



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

CURSO DE DIREITO

Alline Stopa Condé

**A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL DO EMPREGADOR EM
DEFESA DOS DIREITOS DO TRABALHADOR**

Juiz de Fora - MG

Dezembro de 2012

Alline Stopa Condé

**A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL DO EMPREGADOR EM
DEFESA DOS DIREITOS DO TRABALHADOR**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos, como requisito parcial à obtenção do título de “Bacharel em Direito” e aprovada pelo (a) orientador (a):

Prof.^a Carmem Lúcia Machado

Curso de Direito - UNIPAC

Juiz de Fora - MG

Dezembro de 2012

FOLHA DE APROVAÇÃO

Alinne Stopa Cordé

Aluno

A Responsabilidade de Pré-contrato de
Empregador em defesa dos direitos do trabalhador

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

J. Silva

e

[Assinatura]

Aprovada em 08/12/2012.

EPIGRAFE -

“Onde Não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação de poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para dignidade humana e a pessoa não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças.”

(Ingo Sarlet – Juiz e Jurista brasileiro)

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, pela força e coragem durante toda esta longa caminhada.

A todos os professores do curso que foram tão importantes na minha vida acadêmica; em especial à professora e coordenadora Luciana Maciel Braga, pelo convívio, pelo apoio, pela compreensão e pelo carinho durante todos esses anos.

À minha orientadora, professora Carmem Lúcia Machado, pelo seu jeito amigo, pela paciência na orientação e por todo incentivo que tornou possível a conclusão deste trabalho.

Aos meus pais dedico esta, bem como todas as minha demais conquistas por nunca medirem esforços para que eu chegasse até esta etapa da minha vida.

Ao meu amado irmão Guilherme, por ser meu amigo, por sempre me acompanhar e por acreditar muito em mim, dando assim força para seguir em frente.

Aos meus familiares e amigos, por todo apoio, por estarem sempre presentes e também por entenderem meus momentos de ausência.

Aos companheiros da Justiça do Trabalho em especial à Diretora Kátia Viera de Oliveira, que mesmo de uma forma indireta me fizeram despertar maior interesse pela área trabalhista.

Enfim, agradeço a todos que prestaram seus constantes incentivos para concretização deste sonho!

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo expor os meios que levam à contratação do empregado, e as formas pelas quais pode se dar. Depois, segue-se pela apreciação das variadas formas de contratação de mão-de-obra, além da verificação da amplitude da responsabilização do empregador diante da atividade laborativa, de eventual acidente de trabalho e demais possibilidades durante o contrato. Assim, seguindo pelo cerne deste trabalho, alcança-se a análise da responsabilidade do empregador antes da formalização do contrato de trabalho, o chamado período pré-contratual.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, período pré-contratual, contrato de trabalho, responsabilidade do empregador.

ABSTRACT

This paper aims to expose the means that lead to hiring the employee, and the ways in which you can give yourself. Then it follows by the appreciation of the varied forms of hiring of manpower, besides verifying the extent of liability of the employer before the labor activity of any accident at work and other opportunities during the contract. Thus, following the core of this work, one attains the analysis of employer liability before the formalization of employment, the so-called pre-contractual.

Keywords: Liability, pre-contract, contract of employment, employer liability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 AS RELAÇÕES DE TRABALHO E EMPREGO.....	11
1.1 A validade da relação de emprego	13
1.2 Excludentes da relação empregatícia	14
1.3 Relações de emprego	16
1.4 O contrato de trabalho	18
2 RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR.....	22
2.1 Responsabilidade civil do empregador por ato do empregado.....	22
2.2 Responsabilidade do empregador por danos ao empregado	23
2.2.1 Responsabilidade decorrente do acidente de trabalho	23
2.2.2 Responsabilidade decorrente da terceirização de serviços	26
2.3 Responsabilidade pré-contratual	27
3 RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL DO EMPREGADOR	31
4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO	35
4.1 Responsabilidade decorrente de contratação interrompida pelo empregador	36
4.2 Responsabilidade em razão de despesas originárias da fase pré-contratual.....	38
4.3 Responsabilidade decorrente de preconceito religioso por parte do empregador	39
4.4 Responsabilidade decorrente de retenção da CTPS diante da promessa de emprego.....	40
4.5 Responsabilidade decorrente da recusa em fornecer EPI	42
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46

INTRODUÇÃO

As relações de trabalho trazem, hoje, uma série de situações que delas decorrem, em razão dos inúmeros direitos, resguardando tanto empregados como empregadores. Assim, tudo parece convergir para uma análise cada vez mais profunda acerca dos problemas envolvendo os dois principais integrantes da relação trabalhista.

Com base na Consolidação das Leis do Trabalho e nas diversas decisões em todo o país o Direito Trabalhista passa a ser a própria personificação da movimentação do Direito, talvez aquele que mais modifica a realidade humana, por ser tão facilmente adaptável à realidade da situação; o mundo trabalhista se vê sempre envolto por novidades e expectativas de uma realidade mais humana para milhares de pessoas que fazem parte da categoria de empregado e por vezes necessita de sua intervenção para solucionar problemas envolvendo a relação empregatícia.

Primeiramente, o presente trabalho pretende expor as diferenças entre as relações de emprego e de trabalho, traçando as características e consequências jurídicas de ambos; analisando principalmente os direitos dos trabalhadores.

Como bem explicita a história, o surgimento do Direito Trabalhista se deu para garantir direitos, sendo relativamente jovem em relação ao próprio “trabalho”, este surgido desde a idade antiga, ganhou dimensão através da escravização, um método que privilegiava aqueles que se serviam do trabalho do outro, sem qualquer remuneração ou troca pelo serviço prestado; já na Idade Média, mudando as aspirações sociais diferentes grupos surgiam de acordo com suas funcionalidades, como os mestres, os companheiros e os aprendizes; assim, com a sociedade industrial e com o trabalho assalariado surge o Direito Trabalhista, sendo a Revolução Industrial o principal impulsionador do ramo, para Godinho, o Direito do Trabalho surge a partir de quatro fases principais: *formação, intensificação, consolidação e autonomia*.

O principal motivo pelo qual ocorreu a instituição do Direito Trabalhista foi o combate ao individualismo surgido na Revolução Industrial, que eclodiu diante da liberalidade dos capitalistas em agir sem qualquer interferência estatal, estando o empregado sujeito às condições estabelecidas pelo empregador.

Desta forma, o Estado passa a legislar, substituindo o individualismo pelo dirigismo contratual, limitando a autonomia da vontade; buscando um equilíbrio entre os sujeitos do contrato, buscando a proteção do mais fraco e compensando as desigualdades econômicas, sob a égide do princípio da isonomia.

Após a diferenciação, focando nas relações de emprego, berço do Direito Trabalhista, passa-se à explanação das características específicas dos diferentes tipos de contrato trabalhista, estabelecendo formas para reconhecimento de um e outro, analisando principalmente a responsabilidade dos empregadores frente ao empregado e a própria sociedade.

Na segunda parte, é conferida uma atenção especial para uma análise mais ampla a respeito da responsabilidade do empregador, retroagindo para aquém do contrato de trabalho, numa profunda explanação a respeito dos meandros que envolvem a contratação do empregado, suas expectativas, obrigações e direitos; continuando com uma análise crítica de uma relação que envolve inclusive a comunidade e o mercado de trabalho brasileiro.

Levantando a questão da responsabilidade do empregador, indaga-se, se é possível que o empregador seja responsável por qualquer situação ocorrida durante o processo seletivo para o emprego. Pode o empregador se utilizar de qualquer meio para a seleção de seus funcionários? Existe alguma obrigatoriedade do empregador em admitir o candidato? Quais as responsabilidades de empregador e empregado?

Por fim, considerando as situações conhecidas dos Tribunais brasileiros, serão expostos alguns dos casos envolvendo a responsabilidade pré-contratual do empregador, enquanto figura hipersuficiente da relação trabalhista e sedimentador do destino dos empregados. Importante também considerar como a sociedade vem entendendo essa nova abordagem na relação de emprego, e, se existe a receptividade da sociedade em compreender mais essa forma de visualizar o empregador.

Para finalizar o trabalho, discute-se se é de fato possível admitir essa responsabilidade pré-contratual. Analisando as características imprescindíveis para que seja admitida essa responsabilidade, é importante considerar a aplicação real deste garantismo.

