Secretariado da Organização Internacional do Trabalho dará ciência a todos os Países-membros da Organização do registro de todas as ratificações e denúncias que lhe forem comunicadas pelos Países-membros da Organização. 2. Ao notificar os Países-membros da Organização sobre o registro da segunda ratificação que lhe tiver sido comunicada, o Diretor Geral lhes chamará a atenção para a data em que entrará em vigor a Convenção.

Artigo 11

O Diretor Geral do Secretariado da Organização Internacional do Trabalho comunicará ao Secretário Geral da Organização das Nações Unidas, para registro, em conformidade com o Artigo 102 da Carta das Nações Unidas, informações circunstanciadas sobre todas as ratificações e atos de denúncia por ele registrados, nos termos do disposto nos artigos anteriores.

Artigo 12

O Conselho de Administração do Secretariado da Organização Internacional do Trabalho apresentará à Conferência Geral, quando considerar necessário, relatório sobre o desempenho desta Convenção e examinará a conveniência de incluir na pauta da Conferência a questão de sua revisão total ou parcial.

Artigo 13

1. No caso de adotar a Conferência uma nova convenção que reveja total ou parcialmente esta Convenção, a menos que a nova convenção disponha de outro modo,
a) a ratificação, por um País-membro, da nova convenção revista implicará, ipso jure, a denúncia imediata desta Convenção, a partir do momento em que entrar em vigor a Convenção revista, não obstante as disposições constantes do Artigo 9;
b) a partir da datada entrada em vigor da convenção revista, esta Convenção deixará de estar sujeita a ratificação pelos Países-membros. 2. Esta Convenção continuará, entretanto, em vigor, na sua forma e conteúdo atuais, para os Países-membros que a ratificaram, mas não ratificarem a convenção revista.

Artigo 14

As versões em inglês e francês do texto desta Convenção são igualmente oficiais.

Anexo 2 - Prohibited Employment Policies/Practices

Under the laws enforced by EEOC, it is illegal to discriminate against someone (applicant or employee) because of that person's race, color, religion, sex (including pregnancy), national origin, age (40 or older), disability or genetic information. It is also illegal to retaliate against a person because he or she complained about discrimination, filed a charge of discrimination, or participated in an employment discrimination investigation or lawsuit.

The law forbids discrimination in every aspect of employment.

The laws enforced by EEOC prohibit an employer or other covered entity from using neutral employment policies and practices that have a disproportionately negative effect on applicants or employees of a particular race, color, religion, sex (including pregnancy), or national origin, or on an individual with a disability or class of individuals with disabilities, if the policies or practices at issue are not job-related and necessary to the operation of the business. The laws enforced by EEOC also prohibit an employer from using neutral employment policies and practices that have a disproportionately negative impact on applicants or employees age 40 or older, if the policies or practices at issue are not based on a reasonable factor other than age.

Job Advertisements

It is illegal for an employer to publish a job advertisement that shows a preference for or discourages someone from applying for a job because of his or her race, color, religion, sex (including pregnancy), national origin, age (40 or older), disability or genetic information.

For example, a help-wanted ad that seeks "females" or "recent college graduates" may discourage men and people over 40 from applying and may violate the law.

Recruitment

It is also illegal for an employer to recruit new employees in a way that discriminates against them because of their race, color, religion, sex (including pregnancy), national origin, age (40 or older), disability or genetic information.

For example, an employer's reliance on word-of-mouth recruitment by its mostly Hispanic work force may violate the law if the result is that almost all new hires are Hispanic.

Application & Hiring

It is illegal for an employer to discriminate against a job applicant because of his or her race, color, religion, sex (including pregnancy), national origin, age (40 or older), disability or genetic information. For example, an employer may not refuse to give employment applications to people of a certain race.

An employer may not base hiring decisions on stereotypes and assumptions about a person's race, color, religion, sex (including pregnancy), national origin, age (40 or older), disability or genetic information.

If an employer requires job applicants to take a test, the test must be necessary and related to the job and the employer may not exclude people of a particular race, color, religion, sex (including pregnancy), national origin, or individuals with disabilities. In

addition, the employer may not use a test that excludes applicants age 40 or older if the test is not based on a reasonable factor other than age.

If a job applicant with a disability needs an accommodation (such as a sign language interpreter) to apply for a job, the employer is required to provide the accommodation, so long as the accommodation does not cause the employer significant difficulty or expense.

Job Referrals

It is illegal for an employer, employment agency or union to take into account a person's race, color, religion, sex (including pregnancy), national origin, age (40 or older), disability or genetic information when making decisions about job referrals.

Job Assignments & Promotions

It is illegal for an employer to make decisions about job assignments and promotions based on an employee's race, color, religion, sex (including pregnancy), national origin, age (40 or older), disability or genetic information. For example, an employer may not give preference to employees of a certain race when making shift assignments and may not segregate employees of a particular national origin from other employees or from customers.