CAPÍTULO 1 - AS RELAÇÕES DE TRABALHO E EMPREGO

A diferença entre a relação de trabalho e a relação de emprego é bem clara. A expressão “relação de trabalho” é genérica, dando ensejo a qualquer relação que envolva a prestação de um serviço a um terceiro, é a menção direta ao trabalho humano, diante de um resultado útil, independente de qualquer outra relação que permeie a situação instalada.

O ministro DELGADO (2011) conceitua a prestação de trabalho, como uma relação advinda de uma obrigação de fazer sem subordinação ou obrigação de fazer sem pessoalidade ou subordinação – tipo de trabalho autônomo; e, ainda, uma obrigação de fazer pessoal e subordinada, mas esporádica – o trabalho eventual; todas elas não caracterizam relação de emprego, estando à margem das leis trabalhistas, somente sendo abrangidas pela Justiça Trabalhista após 2004, com o advento da Emenda Constitucional nº 45.

Neste sentido, MARTINS (2005), depois de acentuar que “o prestador de serviços será necessariamente uma pessoa física e o tomador dos serviços uma pessoa física ou jurídica”, pondera, ainda, com razão, que a subordinação, que existe na relação de emprego, “não existe na relação do trabalhador autônomo com o tomador dos serviços”.

Voltando às relações aqui consideradas, daquela já explicitada, da relação de trabalho, surge a definição da “relação de emprego”, objetivo primeiro deste trabalho, que se estabelece através do acordo entre uma pessoa física e um empregador; mas não apenas isso, como também se utiliza para sua caracterização uma série de fenômenos sociojurídicos que de fato são imprescindíveis para o reconhecimento deste tipo de relação trabalhista.

Os elementos em questão ocorrem por trás dos fatos, independente de existir ou não o Direito, sendo, portanto, que a simples existência deles não caracteriza a relação, mas para efetivar-se a relação de emprego as mesmas são necessárias. Cita-se, primeiro, a prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer, tendo essa pessoa física seus direitos reconhecidos pelo Direito do Trabalho, pois importam a essa pessoa que realiza o serviço. Já o tomador, a legislação e a doutrina reconhecem que pode ser tanto uma pessoa física como jurídica.

Também, prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador, relação que denota a infungibilidade do trabalhador, sem possibilidade de concessão da obrigação a outrem, qualquer alteração desta normalidade tornaria atípica a relação, ressalvadas as substituições autorizadas pela norma, como férias, afastamentos e licenças, suspendendo-se ou interrompendo-se o contrato de trabalho. Importa considerar, ainda, que esta característica

somente abrange o empregado, pois o tomador do serviço pode ser alterado desde que mantidas as regras contratuais, tratando a Consolidação das Leis do Trabalho em seus artigos 10 e 448 da sucessão trabalhista.

E, ainda, a prestação de serviço efetuada com não eventualidade. A prestação do serviço deve ser contínua, sendo regida pelo princípio da continuidade da relação de emprego, mantendo-se, assim, o vínculo empregatício; ressalvados os contratos que se caracterizam por limitação temporal. Quanto a este quesito, fica desqualificado como empregado o trabalhador eventual, pois é justamente sua descontinuidade na prestação do serviço que caracteriza seu contrato de prestação de serviços, como já explicitado.

Em relação a esta prestação de serviço não eventual, importante se faz aludir as teorias que a envolvem: a teoria da descontinuidade – em desacordo com a Consolidação das Leis do Trabalho, mas em consonância com a Lei do Trabalho Doméstico, toma por característica o enfoque no tomador do serviço, o trabalho pode então ser fracionado; teoria do evento – considera que o trabalho se torna eventual em determinadas situações dentro da empresa, é aquele que depende de um acontecimento incerto, casual e fortuito; teoria dos fins do empreendimento – a eventualidade vem daquele trabalhador que é chamado para realizar serviço que não caracteriza as funções normais da empresa, sendo por esta razão esporádica a prestação do serviço; teoria da fixação jurídica – aqui fica claro que o empregado não é fixo na empresa.

Cabe então caracterizar brevemente o trabalho eventual: a descontinuidade da prestação do trabalho, variação do tomador de serviço, curta duração do trabalho prestado, natureza específica do trabalho, dissuadindo da normalidade do empreendimento.

Tem-se, ainda, a relação de trabalho efetuada sob a subordinação ao tomador dos serviços, o principal elemento na caracterização da relação de emprego; é a execução de ordens advindas de um terceiro tomador, uma espécie de dependência, como cita o jurista Nascimento, essa subordinação é “decorrente da limitação contratual da autonomia da vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade desempenhada”.

Neste sentido, a própria subordinação dá ensejo à pessoalidade e proximidade entre as partes envolvidas na relação de emprego, sendo esta dependência expressa no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Por fim, a prestação de trabalho efetuada com onerosidade, pois é essencial a existência de fundo econômico nas transações, uma contraprestação paga pelo empregador ao empregado em virtude da relação empregatícia estabelecida. Configura-se, assim, o contrato de trabalho como bilateral, sinalagmático e oneroso, envolvendo um conjunto de prestações e contraprestações recíprocas. No entanto, importante se faz para essa caracterização factual considerar a onerosidade sobre a perspectiva do empregador, pois dois são os aspectos envolvidos, as parcelas dirigidas a remunerar o empregado em função do contrato pactuado, o salário, propriamente dito; e, ainda, a intenção do empregador em auferir benefício econômico em razão do trabalho contratado.

Em suma, como bem observou o professor PINTO (1995), ao tratar da relação de trabalho:

“De todos os contratos de atividade, somente o de emprego é trabalhista. Entretanto, todos eles têm por sujeito a pessoa do trabalhador, não mais apenas a do empregado, o que mostra a realidade de que o novo critério da determinação da competência passou a ter seu centro, ou eixo, na pessoa do trabalhador, o qual atrai para si toda matéria de suas relações possíveis, seja ela trabalhista (quando o trabalhador é empregado) ou cível (quando o trabalhador não é empregado).”

O jurista, assim, esmiúça a respeito da competência da Justiça do Trabalho, responsável pelas relações de emprego, qualquer que seja ela, e ainda, ressaltando as características inerentes às relações interpessoais de emprego ou trabalho; traçando, assim, a relação específica existente entre trabalhador e empregador.

1.1 A validade da relação de emprego

O Ministro Maurício DELGADO (2011) entende que a relação empregatícia se inicia com reunião dos elementos supracitados, neste sentido vale indicar que além daqueles outros, são elementos necessários: a capacidade jurídica das partes contratantes; a licitude do objeto contratado; a forma contratual no estabelecimento do pacto trabalhista; higidez na manifestação da vontade, critérios baseados naqueles constantes no artigo 102 do Código Civil Brasileiro de 2002. Estando assim perfeitos e completos os critérios estabelecidos para a concretização do contrato trabalhista.

A que se considerar, então, questões envolvendo o vício de algum destes elementos, impedindo, assim, a validação da relação de emprego, neste sentido, a gravidade do defeito pode ofendê-la significativamente. Continuando os ensinamentos do Ministro DELGADO

(2011), exemplifica-se que um contrato formado com a administração pública de forma indevida, não configura invalidação do contrato, mas sim extinção do contrato irregular e devido pagamento do serviço já prestado, como previsto na Súmula 363 do TST:

Súmula 363 do TST: CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

O ministro ainda cita a possibilidade de existência de contratação irregular de criança ou adolescente, ilegal de acordo com o artigo 7º, XXXIII da Constituição Federal; neste caso o contrato irregular gera quitação das parcelas cabíveis, extinguindo-se de imediato o vínculo inconstitucional.

Cabe, portanto, salientar que valendo-se o Direito do Trabalho do princípio da aparência, muitas vezes a simples infração do elemento jurídico-formal não inviabiliza a validação contratual. Pois vale para o mundo do Direito a situação fática instalada, sendo uma forma de privilegiar a defesa do direito dos trabalhadores.

1.2 Excludentes da relação empregatícia

Confrontando os elementos que compõem a relação de emprego, muitas situações se dissuadem das questões já abordadas, sendo necessária sua discussão. É o caso da vinculação administrativa, citada por DELGADO (2011), que vincula o servidor público a entidade pública, nestes casos não existe vínculo contratual, mas sim situação estabelecida através de ato normativo. No entanto, apesar de infringir uma elementar, este tipo de vínculo cumpre as demais, inclusive cumprindo os deveres inerentes ao serviço público, devendo respeitar os princípios administrativos; neste sentido vale citar que esses servidores não são considerados empregados.

Importa ressaltar o caso dos servidores públicos celetistas, estes têm seu contrato de trabalho regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho e por esse motivo se encontram moldados pelo padrão apresentado; isso, porque com o advento da Constituição Federal em 1988, não é mais possível a escolha de regimes entre os entes da União, restando incompetente a Justiça do Trabalho para julgar qualquer demanda enquadrada no regime estatutário.

Quanto aos estagiários, foi instituída lei própria a fim de regular sua situação, sendo indubitável seu afastamento da relação empregatícia, pois sua existência tem mero cunho de aperfeiçoamento acadêmico-profissional, seja ele remunerado ou não, não cabendo aqui extensões quanto a pretensão de desqualificação desta qualidade, pois esta situação jurídica se encontra bem delimitada através de seus requisitos peculiares - neste sentido, bem salienta o Ministro Maurício Delgado (2011), descrevendo os quesitos de reconhecimento do contrato de estágio, fazendo clara distinção entre esses dois tipos contratuais, de acordo com a Lei 11.788/2008.

Outro contrato de cunho muito específico é o caso das cooperativas, no artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho bem se exclui o vínculo empregatício, numa presunção relativa de ausência do vínculo; portanto, deixando a cooperativa de atender suas finalidades abre-se brecha para a configuração da relação empregatícia. Importa constar que o cooperativismo deve atender ao *princípio da dupla qualidade* – aqui o cooperado é considerado, ao mesmo tempo, cliente e associado-cooperado, cabendo a este o recebimento de benefícios singulares, pois ele faz parte da cooperativa tal qual um sócio; e, o *princípio da retribuição pessoal diferenciada* – diz respeito ao direito do cooperado em receber montante maior do que um empregado, e no mesmo sentido, deve o sócio obter um trabalho dentro da cooperativa ou obter alguma facilidade para exercê-lo, que lhe seria dificultoso sem estar fazendo parte da cooperativa. Característica importante é que o cooperado embora receba mais ele não detém os benefícios de empregado, como férias, 13º salário, FGTS, dentre outros.

Noutro polo de consideração, dissuadindo-se do vínculo empregatício tem-se o trabalho autônomo, caracterizado pela diversidade inerente à prestação do serviço, e ainda se separa dos elementos caracterizadores da relação de emprego pela própria autonomia, conceito oposto ao de subordinação; podendo, ainda, ser ou não moldada pela personalidade nas relações.

Cabe analisar ainda o trabalho eventual, contendo todas as características da relação de emprego, exceto aquela que considera a eventualidade, aqui a prestação do serviço é descontínua, pois é prestado um serviço esporádico ao empregador.

Já o chamado trabalho avulso, se trata de uma modalidade do trabalhador eventual, pois existe a oferta da força de trabalho, por curtos períodos de tempo, a diversos tomadores de serviço, através de um agenciador.

Por último, o trabalho voluntário, o trabalhador tem ânimo benevolente, realizando o trabalho sem qualquer contraprestação. Subjetivamente, o trabalho é focado na intenção do

labor, exclusivamente de cunho assistencial; já objetivamente, o trabalho voluntário vincula-se à causa pela qual se dá o trabalho, aquilo que instiga o labor.

1.3 Relações de emprego

Importa esmiuçar então as características daquela figura prestadora de serviços na qualidade de empregado, *lato sensu*. O primeiro deles, o empregado, a *stricto sensu*, é aquele contratado por uma empresa, de modo tácito ou expreso, a fim que o mesmo preste um serviço ao tomador, modulado pela pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação, neste sentido, o empregado não se diferencia em razão do conteúdo da prestação realizada, como cita DELGADO (2011), mas sim pela forma como a prestação se realiza; continuando, a respeito dessa particularidade, o Ministro salienta que aí está a principal forma de identificar essa relação como uma relação de emprego.

A relação de empregado denota a existência de atividade lucrativa ao tomador do serviço, pois é, o empregado, força motriz da atividade fim desenvolvida pelo empregador.

Ainda nesta seara, do empregado, se deve atentar para a questão do empregado doméstico, outra modalidade especial da figura do empregado; MARTINS (2010) bem considera que o doméstico se caracteriza pela prestação de serviço domiciliar, ou ainda, realiza atividade que não está sujeita a qualquer vantagem econômica por parte do tomador, presta seu serviço no âmbito residencial. Aqui, seguindo as máximas genéricas do empregado, este na qualidade de doméstico detém restrições no garantismo trabalhista.

Quanto ao doméstico e o elemento “eventualidade”, continua o jurista, apresenta duas interpretações; na primeira o conceito de não eventualidade seria semelhante à situação final do trabalhador eventual, o que acaba por gerar rejeição à teoria da descontinuidade, para conceituar o trabalhador eventual doméstico, com o que teria definido como empregado a tradicional figura do diarista doméstico DELGADO (2011), havendo, portanto, entendimento de que a referida periodicidade não é criteriosa, dependendo de cada situação estabelecida. Existe, ainda, outra teoria interpretativa, que combina a lógica e a teleologia, observando, assim, todo o sistema jurídico, desta forma, diante da última teoria explicitada cabe considerar a admissão daquela relação existente no mundo dos fatos. Neste sentido, quanto ao trabalho doméstico, Maurício Delgado, salienta que a relação conjugal não tem sido considerada para fins de configuração de trabalho doméstico, tanto em situações de reconhecimento de

sociedade de fato ou casamento regularmente celebrado; bem constata-se esse impedimento diante da inexistência de subordinação entre os companheiros ou cônjuges. Em consonância ao exposto, o próprio Ministro tece a respeito de qualquer outra relação familiar que se assemelhe ao narrado, pois da mesma forma pode-se ficar caracterizada a inexistência de vínculo empregatício.

Outra relação a ser observada é aquela envolvendo o empregado rural, empregado que passou por situação muito específica ao longo da história do Direito do Trabalho no Brasil; que a princípio foi excluído da legislação originária, de 1930; sendo instituído em 1963, o Estatuto do Trabalhador Rural, regulando-se as relações laborativas no campo do país DELGADO (2011), sendo inclusive preservados os direitos devidos na Carta Magna de 1988. Hoje existe certa equiparação entre trabalhadores urbanos e rurais, ressalvadas questões típicas envolvendo uma e outra classe.

Vale atentar para as características ressaltadas pela doutrina, a fim de se classificar o empregado rural, pois além daquelas características inerentes à condição de empregado, o trabalhador rural deve ter elementos diferenciadores, são eles: a qualidade de seu empregador, sendo ele rural o empregado também o será, independente do método de trabalho ou fins a que se destinam a atividade, motivo pelo qual dispõe neste sentido a Súmula 196 STF: “Ainda que exerça atividade rural, o empregado de empresa industrial ou comercial e classificado de acordo com a categoria do empregador.” E, ainda, ser o trabalho realizado em estabelecimento rural ou rústico, conforme Lei 5.889/73, artigo 2º, *caput*.

Excetua-se, no entanto, o caso de empregado de empresa de reflorestamento, conforme o OJ N° 38, SDI-I/TST:

EMPREGADO QUE EXERCE ATIVIDADE RURAL. EMPRESA DE REFLORESTAMENTO. PRESCRIÇÃO PRÓPRIA DO RURÍCOLA. (LEI N° 5.889, DE 08.06.1973, ART. 10, E DECRETO N° 73.626, DE 12.02.1974, ART. 2º, § 4º) (inserido dispositivo) - DEJT divulgado em 16, 17 e 18.11.2010

O empregado que trabalha em empresa de reflorestamento, cuja atividade está diretamente ligada ao manuseio da terra e de matéria-prima, é rurícola e não industriário, nos termos do Decreto n.º 73.626, de 12.02.1974, art. 2º, § 4º, pouco importando que o fruto de seu trabalho seja destinado à indústria. Assim, aplica-se a prescrição própria dos rurícolas aos direitos desses empregados.