An employer may not base assignment and promotion decisions on stereotypes and assumptions about a person's race, color, religion, sex (including pregnancy), national origin, age (40 or older), disability or genetic information.

If an employer requires employees to take a test before making decisions about assignments or promotions, the test may not exclude people of a particular race, color, religion, sex (including pregnancy), or national origin, or individuals with disabilities, unless the employer can show that the test is necessary and related to the job. In addition, the employer may not use a test that excludes employees age 40 or older if the test is not based on a reasonable factor other than age.

Pay And Benefits

It is illegal for an employer to discriminate against an employee in the payment of wages or employee benefits on the bases of race, color, religion, sex (including pregnancy), national origin, age (40 or older), disability or genetic information. Employee benefits include sick and vacation leave, insurance, access to overtime as well as overtime pay, and retirement programs. For example, an employer may not pay Hispanic workers less than African-American workers because of their national origin, and men and women in the same workplace must be given equal pay for equal work.

In some situations, an employer may be allowed to reduce some employee benefits for older workers, but only if the cost of providing the reduced benefits is the same as the cost of providing benefits to younger workers.

Discipline & Discharge

An employer may not take into account a person's race, color, religion, sex (including pregnancy), national origin, age (40 or older), disability or genetic information when making decisions about discipline or discharge. For example, if two employees commit a similar offense, an employer may not discipline them differently because of

their race, color, religion, sex (including pregnancy), national origin, age (40 or older), disability or genetic information.

When deciding which employees will be laid off, an employer may not choose the oldest workers because of their age.

Employers also may not discriminate when deciding which workers to recall after a layoff.

Employment References

It is illegal for an employer to give a negative or false employment reference (or refuse to give a reference) because of a person's race, color, religion, sex (including pregnancy), national origin, age (40 or older), disability or genetic information.

Reasonable Accommodation & Disability

The law requires that an employer provide reasonable accommodation to an employee or job applicant with a disability, unless doing so would cause significant difficulty or expense for the employer.

A reasonable accommodation is any change in the workplace (or in the ways things are usually done) to help a person with a disability apply for a job, perform the duties of a job, or enjoy the benefits and privileges of employment.

Reasonable accommodation might include, for example, providing a ramp for a wheelchair user or providing a reader or interpreter for a blind or deaf employee or applicant.

Reasonable Accommodation & Religion

The law requires an employer to reasonably accommodate an employee's religious beliefs or practices, unless doing so would cause difficulty or expense for the employer. This means an employer may have to make reasonable adjustments at work that will allow the employee to practice his or her religion, such as allowing an employee to voluntarily swap shifts with a co-worker so that he or she can attend religious services.

Training & Apprenticeship Programs

It is illegal for a training or apprenticeship program to discriminate on the bases of race, color, religion, sex (including pregnancy), national origin, age (40 or older), disability or genetic information. For example, an employer may not deny training opportunities to African-American employees because of their race.

In some situations, an employer may be allowed to set age limits for participation in an apprenticeship program.

Harassment

It is illegal to harass an employee because of race, color, religion, sex (including pregnancy), national origin, age (40 or older), disability or genetic information.

It is also illegal to harass someone because they have complained about discrimination, filed a charge of discrimination, or participated in an employment discrimination investigation or lawsuit.

Harassment can take the form of slurs, graffiti, offensive or derogatory comments, or other verbal or physical conduct. Sexual harassment (including unwelcome sexual advances, requests for sexual favors, and other conduct of a sexual nature) is also unlawful. Although the law does not prohibit simple teasing, offhand comments, or isolated incidents that are not very serious, harassment is illegal if it is so frequent or severe that it creates a hostile or offensive work environment or if it results in an adverse employment decision (such as the victim being fired or demoted).

The harasser can be the victim's supervisor, a supervisor in another area, a co-worker, or someone who is not an employee of the employer, such as a client or customer.

Harassment outside of the workplace may also be illegal if there is a link with the workplace. For example, if a supervisor harasses an employee while driving the employee to a meeting.

Read more about [harassment](#).

Terms & Conditions Of Employment

The law makes it illegal for an employer to make any employment decision because of a person's race, color, religion, sex (including pregnancy), national origin, age (40 or older), disability or genetic information. That means an employer may not discriminate when it comes to such things as hiring, firing, promotions, and pay. It also means an employer may not discriminate, for example, when granting breaks, approving leave, assigning work stations, or setting any other term or condition of employment - however small.

Pre-Employment Inquiries (General)

As a general rule, the information obtained and requested through the pre-employment process should be limited to those essential for determining if a person is qualified for the job; whereas, information regarding race, sex, national origin, age, and religion are irrelevant in such determinations.

Employers are explicitly prohibited from making pre-employment inquiries about disability.