Pelo fato desta definição, importante se faz a determinação exata do empregador rural, pois é através de sua definição que se poderá chegar ao empregado rural, sendo imprescindível, para tanto, a caracterização da atividade agroeconômica envolvida.

1.4 O contrato de trabalho

O contrato de trabalho se caracteriza por um acordo de vontades no qual uma pessoa física se compromete a realizar uma prestação de serviço a outrem, conforme já esmiuçado anteriormente, ao se tratar das modalidades de emprego e relações de trabalho admitidas.

Esse ato jurídico pode se firmar de forma expressa ou tácita entre os contratantes, a fim de ajustar obrigações recíprocas, artigo 442 Consolidação das Leis do Trabalho; sendo historicamente o melhor instrumento jurídico hábil a incorporar esse padrão específico de relacionamento de indivíduos DELGADO (2011).

Caracterizando-o, pode-se verificar que se trata de contrato *privado*, tanto quanto o sujeito pactuante como os interesses envolvidos, além da relação jurídica central do contrato; *sinalgmático*, pois é constituído de obrigações contrárias, trazendo equilíbrio formal entre as prestações envolvidas – mesmo no caso de interrupção contratual haverá permanência desta característica, pois o contrato é analisado de forma conjunta e não “parcela a parcela”; *consensual*, sem formalidades imperativas o contrato se perfaz diante do ajuste comum de condições, ainda que de forma tácita; “*intuito personae*”, em relação ao empregado, sendo ele parte infungível na relação; *sucessivo*, pois a prestação do serviço é contínua, numa situação de débito permanente MARANHÃO (1989); *atividade*, confirmando que o contrato estipula uma obrigação de fazer; *oneroso*, onde cada parte contribui com uma ou mais obrigações economicamente mensuráveis, havendo transferência de riquezas entre os contratantes; *alteridade*, sendo os riscos inerentes a condição do tomador do serviço; *complexo*, pois esse contrato pode-se associar a outros, se tornando os mesmos acessórios a aquele.

Para efetividade do contrato o mesmo deve cumprir os *elementos essenciais*: capacidade das partes, licitude do objeto, forma regular, higidez da manifestação da vontade, todos em acordo com o Código Civil de 2002. Estarão presentes, ainda, os *elementos naturais*, aqueles elementos que tendem a aparecer recorrentemente na estrutura contratual, havendo, no entanto, situações nas quais esses elementos são controlados a não aparecer, como no contrato do empregado doméstico, pois não resta regulamentada, ainda, sua jornada de trabalho, por exemplo.

Resta, também, a análise dos *elementos acidentais*, que são aqueles que alteram significativamente a estrutura e os efeitos do contrato, se inseridos: *termo*, somente de acordo com o artigo 443 da Consolidação das Leis do Trabalho ou Lei 9.601/98, pois regra geral, o contrato de trabalho não apresenta fim prefixado; *condição*, hipótese prevista da Consolidação das Leis do Trabalho em uma situação, naquela em que existirá um empregado substituto de

um trabalhador afastado, como dispõe o artigo 475, §2º da Consolidação das Leis do Trabalho.

O contrato pode estar, ainda, envolto em vícios e defeitos, causando nulidades, cancelando os efeitos jurídicos contratuais, esses vícios podem estar centrados nas próprias partes, no aspecto subjetivo, portanto; ou, ainda, originar-se dos aspectos objetivos do contrato.

Essa nulidade pode ser total ou parcial: a total advinda de defeito grave em elemento essencial do contrato, estendendo os efeitos para toda a relação de trabalho; ou parcial, havendo defeito em elemento não essencial do contrato, envolvendo situações menos graves, pois atinge qualquer simples cláusula do contrato, cabendo o mesmo ser retificado, com efeitos *ex tunc*.

Outra categorização de nulidade é aquela de cunho absoluto ou relativo: haverá nulidade relativa quando restarem feridas normas de proteção ao trabalho individual, como, por exemplo, alteração do critério utilizado para pagamento de salário, causando qualquer prejuízo ao empregado. De outra sorte, ocorrerá nulidade absoluta, quando juntamente ao prejuízo individual houver infração de interesse público, concomitantemente.

Como cita Castro, há de se considerar, ainda, a relação entre essas nulidades e o instituto da prescrição, havendo interesse público, a prescrição passa a correr da data de extinção do contrato, enquanto, diante do interesse privado, a prescrição passa a correr desde a verificação do ato, ainda que durante o contrato de trabalho.

Quanto às modalidades do contrato de trabalho, segundo DELGADO (2011), são admitidos o *contrato expresso*, que é a revelação explícita, na qual as partes estipulam o conteúdo de direitos e obrigações recíprocas; o *contrato tácito*, que é um conjunto de atos coordenados entre as partes que configuram o firmamento do contrato, situações previstas nos artigos 442 e 443 da Consolidação das Leis do Trabalho. Ainda, o *contrato individual*, que enfoca a unidade do prestador de serviço, em um caráter estritamente individual; *contrato coletivo*, que parte da ideia do Direito Coletivo do Trabalho, onde tomadores e seres coletivos empresariais pactuam obrigações entre si, essa denominação não se encontra mais presente na Consolidação das Leis do Trabalho, apesar do ramo coletivo estar ganhando força no ordenamento trabalhista; *contrato plúrimo*, quando existe mais de um trabalhador no pólo ativo da relação empregatícia, ocorre em detrimento da característica do serviço prestado, pois todos eles se apresentam ao tomador como um todo unitário. Esse tipo de contrato, no entanto, não encontra menção na legislação brasileira, impedindo, assim, qualquer diferenciação contratual nestes casos, como cita PINTO (2005); *contrato por tempo*

indeterminado é um contrato genérico, a indeterminação sugere o prolongamento da relação de emprego, sendo muito mais favorável ao empregado, neste sentido sua existência é presumida em qualquer relação de emprego, como sugere a Súmula 212 do TST:

DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA. Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

Também, o *contrato por tempo determinado*, que se configura pela manifestação expressa do tempo de validade do contrato, previsto no artigo 443, §2º da Consolidação das Leis do Trabalho, sendo:

§ 2º. O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

- a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
- b) de atividades empresariais de caráter transitório;
- c) de contrato de experiência. Continuando a exemplificação, outras hipóteses são apresentadas por DELGADO (2011): contratos estipulados na legislação extravagante à CLT, como contratos de atleta profissional, artista, dentre outros; ainda, o contrato provisório, abrangente para qualquer profissão, conforme Lei Nº 9.601/98.

Para fixação do termo destes contratos, duas são as possibilidades: termo certo – a incidência está prefixada no tempo; termo incerto – a data ainda não está prefixada, embora seja seguro que ocorra em lapso futuro.

Na estipulação destes contratos, a lei determina prazos máximos de ocorrência, de acordo com o artigo 445, *caput*, Consolidação das Leis do Trabalho, os prazos não podem exceder dois anos; enquanto o contrato de experiência pode atingir o máximo de 90 dias - havendo desconformidade com esta norma, ou seja, ultrapassando-se os 90 dias do contrato na modalidade de experiência o contrato toma forma, automaticamente, de contrato por prazo indeterminado; como cita o parágrafo único do artigo 445 Consolidação das Leis do Trabalho; por conseguinte, as leis especiais podem definir prazos distintos.

Os contratos de trabalho podem ser prorrogados, de forma expressa ou tácita, por uma única vez, artigo 451, Consolidação das Leis do Trabalho, desde que observado o limite de tempo do contrato; havendo segunda prorrogação o contrato de trabalho passa a vigorar por tempo indeterminado; pois ainda que tácita, a prorrogação estará limitada no conteúdo originário do contrato. Já a sucessividade diz respeito à celebração de novo contrato após a proximidade da extinção do contrato anterior, como afirma MARTINS (2010), assim, ambos

se diferenciam no sentido da prorrogação envolver o mesmo contrato; e a sucessividade caracterizar-se pela distinção de pactos contratuais.