Although state and federal equal opportunity laws do not clearly forbid employers from making pre-employment inquiries that relate to, or disproportionately screen out members based on race, color, sex, national origin, religion, or age, such inquiries may be used as evidence of an employer's intent to discriminate unless the questions asked can be justified by some business purpose.

Therefore, inquiries about organizations, clubs, societies, and lodges of which an applicant may be a member or any other questions, which may indicate the applicant's race, sex, national origin, disability status, age, religion, color or ancestry if answered, should generally be avoided.

Similarly, employers should not ask for a photograph of an applicant. If needed for identification purposes, a photograph may be obtained after an offer of employment is made and accepted.

Pre-Employment Inquiries and:

- Race
- Height & Weight
- Credit Rating Or Economic Status

- Religious Affiliation Or Beliefs
- Citizenship
- Marital Status, Number Of Children
- Gender
- Arrest & Conviction
- Security/Background Checks For Certain Religious Or Ethnic Groups
- Disability
- Medical Questions & Examinations

Dress Code

In general, an employer may establish a dress code which applies to all employees or employees within certain job categories. However, there are a few possible exceptions.

While an employer may require all workers to follow a uniform dress code even if the dress code conflicts with some workers' ethnic beliefs or practices, a dress code must not treat some employees less favorably because of their national origin. For example, a dress code that prohibits certain kinds of ethnic dress, such as traditional African or East Indian attire, but otherwise permits casual dress would treat some employees less favorably because of their national origin.

Moreover, if the dress code conflicts with an employee's religious practices and the employee requests an accommodation, the employer must modify the dress code or permit an exception to the dress code unless doing so would result in undue hardship.

Similarly, if an employee requests an accommodation to the dress code because of his disability, the employer must modify the dress code or permit an exception to the dress code, unless doing so would result in undue hardship.

Constructive Discharge/Forced To Resign

Discriminatory practices under the laws EEOC enforces also include constructive discharge or forcing an employee to resign by making the work environment so intolerable a reasonable person would not be able to stay.

Anexo 3 - Projeto de Lei

PARECER Nº , DE 2011

Da COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 2006, (PL nº 5.003, de 2001, na Casa de origem), da Deputada Iara Bernardi, que altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências.

RELATORA: Senadora MARTA SUPLICY I – RELATÓRIO

Vem ao exame da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 122, de 2006 (Projeto de Lei nº 5.003, de 2001, na Câmara dos Deputados), de autoria da Deputada Iara Bernardi. Essa proposição visa alterar a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que trata da punição de crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, para ampliar sua abrangência, que passa a alcançar os crimes resultantes de discriminação de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

A Deputada Iara Bernardi, autora do projeto, argumenta que o objetivo da proposta é garantir o que determina o art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Inicialmente distribuído a esta Comissão e, também, à de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), o PLC nº 122, de 2006, por força da aprovação de requerimento, foi encaminhado à apreciação da Comissão de Assuntos Sociais (CAS), onde recebeu parecer favorável nos termos de substitutivo apresentado pela relatora, Senadora Fátima Cleide.

Em seu substitutivo, a Senadora Fátima Cleide considerou quatro pressupostos:

- não discriminação: a Constituição Federal em seu art. 3º, IV, estabelece que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação;
- intervenção mínima para um direito penal eficaz: na contramão das correntes conservadoras que pregam um direito penal máximo, um Estado Penal, o substitutivo partiu da ideia de que o direito penal, por ser o mais gravoso meio de controle social, deve ser usado sempre em último caso e visando tão somente ao

interesse social; nesse sentido, as condutas a serem criminalizadas devem ser apenas aquelas tidas como fundamentais;

- simplicidade e clareza: o substitutivo faz a nítida opção por uma redação simples, clara e direta, com pequenas modificações na Lei nº 7.716, de 1989, e no Código Penal;
- ampliação do rol dos beneficiários da Lei nº 7.716, de 1989, que pune os crimes resultantes de preconceito e discriminação.

É importante ressaltar que, além da criminalização da homofobia e do machismo, inscrita no texto aprovado pela Câmara dos Deputados, o substitutivo tipifica como crime a discriminação e o preconceito de condição de pessoa idosa ou com deficiência. De fato, a inovação do substitutivo foi trazer para a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, esses dois segmentos sociais, já beneficiados pelo § 3º do art. 140 do Código Penal.

Após análise desta Comissão, o PLC nº 122, de 2006, deverá seguir para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), para o exame de sua competência.

Nesta comissão, não foram apresentadas emendas.

II – ANÁLISE

O PLC nº 122, de 2006, trata de matéria compreendida no âmbito das competências da União, de acordo com o que estabelece o art. 22, I, da Constituição Federal. Em sua análise, não foram identificados, assim, quaisquer vícios de constitucionalidade formal ou material.