Os contratos a termo detém, ainda, restrições quanto as parcelas rescisórias, como por exemplo: extinção normal do contrato – cumprindo prazo prefixado: 13º salário proporcional; férias proporcionais com 1/3; liberação do FGTS (sem multa); extinção contratual por dispensa antecipada pelo empregador: as mesmas acima citadas, e, ainda, indenização correspondente a metade dos valores que seriam ainda recebidos até o fim do contrato; sendo cabível a multa de 40% sobre o FGTS; extinção contratual por pedido de demissão antecipada: 13º salário proporcional e férias com 1/3; sem possibilidade de resgate do FGTS; extinção contratual por pedido de demissão ou dispensa antecipada com cláusula assecuratória do direito recíproco de antecipação rescisória: parcelas rescisórias típicas dos contratos indeterminados, sendo caso de pedido de demissão, no mesmo sentido, cabem aquelas parcelas devidas em casos de demissão nos moldes clássicos.

CAPÍTULO 2 - RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR

Situações envolvendo empregado e empregador, como omissão ou descaso por parte deste, podem acarretar ações de reparação de danos ocasionados, ou ações penais por culpa ou dolo no evento ocorrido; seja por ocasião de acidentes do trabalho ou doenças profissionais, a responsabilidade do empregador se estende também aos funcionários terceirizados que estão ao seu serviço, respondendo subsidiariamente com a contratada por fatos ocorridos em suas dependências ou por sua responsabilidade.

Por definição, responsabilidade é a obrigação de responder por alguma coisa resultante de negócio jurídico ou de ato ilícito. Segundo PAMPLONA (2001), a responsabilidade civil se caracteriza pela existência de três fatos: a ação ou omissão; o dano; e, o elo de causalidade entre ação/omissão e dano.

Portanto, uma ação humana deve originar um dano, demonstrando-se claramente o elo entre um e outro, dessa forma o referido dano deve ser efetivo, seja material ou extrapatrimonial. Trazendo esta análise para a realidade trabalhista, a dificuldade vem da doutrina trabalhista, que ressaltando o princípio da isonomia, traz à parte hipossuficiente maior proteção. Assim, conjugando esse ideal trabalhista e os princípios inerentes à responsabilidade civil, vale a análise minuciosa desta divergência de direitos.

No ordenamento brasileiro, a responsabilidade só é analisada subjetivamente, apesar de haver possibilidades de reconhecimento objetivo, caso em que a atividade desenvolvida pelo autor do dano for considerada de risco para os direitos de outrem GAGLIANO E PAMPLONA FILHO (2002), situação que abre espaço para as máximas do direito do trabalho, pois considera possível a admissão da responsabilidade civil por ato de terceiro.

Importa, então, citar, de forma sucinta, algumas das circunstâncias que envolvem a responsabilidade civil do empregador, cabendo a análise mais detalhada apenas da responsabilidade pré-contratual do empregador, foco do presente trabalho.

2.1 Responsabilidade civil do empregador por ato do empregado

Com as novas diretrizes da responsabilidade civil observa-se na Súmula 341 do STF: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.”, considerando-se, assim, a responsabilidade sob a vertente objetiva. Sendo assim, a avaliação da culpa se torna irrelevante diante da avaliação da responsabilidade do empregador em face

de atos advindos do empregado; neste sentido, o empregador se torna amplamente responsável por todos os riscos econômicos inerentes à atividade realizada.

Analisando a possibilidade inversa, deve-se atentar aos dispositivos abaixo:

Art. 934 do Código Civil 2002. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.

Art. 462 da CLT. Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.

§ 1º. Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado.

Pode-se verificar que é possível o direito de regresso daquele que ressarcir o dano de terceiro, cabendo pacto prévio caso o empregador proceda qualquer desconto nos vencimentos do empregado que cometeu o ato danoso; sendo necessário, poderá haver interferência judicial, evitando qualquer desconforto desnecessário entre empregado e empregador, como cita GAGLIANO (2002).

2.2 Responsabilidade do empregador por danos ao empregado

No caso do empregador responder por dano cometido ao empregado, não se figura qualquer norma regulamentadora específica, devendo ser observadas, assim, as regras de responsabilidade civil em vigor.

Analisa-se a responsabilidade caso a caso, para fins de aferição da conduta do empregador, da existência e abrangência do dano e do nexo de causalidade, já que se reconhece, na maioria das vezes, uma responsabilidade de cunho subjetivo.

2.2.1 Responsabilidade decorrente do acidente de trabalho

O acidente de trabalho advém do comum exercício do trabalho a serviço da empresa, que provoque qualquer lesão corporal ou perturbação que cause a morte; podendo haver perda ou redução da capacidade de trabalho, como menciona o artigo 19 da Lei 8.213/91 – Lei de Planos da Previdência Social.

Analisando a questão do acidente de trabalho, ANTÔNIO LAGO JÚNIOR (2001) ensina:

Acidente do trabalho é aquele acontecimento mórbido, relacionado diretamente com o trabalho, capaz de determinar a morte do obreiro ou a perda total ou parcial, seja por um determinado período de tempo, seja definitiva, da capacidade para o trabalho. Integram, pois, o conceito jurídico de acidente do trabalho: a) a perda ou redução da capacidade laborativa; b) o fato lesivo à saúde, seja física ou mental do trabalhador; c) o nexo etiológico entre o trabalho desenvolvido e o acidente, e entre este último e a perda ou redução da capacidade laborativa.

Nos termos expostos serão três as responsabilidades advindas do ocorrido: responsabilização contratual, havendo eventual suspensão do contrato de trabalho e o reconhecimento da estabilidade do trabalhador, advinda do evento acidente – conforme Lei 8.213/91, artigo 118; concessão do seguro de acidente de trabalho, benefício de cunho previdenciário; e, ainda, a responsabilização civil que gera reparação do dano, situação que gera inúmeros conflitos.

O conflito surge pela previsão constitucional da verificação do dolo, mas também pelo fato de centrar, em regra, a análise no princípio da culpa, assim, indubitavelmente a responsabilidade civil do empregador, por danos decorrentes de acidente de trabalho, é subjetiva, devendo ser provada alguma conduta culposa de sua parte, em alguma das modalidades possíveis. Não obstante, alguns julgadores defendem a responsabilidade objetiva, com fundamento na teoria do risco da atividade, e base legal contida no parágrafo único do art. 927 do Código Civil 2002.

Vale transcrever decisões recentes dos Tribunais Regionais do Trabalho pátrios acerca do assunto:

ACIDENTE DO TRABALHO. MORTE DO EMPREGADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Hipótese em que, além da culpa, a responsabilidade do empregador decorre da aplicação da teoria do risco da atividade, que prevê a responsabilidade civil objetiva como forma de obrigação de garantia no desempenho de atividade econômica empresarial, dissociada de um comportamento culposo ou doloso. A teoria do risco da atividade parte do pressuposto de que quem obtém bônus arca também com o ônus. O parágrafo único do art. 927 do CCB/02 recepcionou tal teoria em nossa legislação. Provimento negado. (TRT4ª Região- 1ª Turma. Relator o Exmo. Desembargador José Felipe Ledur. Processo n. 0109700-70.2009.5.04.0611 RO. Publicação em 13-12-11)

INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. ACIDENTE DO TRABALHO. ACIDENTE TÍPICO. AMPUTAÇÃO PARCIAL DE DEDO DA MÃO DIREITA. SEQUELA IRREVERSÍVEL. INCAPACIDADE PARCIAL E PERMANENTE. (Arts. 159, 1518, 1521, inciso III, 1522, 1539, do vetusto Código Civil e Art. 5º, V e X e art. 7º, XXII e XXVIII, da CF; Art.186 e 944 e 950 CC do atual Código Civil 1. Se o laudo médico