Nesta Casa, cabe à CDH opinar, nos termos do art. 102-E do Regimento Interno do Senado Federal, sobre os aspectos relativos à garantia e à promoção dos direitos humanos. Por essa razão, a apreciação da matéria neste colegiado é pertinente.

Em nossa análise, de início, vale observar que o princípio da não discriminação – objeto do projeto em apreço – visa assegurar a igualdade de tratamento entre todas as pessoas, independentemente da sua nacionalidade, sexo, raça, origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade, identidade de gênero ou orientação sexual. Assim confirma nossa Constituição Federal quando estabelece que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, caput), e quando estabelece que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, inciso XLI);

Da mesma forma estabelece a Declaração Universal dos Direitos Humanos, segundo a qual todo homem e toda mulher tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido ou reconhecida como pessoa perante a lei – independentemente do sexo, da cor, da idade, do credo, do grau de escolaridade ou até de cidadania. Assim, as pessoas devem ser reconhecidas como pessoas simplesmente: em casa e na rua, na família e na sociedade, no trabalho e no lazer, em qualquer situação.

Infelizmente, em que pese o reconhecimento do princípio da não discriminação, atos de violência e atrocidades – hoje denominados “violações de direitos humanos” – fazem parte da história recente da humanidade e de países como o Brasil. Homofobia é, certamente, um mal que aflige de maneira perversa nosso país, reconhecido internacionalmente como um dos que registram os maiores números de assassinatos por orientação sexual.

De fato, já em 2003, dados estatísticos apontavam que a cada dois dias uma pessoa era assassinada no País em função de sua orientação sexual. Esse dado, por si só, era absolutamente avassalador. Nos últimos anos, esse número piorou, passando para um assassinato a cada um dia e meio. Em 2010, o número de homossexuais assassinados superou 250 casos, segundo informou o Grupo Gay da Bahia (GGB) em seu relatório anual. Esse foi um recorde histórico, pois pela primeira vez o número de homicídios ultrapassou a casa das 200 notificações.

Assim, no mérito, é fundamental protegermos as minorias não aceitas numa sociedade predominantemente heterossexual, intolerante à homossexualidade.

Nesse sentido, apoiamos os argumentos da Senadora Fátima Cleide, relatora da matéria na CAS, quando afirma ser a norma pretendida um importante instrumento no combate à homofobia e, também, na garantia de cidadania a grupos que têm sido drástica e continuamente violados em seus direitos.

Contudo, julgamos necessário que as práticas homofóbicas sejam objeto de uma lei específica, ficando preservada a Lei nº 7.716, de 1989, por conta das peculiaridades que envolvem a discriminação de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

No Substitutivo que apresentamos nesta oportunidade, incluímos as condutas de maior desvalor, ou seja, os atos de discriminação mais repudiados pela sociedade como um todo, independentemente da ideologia de cada indivíduo.

Nesse sentido, as disposições contidas no Substitutivo reprimem as discriminações no mercado de trabalho, nas relações de consumo e na prestação de serviços públicos, por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero. Além disso, pune a indução à violência e altera diversos artigos do Código Penal para contemplar, nas agravantes genéricas e específicas, bem assim nas causas especiais de aumento de pena, a discriminação de que tratamos.

Contudo, julgamos ser necessário refletir sobre um ponto delicado da matéria, merecedor de especial atenção: a manifestação pacífica de pensamento decorrente da fé e da moral, fundada na liberdade de consciência, crença e religião. Não podemos ignorar que muitas religiões consideram a prática homossexual uma conduta a ser evitada. Esse pensamento está presente em várias doutrinas que não podem ser ignoradas e desrespeitadas, pois se inserem no âmbito do direito à liberdade religiosa. Nesse aspecto, mesmo firmes no propósito de combater a discriminação, não podemos nos esquecer do princípio da liberdade religiosa, inscrito no inciso VI do art. 5º de nossa Carta Magna, segundo o qual é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

Com isso em mente, julgamos importante introduzir um dispositivo no Substitutivo para excluir do alcance da Lei, os casos de manifestação pacífica de pensamento fundada na liberdade de consciência, de crença e de religião.

III – VOTO

Em face do exposto, o voto é pela aprovação do Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 2006, nos termos da emenda substitutiva apresentada a seguir:

EMENDA Nº – CDH (SUBSTITUTIVO) PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 122, DE 2006

Define os crimes resultantes de preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero, altera o Código Penal e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei define crimes resultantes de preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

Art. 2º Para efeito desta Lei, o termo sexo refere-se à distinção entre homens e mulheres; orientação sexual, à heterossexualidade, homossexualidade ou bissexualidade; e identidade de gênero, à transexualidade e à travestilidade.

Art. 3º O disposto nesta Lei não se aplica à manifestação pacífica de pensamento decorrente da fé e da moral fundada na liberdade de consciência, de crença e de religião de que trata o inciso VI do art. 5º da Constituição Federal.