concluiu que em razão da mutilação, pela perda de parte do dedo indicador da mão direita (amputação da falange distal do segundo quirodáctilo), o reclamante sofreu limitação na sua capacidade para o trabalho, e que o acidente ocorreu pela inexistência de proteção adequada na máquina operada, presentes estão o elemento do nexo causal do acidente e a da responsabilidade pela reparação por dano moral. 2. A obrigação de reparar os danos moral, estético, material, espécies do gênero dano pessoal, decorrente de acidente de trabalho, encontra-se prevista na Constituição Federal, art. 5º, V e X e art. 7º, XII e XXVII e, ainda, nos arts. 186 e 950 do Código Civil, (arts. 159, 1518, 1521, inciso III, 1522, 1539, do vetusto Código Civil), observados os elementos: a ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta, um dano e o nexo de causalidade. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. ACIDENTE DE TRABALHO. PERDA DA PROFISSIONALIDADE. INOCORRENCIA. PENSÃO INDEVIDA. A pensão mensal vitalícia, prevista no artigo 950 do Código Civil, só é devida quando da lesão resultar defeito pelo qual o trabalhador não possa exercer o seu ofício ou profissão ou equivalente e correlata. O mote é indenizar a perda da profissionalidade, da carreira e de outras chances. Isto porque, o Código Civil, no instituto da responsabilidade civil, é regido pelo princípio da restitutio in integrum. Os art. 1.539 e 950 do CC, estabelecem duas possibilidades de pensionamento no caso de acidente com lesão: (a) se o defeito impede o exercício do mesmo ofício ou profissão, a pensão corresponderá à importância deste mesmo trabalho, equivalente ao valor do salário que o trabalhador recebia até o advento do acidente do trabalho; (b) se defeito não impede o exercício do mesmo ofício ou profissão, apenas traz dificuldades para o mesmo trabalho, com mera redução da capacidade laboral, a pensão abrangerá apenas o valor da depreciação, apurável pela aplicação de um percentual representativo da incapacidade sobre o valor do salário. É indevido o pensionamento se não houve incapacidade para exercício das funções que o trabalhador vinha exercendo ou de funções equivalentes ou correlatas. (TRT/SP - 00526200506902002 - RO - Ac. 6aT 20090291993 - Rel. Ivete Ribeiro - DOE 05/05/2009)

Tem-se que a avaliação da culpa é necessária diante da possibilidade de responsabilização do empregador, configurando-se excepcional a aplicação da responsabilidade objetiva, como constata o seguinte julgado:

RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NÃO-INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CULPA PATRONAL. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. Via de regra, é subjetiva a responsabilidade civil do empregador para indenizar o trabalhador que sofreu acidente no trabalho, caso em que se faz necessária a caracterização do dano, da culpa ou dolo do ofensor e do nexo de causalidade. Exceção à regra ocorre quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (parágrafo único do art. 927 do Código Civil), hipótese em que se aplica a teoria do risco, de modo que se torna desnecessária a comprovação da culpa do ofensor. No caso concreto, mostra-se inaplicável a teoria da responsabilidade objetiva, haja vista que a atividade normalmente desenvolvida, qual seja, troca de pneus, não expunha o trabalhador a risco mais agravado hábil a caracterizar a responsabilidade objetiva, pois os perigos pertinentes não se distanciam muito daqueles aos quais

ordinariamente estão submetidos os trabalhadores em geral. Por outro lado, não havendo prova robusta da suposta ação ou omissão culposa patronal é impossível condenar a empregadora ao pagamento das indenizações decorrentes do acidente que ocasionou o falecimento do filho dos autores. (TRT23ª Região- RO - 00305.2010.046.23.00-3. Relator DESEMBARGADOR ROBERTO BENATAR. Órgão julgador 1ª Turma. Publicado em 01/06/11)

Como se pode perceber, neste caso, verificou-se que a atividade desenvolvida pelo empregado não justificava a aplicação da responsabilidade objetiva, razão pela qual a culpa do empregador deve ser avaliada para a incidência da responsabilidade.

2.2.2 Responsabilidade decorrente da terceirização de serviços

Importa, ainda, analisar a questão envolvendo relações de trabalho terceirizadas, forma hoje muito utilizada nos mais diversos ramos, que visa a redução de gastos e melhoria da qualidade técnica do trabalho; neste caso, a responsabilidade patrimonial para créditos trabalhistas dos empregados é do sujeito da relação obrigacional, qual seja, seu empregador, e também do prestador de serviços.

Neste sentido, o Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho consagra a *obligatio sem debitum*:

"Enunciado nº 331: Contrato de Prestação de Serviços - Legalidade - Revisão do Enunciado nº 256

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo nos casos de trabalho temporário (Lei nº6019, de 03.01.1974).

II- A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art.37, II, da Constituição da República).

III- Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7102 de 20.06.1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a atividade meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV- O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador do serviço quanto àquelas obrigações, desde que tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial."

(Res. OE nº 23, de 17.12.93 - DJU de 21.12.93)

Na visão de GAGLIANO (2002), o fundamento para essa responsabilização encontra-se também no artigo 932, inciso III do Código Civil 2002, tal qual no caso da responsabilidade objetiva do empregador por atos dos seus empregados. O referido autor

entende que o prestador de serviços terceirizados nada mais é que um preposto do tomador para a consecução de determinada atividade.

2.3 Responsabilidade pré-contratual

Tema inovador do Direito do Trabalho, a responsabilidade pré-contratual avança a égide trabalhista para adentrar o campo civil, a simbiose dos dois institutos traz importantes questões a respeito da consideração ampla da responsabilidade do empregador.

Partindo-se da ideia de que a relação de trabalho necessita de um contrato para consolidar a contratação, o contrato se justifica e tem validade por presumir que as partes interessadas foram capazes de manifestar livremente sua vontade e chegar a algum consenso sobre seu conteúdo.

Avançando neste contexto, vale analisar a responsabilidade do pretenso-empregador, quando ainda não se estabeleceu a efetiva prestação do serviço ou no acordo de vontade.

Por outro lado, adentra-se à questão do pré-contrato, quando ocorre a troca de informações entre as partes, ainda sem um caráter conclusivo quanto à proposta, mas apenas como forma de sondagem. Nessa circunstância, analisa-se se há a responsabilidade do empregador em reparar eventuais danos sofridos pelo trabalhador, considerando o caráter precário desse vínculo cujo fim imediato é verificar a viabilidade da eventual formulação da proposta.

A Consolidação das Leis do Trabalho e as normas esparsas do ordenamento jurídico brasileiro não tratam de qualquer situação envolvendo esta questão, pois antecede ao ingresso desse pacto no campo das relações de trabalho. Mas as eventuais lesões ou controvérsias nesse momento não fogem ao campo de ação do direito, restando aos Tribunais brasileiros a possibilidade de manifestarem-se sobre o assunto.

Assim, com fundamento nas normas contidas no Código Civil, por sua aplicação subsidiária ao direito do trabalho, nos termos do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, entende-se que, como regra geral, a proposta, uma vez formulada, obrigará ao proponente, conforme dispõe o artigo 427 do Código Civil. Então, o empregador passa a ter responsabilidade por eventuais danos causados em função da frustração concreta e culposa do contrato claramente proposto.

Afirma DALLEGRAVE NETO (2008) quanto ao contrato de trabalho: “o contratante, sujeito de direito, é a empresa, conforme se extrai do artigo 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas; considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os

riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”; advindo da Consolidação das Leis do Trabalho o conceito de empregador:

Artigo 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

§ 1º. Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º. Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Continua DALLEGRAVE NETO (2008):

A figura da empresa, considerada como um todo – uma unidade econômica e de produção – aqui se avulta como garantia das obrigações assumidas pelo empreendedor, e, objetivamente, nela se agarram com *ius in re* os direitos trabalhistas.

O jurista RENATO SARAIVA (2007) conceitua: “o empregador como sendo a pessoa física ou jurídica que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”.

Neste sentido, importante pontuação é realizada por DALLEGRAVE NETO (2008):

A despeito do sistema pátrio não adotar a unificação legislativa das obrigações, sendo o contrato de trabalho regulamentado em estatuto legal autônomo, ainda assim, as obrigações trabalhistas oriundas da relação de emprego devem ser analisadas sob ótica da teoria geral das obrigações, sempre com o cuidado de adaptá-las aos princípios peculiares do Direito do Trabalho, em especial àquele que versa a proteção ao empregado, a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho (respectivamente; artigo 7º, caput, artigo 1º, III e artigo 193, todos da CF).

Coordenado pelo Direito Civil brasileiro, o instituto das Obrigações abriga a relação trabalhista, como cita ANDRADE (2010), donde, a relação jurídica entre empregado e empregador começa com a vontade das mesmas em estabelecer um contrato, constituindo o vínculo, passando a relação ser conduzida pelo princípio da boa-fé. Desta forma, o vínculo entre empregador e empregado é uma relação jurídica estabelecida entre eles por meio do acordo de vontades, envolta pelos princípios do direito do trabalho, em especial pela boa-fé.

Então, a fase pré-contratual tem início desde os primeiros contatos entre as partes interessadas na formação do futuro contrato. Podendo ser considerado que a responsabilidade pré-contratual surge da violação do dever de conduta que deve estar presente mesmo na fase

que antecede a formação da relação jurídica contratual propriamente dita, pautados no princípio da boa-fé, violando, assim, as estruturas deste princípio.

Nesse ideal, CHAVES (1997) afirma:

Na presença do consentimento em negociar a formação de um projeto contratual, dever-se-ia considerar que cada uma das partes tenha sido induzida a elaborá-lo justamente em atenção à concordância de outra, que robustecia a sua esperança de alcançar um êxito favorável. De qualquer modo, existe uma violação ilegítima de um acordo pré-contratual sobre o término ou pelo menos sobre a continuação das negociações, e nesta violação funda-se a responsabilidade pré-contratual.

E é a garantia da formação do contrato que gera a responsabilização do pretense contratante, gerando, por assim dizer, uma obrigação a ser cumprida, envolvendo uma série de manifestações de vontade juridicamente relevantes, trazendo, assim, a essência do contrato a ser estabelecido. E CHAVES (1997), continua:

As negociações, uma vez iniciadas, já compõe um fato, tendo um valor jurídico, embora não decisivo, constituindo uma manifestação concreta e definitiva, como seria o caso de uma declaração de vontade propriamente dita, mas não apresentado menos uma relação de caráter jurídico existente e estabelecida entre as partes, de tal modo que é impossível, numa forma e numa medida a serem determinadas, o direito não leve em consideração as relações principiadas. Elas já entraram no seu domínio, não são fatos que lhe sejam indiferentes e estranhos.

Para DALLEGRAVE NETO (2008):

“Em que pese a existência de acirrada controvérsia perante a doutrina pátria e estrangeira, a matéria requer exame proficiente, descartando, desde logo, a visão simplista de que ambas (pré e pós) enquadram-se na responsabilidade civil do tipo extracontratual porque na primeira (pré) o vínculo jurídico ainda não se formou, enquanto que na segunda (pós) o contrato já se extinguiu.”

E, ainda, sustenta COELHO (2008), que “a responsabilidade pela violação da quebra de dever específico na condição de pré-contratante se enquadra na responsabilidade contratual”. No mesmo sentido CHAVES (1997) entende que:

Uma vez iniciadas as negociações para a formação de um contrato, as partes se encontram unidas por uma relação jurídica que as obriga a manterem relações recíprocas, o dever de indenizar deverá reger-se por normas contratuais.

Fica claro que de fato existe a obrigação instalada, ainda que não regida legalmente pelo Direito do Trabalho; pesando sobre o Direito Civil, berço das relações civis, a validação do dever de indenizar, por parte do contratante, que se utilizando de meios perversos frustra o compromisso com o contratado.

CAPÍTULO 3 - RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL DO EMPREGADOR

Analisado as responsabilidades advindas da obrigação instalada, os deveres negociais podem se dividir na ocorrência de três principais categorias a serem verificadas: a obrigação principal, a obrigação secundária e os deveres de comportamento. Para tanto DALLEGRAVE NETO (2008) contata que:

É importante explicar que tanto as obrigações principais, quanto as secundárias se encontram pautadas na boa-fé objetiva. No entanto, no que diz respeito aos deveres anexos, a boa-fé vai além de um princípio informador, constituindo sua verdadeira fonte.

E, ainda, COELHO (2008) sobre esses mesmos deveres anexos à relação obrigacional instalada com a pretensa relação de trabalho:

Trata-se da função mais relevante da boa-fé na fase pré-contratual e que cria para ambas as partes um determinado *standart* de comportamento no sentido de propiciar o alcance da finalidade do contrato. Tais deveres decorrem diretamente da noção de obrigação como processo complexo e que atingem à conduta das partes. Não se confundem com os deveres referentes à obrigação principal ou complementar, e sim visam a resguardar os interesses dos envolvidos na relação negocial.

E, continua COELHO (2008) a respeito da necessidade de troca de informações entre os contratantes:

Na fase pré-contratual a informação é essencial para a percepção de cada contratante sobre as vantagens ou não do negócio, influenciando no momento psicológico que pode levar a erro na avaliação da realidade. Imagine-se, por exemplo, o trabalhador que pretende trabalhar em empresa que ofereça participação anual nos lucros, e que é informado durante a seleção de que o futuro empregador possui regulamento que prevê o programa, todavia, ao ingressar na empresa, descobre que tal parcela só é paga aos empregados após dois anos de serviço para a empresa.

Para COELHO (2008), também é essencial na fase negocial o esclarecimento completo entre as partes de qualquer fato que envolva o futuro contrato:

O dever de informação é colocado como um dos principais aspectos da boa-fé e seu fundamento está na desigualdade entre as partes quando uma possui as informações que deverá passar para a parte contrária em face das negociações. Nesse sentido, na fase de negociações de um contrato de trabalho, na qual o empregado, em regra, encontra-se em estado de “super sujeição”, a informação correta, objetiva e esclarecedora é essencial e sua supressão poderá ser fonte de responsabilidade.

Sendo assim, no caso desta obrigação ser satisfeita precariamente ou não o ser, recairá sobre ela a responsabilidade civil, nas duas vias existentes, ou seja, tanto em relação ao empregador como ao empregado, pois a intenção é chegar a um fim, a contratação, novamente COELHO (2008) tece:

O candidato a emprego que não consegue trabalhar por algum fator discriminatório precisa encontrar a tutela jurídica que incide na fase pré-contratual. Nesse sentido, na seara trabalhista, importa aprofundar o estudo da fase anterior ao contrato, uma vez que se trata de um campo aberto para o ilícito, ante a ultra-fragilidade do trabalhador nessa fase.

DALLEGRAVE NETO (2008), também sustenta a existência da referida responsabilização:

No contrato de trato sucessivo fica patente a relação jurídica vista como um processo dinâmico e finalístico. Para alcançar a sua finalidade, qual seja a consecução das causas das partes, verifica-se um feixe de direitos, obrigações, deveres e ônus imbricados, os quais exsurgem na fase das tratativas, perpassam pela execução do contrato do trabalho e irradiam efeitos rescisórios e pós-contratuais.

E, continua, quanto à violação do dever de conduta:

Tanto o dano pré-contratual quanto o pós-contratual, geralmente decorrem da violação de um dever de conduta imanente à figura dos sujeitos do contrato, pautados no princípio da boa-fé. O princípio da boa-fé objetiva excede o âmbito contratual, traduzindo-se no dever de agir com lealdade, lisura e consideração como outro sujeito da relação. Isso pode ocorrer já no momento das negociações preliminares ou mesmo após a rescisão do contrato.

Portanto, a responsabilidade na esfera trabalhista para DALLEGRAVE NETO (2008) é retratada de forma clara:

Na seara de emprego, é possível falar em responsabilidade extracontratual entre empregado e empregador quando o dano emergente não tenha qualquer relação com o objeto do contrato de trabalho, nem tampouco o agente e a vítima estejam ostentando a posição de contratante ou contratado. Mencione-se como exemplo o dano decorrente da colisão de dois veículos no centro da cidade, fora do horário de expediente e fora da zona de irradiação do contrato de emprego, ainda que os respectivos proprietários (dos veículos) sejam, coincidentemente, o empregado e o empregador.

A reparação do dano pré-contratual atende ao chamado interesse negativo, o que vale dizer: as despesas e prejuízos relativos à frustração da formação do contrato”, pois, as partes envolvidas nas negociações preliminares têm em mente que o contrato se efetive futuramente, assim realizam muitas vezes despesas, com estudos, projetos, pesquisas, comprar de materiais, roupas, livros, etc, ou até mesmo deixa de realizar outro contrato com a certeza que este vai conclui-se, com objetivo de atender as expectativas do contrato futuro.

E, ainda, a fase pré-contratual, visivelmente, gera a expectativa de contratação, para ambas as partes, surgindo assim, de ambas, a responsabilidade em seguir o trâmite regular para ocasionar na contratação, de fato; para COELHO (2008), essa relação jurídica é bem evidenciada:

Cada fase de seleção, seja envio de curriculum e aguardo de resposta, testes, participação em dinâmicas de grupo e entrevistas, gera expectativas de que a vaga existe e será preenchida, e de que a empresa pretende preenchê-la com o melhor candidato do ponto de vista objetivo.