Discriminação no mercado de trabalho

Art. 4º Deixar de contratar ou nomear alguém ou dificultar sua contratação ou nomeação, quando atendidas as qualificações exigidas para o posto de trabalho, motivado por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero:

Pena – reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem, durante o contrato de trabalho ou relação funcional, confere tratamento diferenciado ao empregado ou servidor, motivado por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

Discriminação nas relações de consumo

Art. 5º Recusar ou impedir o acesso de alguém a estabelecimento comercial de qualquer natureza ou negar-lhe atendimento, motivado por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero:

Pena – reclusão, de um a três anos.

Discriminação na prestação de serviço público

Art. 6º Recusar ou impedir o acesso de alguém a repartição pública de qualquer natureza ou negar-lhe a prestação de serviço público motivado por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero:

Pena – reclusão, de um a três anos.

Indução à violência

Art. 7º Induzir alguém à prática de violência de qualquer natureza, motivado por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero:

Pena – reclusão, de um a três anos.

Art. 8º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“**Art. 61.**

.....

II –

.....

m) motivado por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.” (NR)

“**Art. 121.**

.....

§ 2º

.....

VI – motivado por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

.....” (NR)

“**Art. 129.**

.....

§ 12. Aumenta-se a pena de um terço se a lesão corporal foi motivada por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade

de gênero.” (NR)

“**Art. 136.**

.....

§ 3º Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, ou é motivado por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.” (NR)

“**Art. 140.**

.....

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero:

.....” (NR)

“**Art. 286.**

.....

Parágrafo único. A pena é aumentada de um terço quando a incitação for motivada por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero” (NR)

Art. 9º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relatora

Anexo 4 - Lei n. 12.562, de 8 de janeiro de 1998

Dispõe sobre a proibição da expressão "boa aparência" nos anúncios de recrutamento e seleção de pessoal.

(Projeto de Lei n. 906/97, do Vereador Arselino Tatto - PT)

Celso Pitta, Prefeito do Município de São Paulo, usando das atribuições que lhe são conferidas por lei.

Faz saber que a Câmara Municipal, em sessão de 4 de dezembro de 1997, decretou e eu promulgo a seguinte Lei:

Art. 1º Fica proibido o uso da expressão "boa aparência" ou outras similares, na divulgação de anúncios visando a concurso e seleção de pessoal.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se às empresas públicas, de economia mista, privadas, firmas individuais, entidades beneficentes, fundações e pessoas físicas, instaladas ou domiciliadas no Município que determinarem a publicação de anúncios previstos no "caput" deste artigo.

Art. 2º É obrigatório constar dos anúncios referidos no "caput" do artigo 1º o número de vagas disponíveis para cada função, bem como todas as qualificações exigidas para seu preenchimento.

Art. 3º Os infratores serão punidos com as seguintes penalidades:

I - multa;

II - suspensão temporária da autorização de funcionamento;

III - cassação da autorização de funcionamento.

Parágrafo único. A multa estabelecida no inciso I deste artigo será de 2.300 UFIRs, ou outra unidade que venha substituí-la, cobrada em dobro em caso de reincidência.

Art. 4º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Art. 5º O Poder Público regulamentará a presente Lei no prazo de 30 dias contados de sua publicação.

Anexo 5 - Acórdão perda de chance**A C Ó R D Ã O****6ª Turma****ACV/rbb/**

RECURSO DE REVISTA. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO NO RODÍZIO PARA ESCALAÇÃO EM FAINAS. ATO DISCRIMINATÓRIO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. A aplicação da teoria se sustenta quando o ato ilícito resultar na perda da oportunidade de alcançar uma situação futura melhor. O caso dos autos preenche requisito imprescindível para a aplicação da teoria que diz respeito à comprovação de que a oportunidade perdida não era aleatória, mas sim real, séria, pois o autor tinha chance de ser escalado, mas foi impedido de participar da escalação por ato ilegal da reclamada. Recurso de revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-839-96.2011.5.09.0411**, em que é Recorrente **MARIO GONÇALVES MARTINS** e são Recorridos **ÓRGÃO DE GESTÃO DE MÃO DE OBRA DO TRABALHO PORTUÁRIO AVULSO DO PORTO ORGANIZADO DE PARANAGUÁ - OGMO e SINDICATO DOS TRABALHADORES DE BLOCO DOS PORTOS DE PARANAGUÁ E ANTONINA**.

Inconformado com o r. despacho que denegou seguimento ao recurso de revista, agrava de instrumento o reclamante.

Com as razões de fls. 621/627, alega ser plenamente cabível o recurso de revista.

Contraminuta apresentada às fls. 678/696.

Não houve manifestação do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O**I - CONHECIMENTO**

Conheço do agravo de instrumento, uma vez que se encontra tempestivo e regular a representação.

II - MÉRITO

Registre-se, a princípio, que, conforme noticiado pelo eg. Juízo de admissibilidade *a quo*, fl. 616, foi homologado acordo firmado entre o OGMO e o reclamante, pelo que a análise do recurso se limitará ao tema relativo ao pedido quanto às fainas.

RODÍZIO PARA ESCALAÇÃO EM TRÊS FAINAS

O eg. Tribunal Regional do Trabalho assim fundamentou o entendimento acerca da matéria, *in verbis*:

"De início, ressalte-ser (sic) ser **incontroverso nos autos** o fato de o reclamante ter sido obstado de participar do sistema de rodízio para escalação nas referidas fainas. (...)

Como mencionado pelo Juízo de primeiro grau, embora seja legítima a exigência de qualificação especial do avulso para a prestação dos serviços inerentes à **faina de célula nas alturas**, a ilegalidade consiste no fato de não haver disponibilização de cursos para que o trabalhador interessado possa adquirir tal qualificação, devidamente comprovado pela prova oral. (...)

Por outro lado, no que se refere às **fainas de chefia e de fiscalização**, a ilegalidade da exclusão do autor nos respectivos sistemas de rodízio é gritante e inegável. Limitar o acesso a tais fainas (melhor remuneradas que as demais) apenas aos membros da diretoria da entidade sindical é de uma ilicitude alarmante, pois a mencionada diretoria cabe implementar medidas que levem ao cumprimento da finalidade do sindicato (defesa dos direitos coletivos e individuais **da categoria**), e não adotar práticas voltadas a interesses particulares (muito menos quando contrárias aos interesses dos demais trabalhadores que integram a categoria representada).

(...)

Uma vez constatada a flagrante ilegalidade do procedimento adotado para a escalação das fainas, necessário deferir indenização, seja para reparar o prejuízo suportado pelo autor, seja para coibir a continuidade da prática ilegal e discriminatória. Em que pese realmente não se poder afirmar com certeza se o reclamante seria (ou não) escalado para tais fainas, o simples fato de ter sido ilegalmente obstada sua participação nos rodízios de escalação já constitui prejuízo: o autor tinha chance de ser escalado, mas foi impedido de participar da escalação. O prejuízo é a perda dessa chance em decorrência de ato ilegal dos reclamados. E a fórmula apontada na sentença considera a probabilidade de o autor ser escalado nas fainas. Some-se a isso o caráter pedagógico da indenização. Declarar a ilegalidade do sistema adotado e, ao mesmo tempo, indeferir a indenização postulada não contribui para por fim à prática discriminatória, no entender deste Relator.

Entretanto, esta Turma já adotou posicionamento contrário quanto ao tema. Em caso idêntico recentemente examinado, este Colegiado entendeu pela inviabilidade do deferimento da indenização postulada, em virtude da falta de provas de que o autor realmente seria escolhido para trabalhar em tais fainas se tivesse participado do rodízio de escalação.

(...)

Em face de todo o exposto, **mantenho a sentença** no tocante a ordem, imposta ao primeiro reclamado (OGMO), de integrar o reclamante no sistema de escalação das fainas de chefia e fiscalização e de disponibilizar curso para

habilitação ao trabalho na faina de célula nas alturas, **mas reformo a sentença** quanto à indenização por perda de chance, para excluí-la da condenação." (fls. 409/417)

Nas razões do recurso de revista, o reclamante alega ser devida a indenização, porque teve a perda da chance de obter a vantagem ou de evitar prejuízo, ante o argumento de que o reclamado, ao deixar de escalar o autor às fainas de célula, chefia e fiscalização, impediu-o de auferir maior remuneração. Aponta ofensa aos arts. 7º, XXXIV, da CF/88; 26 e seguintes da Lei 8.630/93 e 9º, VI, do Decreto-Lei 3.043/99. Traz arestos para o confronto de teses.

O r. despacho denegatório impediu o seguimento ao recurso de revista, nesse aspecto, porque entendeu que os argumentos não impugnaram os fundamentos do acórdão recorrido, aplicando o óbice da Súmula 422/TST.

As insurgências veiculadas em recurso de revista foram reiteradas em sede de agravo de instrumento.

O eg. TRT decidiu, por maioria, ser inviável a pretensão de indenização por perda de chance pelo fato de o autor não ter sido escalado para as fainas de célula, chefia e fiscalização, ante o fundamento de que não há prova de que o autor realmente seria escolhido para trabalhar em tais fainas se tivesse participado do rodízio de escalação.

O aresto à fl. 504, apresentado à íntegra às fls. 565/573, oriundo do eg. TRT da 4ª Região, analisando situação parecida envolvendo a mesma reclamada, demonstra divergência jurisprudencial ao consignar tese no sentido de que a exclusão do autor na escala: impossibilitou-o de auferir ganho maior. Eis:

"TRABALHADOR AVULSO. OGMO. DIFERENÇAS ENTRE VALORES ALCANÇADOS. NÃO INCLUSÃO NA ESCALA. Situação em que a prova pericial evidenciou que a não inclusão na escala por parte do reclamado implicou prejuízo financeiro ao reclamante, vez que este recebia tão somente a diária, ficando alijado da possibilidade de auferir ganho por produção, na forma prevista na norma coletiva. Recurso ordinário do reclamante provido, no item."

Dou provimento ao agravo de instrumento, para, convertendo-o em recurso de revista, determinar a reautuação do processo e a publicação da certidão de julgamento para a ciência e intimação das partes e dos interessados de que o julgamento do recurso de revista dar-se-á na primeira sessão ordinária subsequente à data da publicação, nos termos da Resolução Administrativa nº 928/2003 do TST.

RECURSO DE REVISTA

AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO NO RODÍZIO PARA ESCALAÇÃO EM FAINAS. ATO DISCRIMINATÓRIO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE.

CONHECIMENTO

O eg. Tribunal Regional do Trabalho assim fundamentou o entendimento acerca da matéria, *in verbis*:

"De início, ressalte-ser (sic) ser **incontroverso nos autos** o fato de o reclamante ter sido obstado de participar do sistema de rodízio para escalação nas referidas fainas. (...)

Como mencionado pelo Juízo de primeiro grau, embora seja legítima a exigência de qualificação especial do avulso para a prestação dos serviços inerentes à **faina de célula nas alturas**, a ilegalidade consiste no fato de não haver disponibilização de cursos para que o trabalhador interessado possa adquirir tal qualificação, devidamente comprovado pela prova oral. (...)

Por outro lado, no que se refere às **fainas de chefia e de fiscalização**, a ilegalidade da exclusão do autor nos respectivos sistemas de rodízio é gritante e inegável. Limitar o acesso a tais fainas (melhor remuneradas que as demais) apenas aos membros da diretoria da entidade sindical é de uma ilicitude alarmante, pois a mencionada diretoria cabe implementar medidas que levem ao cumprimento da finalidade do sindicato (defesa dos direitos coletivos e individuais **da categoria**), e não adotar práticas voltadas a interesses particulares (muito menos quando contrárias aos interesses dos demais trabalhadores que integram a categoria representada).

(...)

Uma vez constatada a flagrante ilegalidade do procedimento adotado para a escalação das fainas, necessário deferir indenização, seja para reparar o prejuízo suportado pelo autor, seja para coibir a continuidade da prática ilegal e discriminatória. Em que pese realmente não se poder afirmar com certeza se o reclamante seria (ou não) escalado para tais fainas, o simples fato de ter sido ilegalmente obstada sua participação nos rodízios de escalação já constitui prejuízo: o autor tinha chance de ser escalado, mas foi impedido de participar da escalação. O prejuízo é a perda dessa chance em decorrência de ato ilegal dos reclamados. E a fórmula apontada na sentença considera a probabilidade de o autor ser escalado nas fainas. Some-se a isso o caráter pedagógico da indenização. Declarar a ilegalidade do sistema adotado e, ao mesmo tempo, indeferir a indenização postulada não contribui para por fim à prática discriminatória, no entender deste Relator.

Entretanto, esta Turma já adotou posicionamento contrário quanto ao tema. Em caso idêntico recentemente examinado, este Colegiado entendeu pela inviabilidade do deferimento da indenização postulada, em virtude da falta de provas de que o autor realmente seria escolhido para trabalhar em tais fainas se tivesse participado do rodízio de escalação.

(...)

Em face de todo o exposto, **mantenho a sentença** no tocante a ordem, imposta ao primeiro reclamado (OGMO), de integrar o reclamante no sistema de escalação das fainas de chefia e fiscalização e de disponibilizar curso para habilitação ao trabalho na faina de célula nas alturas, **mas reformo a sentença** quanto à indenização por perda de chance, para excluí-la da condenação." (fls. 409/417)

Nas razões do recurso de revista, o reclamante alega ser devida a indenização, porque teve a perda da chance de obter a vantagem ou de evitar prejuízo, ante o argumento de que o reclamado, ao deixar de escalar o autor às fainas de célula, chefia e fiscalização, impediu-o de aferir maior remuneração. Aponta ofensa aos arts. 7º, XXXIV, da CF/88; 26 e seguintes da Lei 8.630/93 e 9º, VI, do Decreto-Lei 3.043/99. Traz arestos para o confronto de teses.

O eg. TRT decidiu, por maioria, ser inviável a pretensão de indenização por perda de chance pelo fato de o autor não ter sido escalado para as fainas de célula, chefia e fiscalização, ante o fundamento de que não há prova de que o autor realmente seria escolhido para trabalhar em tais fainas se tivesse participado do rodízio de escalação.

O aresto à fl. 504, apresentado à íntegra às fls. 565/573, oriundo do eg. TRT da 4ª Região, analisando situação parecida envolvendo a mesma reclamada, demonstra divergência jurisprudencial ao consignar tese no sentido de que a exclusão do autor na escala: impossibilitou-o de auferir ganho maior. Eis:

"TRABALHADOR AVULSO. OGMO. DIFERENÇAS ENTRE VALORES ALCANÇADOS. NÃO INCLUSÃO NA ESCALA. Situação em que a prova pericial evidenciou que a não inclusão na escala por parte do reclamado implicou prejuízo financeiro ao reclamante, vez que este recebia tão somente a diária, ficando alijado da possibilidade de auferir ganho por produção, na forma prevista na norma coletiva. Recurso ordinário do reclamante provido, no item."

Assim, conheço do recurso de revista com fulcro no art. 896, "a", da CLT.

MÉRITO

O cerne da questão é saber se o fato de ter sido ilegalmente obstada a participação do autor nos rodízios de escalação das fainas causou-lhe prejuízo reparável.

Para melhor entendimento, faz-se necessário abordar a matéria sob o enfoque da teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*), adotada em matéria de responsabilidade civil.

A teoria enuncia a responsabilidade do autor do dano quando obsta outra pessoa de auferir vantagem ou simplesmente a impede de evitar prejuízos. Difere das demais hipóteses de perdas e danos porque não se trata de prejuízo direto à vítima, mas de uma mera probabilidade. Nesse caso, a indenização se refere à própria chance, não ao lucro ou perda que dele era objeto. Entretanto, tem que ser uma chance real e séria que dê condições efetivas de concorrer a uma situação futura melhor.

Neste ponto, a aplicação da teoria somente se sustenta quando o ato ilícito resultar na perda da oportunidade de alcançar uma situação futura melhor, conforme bem salientou Filho¹ (2003, p.92): "*se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada*".

A pretensão de aplicação da teoria em comento encontra guarida, portanto, nos casos em que foi retirada, por meio de ato ilícito, a oportunidade de a vítima obter uma situação futura melhor, tais como arrumar um novo emprego, progredir na carreira artística, por exemplo.

É que, mesmo inexistindo um dano certo e determinado, há um prejuízo para a vítima que decorre da perda da oportunidade de obter um resultado favorável ou de se evitar um prejuízo.

Não há como se exigir da vítima, que alega a perda de uma chance, prova inequívoca de que, não fora a ocorrência do fato antijurídico, teria obtido o resultado que diz ter-lhe sido obstado.

A situação dos autos revela a perda de uma chance de ter a oportunidade de obter um resultado favorável, pois houve a privação da chance de obter uma vantagem futura, que se configurou pela privação de participação do autor nos rodízios de escalação das fainas de célula, chefia e fiscalização.

Há registro nos autos de que, quanto à faina de célula, o autor não teria sido escalado por ausência de qualificação especial, o que foi considerado ilegal, em face da omissão da reclamada em não oferecer cursos de qualificação. Relativamente às outras duas fainas, foram reputadas ilícitas, pois eram reservadas apenas aos membros da diretoria da entidade sindical, a denotar ato discriminatório (fls. 401/402).

O caso dos autos preenche requisito imprescindível para a aplicação da teoria que diz respeito à comprovação de que a oportunidade perdida não era aleatória, mas sim real, séria, pois o autor tinha chance de ser escalado, mas foi impedido de participar da escalação, por ato ilegal da reclamada.

Resta configurado aí onexo causal e a culpa da reclamada, além do dano, pois incontroverso nos autos que as três fainas eram melhores remuneradas que as demais.

Trata-se de dano potencial e provável, indenizável, portanto, diferente daquele puramente eventual e hipotético, em que a reparação deve ser rebatida.

Por todo o exposto, dou provimento ao recurso de revista para, reformando a v. decisão recorrida, restabelecer a r. sentença que deferiu o pedido de pagamento de indenização pela perda da chance que o autor tinha de ser escalado nas três fainas, caso tivesse participado do sistema de rodízio para escalação.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento para, destrancando o recurso de revista, dele conhecer por divergência jurisprudencial e, no mérito, dar-lhe provimento para, reformando a v. decisão recorrida, restabelecer a r. sentença que deferiu o pedido de pagamento de indenização pela perda da chance que o autor tinha de ser escalado nas três fainas, caso tivesse participado do sistema de rodízio para escalação.

Brasília, 17 de abril de 2013.

Firmado por assinatura digital (Lei nº 11.419/2006)

Aloysio Corrêa da Veiga

Ministro Relator

¹ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2003)

PROCESSO Nº TST-RR-839-96.2011.5.09.0411

Firmado por assinatura digital em 19/04/2013 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.