A frustração pela perda da vaga aumente em razão proporcional ao número de fases ultrapassadas, e eventual preterição por fatores não legítimos é danosa, seja do ponto de vista psíquico, seja do ponto de vista patronal, eis que o desempregado muitas vezes despense as últimas economias na busca de uma colocação.

Alcançando a possibilidade da chance perdida a violação da boa-fé é clara também para COELHO (2008):

A responsabilidade na fase pré-contratual se configure, necessário que se avaliem, além da imputação do ato praticado que invade a esfera jurídica de outrem, os atos praticados durante toda a fase de negociações. É de difícil avaliação, todavia, a incidência da violação à boa-fé nessa fase. Imprescindível, inicialmente, a ocorrência de dano e denexo causal entre esse ato, porém, desde que o ato tenha gerado a confiança legítima e que dela decorreram danos indenizáveis, necessária à avaliação da violação da confiança da contra parte.

É acertado concluir que, conforme DALLEGRAVE NETO (2008), na admissão deste tipo de responsabilidade deve-se observar a máxima trabalhista em salvaguardar a parte hipossuficiente da relação:

“Se o dano pré-contratual em debate decorrer da frustração injustificada de resultado prometido ou de promessa de emprego ilaqueada na boa-fé, estar-se-á diante de inexecução de obrigação de resultado, sendo o agente (empregador) o ônus da prova dos motivos que justificaram a frustração, haja vista a presunção de *culpa in contrahendo*.

Caso dano pré-contratual for do tipo moral, decorrente de abuso de procedimento que lesou direito de personalidade da vítima, v.g.: invasão de privacidade no momento das negociações preliminares, o ônus de demonstrar o agir abusivo do agente será, a rigor, da vítima, vez que inexistente presunção de culpa na mera alegação de descumprimento de obrigação de meio. Contudo, considerando que na seara das relações de trabalho os danos pré-contratuais se manifestam numa fase de tratativas ou de entrevistas do trabalhador junto à empresa, deve-se aplicar o princípio da aptidão para produção da prova, sendo a empresa a parte credenciada e apta a demonstrar em juízo quais as razões ou justificativas que levaram a agir daquela forma.”

No mesmo sentido COELHO (2008) entende:

“O ônus da prova, assim, em se tratando de rompimento das tratativas em elevado nível de contato qualificado, é de parte que rompeu a negociação. No caso de infração a deveres de conduta, o ônus se aplica de acordo com os critérios tópicos e também do grau de confiança criado em cada parte, conforme os deveres criados pelo comportamento de cada um.”

Fica claro, portanto, que é suprema a consideração de que o pretenso contratado tem direitos perante o contratante, ainda que não esteja legalmente acertada a contratação, sendo resguardado àquele, pelo Direito Civil, a propositura de demanda judicial a fim de preservar direitos violados.

Contrapondo esta ideia, MARANHÃO (2000) não considera que a situação envolvendo preliminares de contratação gera responsabilização ao empregador, entendendo ser comum as tratativas pré-contratuais e eventuais derogadas por parte do empregador; que tem total liberdade na escolha do pretenso contratado, sendo comum a inexistência de qualquer obrigatoriedade nesta fase. Ficando claro para o autor que somente após a formalização de intenções, com entrega de documentos de admissão, fica caracterizado o contrato de trabalho.

CAPÍTULO 4 - ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Importa iniciar esse capítulo tratando das normas de competência previstas no artigo 114 da Constituição Federal de 1988, dispositivo que prevê a competência da Justiça do trabalho para processar e julgar causas que digam respeito a conflitos na relação de trabalho. Infere-se da redação dos incisos I e IX do artigo supramencionado que a competência em tela abrange inclusive fatos ocorridos na fase pré-contratual das relações de trabalho que ensejam responsabilização.

Neste sentido, DALLEGRAVE NETO (2008) discorre sobre a competência da esfera trabalhista quanto à responsabilidade:

Quanto aos chamados efeitos trabalhistas e cíveis, registre-se serem próximos e complexos, já que ambos decorrem da execução do contrato de trabalho e, portanto, se incluem na competência especializada trabalhista. Ademais, não se ignore que a nova redação do art. 114, I e II, da CF, fixa a competência material da Justiça do Trabalho para todas as ações oriundas das relações de trabalho, bem como aquelas decorrentes do exercício de greve.

Vale citar, ainda, o artigo 652 da Consolidação das Leis do Trabalho, que também tem o mesmo entendimento:

Compete às Juntas de Conciliação e Julgamento:

a) conciliar e julgar:

I - os dissídios em que se pretenda o reconhecimento da estabilidade de empregado;

II - os dissídios concernentes a remuneração, férias e indenizações por motivo de rescisão do contrato individual de trabalho;

III - os dissídios resultantes de contratos de empreitadas em que o empreiteiro seja operário ou artífice;

IV - os demais dissídios concernentes ao contrato individual de trabalho;

V - as ações entre trabalhadores portuários e os operadores portuários ou o Órgão Gestor de Mão-de-Obra - OGMO decorrentes da relação de trabalho.

b) processar e julgar os inquéritos para apuração de falta grave;

c) julgar os embargos opostos às suas próprias decisões;

d) impor multas e demais penalidades relativas aos atos de sua competência.

O jurista COELHO (2008) também considera “competente a Justiça Trabalhista para julgar a demanda daquele que tem seus direitos violados nas fases anteriores a um contrato de emprego”.

Jurisprudencialmente constata-se tal competência a partir dos julgados seguintes:

DANOS RELACIONADOS ÀS FASES "PRÉ" E "PÓS" CONTRATUAIS DE TRABALHO. COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA TRABALHISTA. É da Justiça do Trabalho a competência para conhecer e julgar pedido de indenização relacionado às fases "pré" e "pós" contratuais de trabalho, a teor do disposto no art. 114 da CF/88.

(TRT-5. 340008620085050032 BA 0034000-86.2008.5.05.0032, Relator: MARIZETE MENEZES, 3ª. TURMA. Data de Publicação: DJ 26/04/2010)

RELAÇÃO PRÉ-CONTRATUAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 114, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Em se tratando de pretensão relativa à fase pré-contratual, impõe-se o competência desta Justiça Especializada para examinar o presente feito, à luz do art. 114, I, CF.

(TRT-7. 10013320105070007 CE 0001001-3320105070007, Relator: MARIA JOSÉ GIRÃO, Data de Julgamento: 12/06/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: 05/07/2012 DEJT)

Vê-se, portanto, que a competência da justiça do trabalho é clara, tendo validação de diversos tribunais, principalmente, por se tratar de matéria abrangida constitucionalmente.

4.1 Responsabilidade decorrente de contratação interrompida pelo empregador

Por vezes a responsabilidade do empregador pode se retrair no tempo, atingindo o tempo pretérito da firmação do contrato, cabendo para essa consideração a análise minuciosa de cada caso.

Segue decisão que corrobora o entendimento acerca da responsabilidade pré-contratual decorrente de contratação interrompida pelo empregador:

TRT 3ª REGIÃO - MG. Primeira turma.

Processo: 0000748-96.2011.5.03.0047 RO (00748-2011-047-03-00-0 RO)

Órgão Julgador: Primeira Turma

Relator: Emerson Jose Alves Lage

Revisor: Convocado Paulo Mauricio R. Pires

Vara de Origem: Vara do Trabalho de Araguari

Publicação: 09/03/2012

Divulgação: 08/03/2012. DEJT. Página 107. Boletim: Sim.

RELATOR: DESEMBARGADOR EMERSON JOSÉ ALVES LAGE
FERRI

EMENTA: RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL DO EMPREGADOR.

A reclamante se candidatou a uma vaga de emprego ofertada pela reclamada, submetendo-se a processo seletivo para avaliação de suas habilidades para exercer na ré as funções de operadora de telemarketing, foi aprovada na

referida seleção, recebeu instruções sobre salário, tarefas pertinentes à função, jornada de trabalho, benefícios assegurados à categoria e, ainda, realizou exame médico pré-admissional, sendo considerada apta para a contratação que, ao final, não se efetivou porque a reclamada recuou na proposta. O fato de a empresa retirar a proposta de emprego, sem justo motivo, contudo, não elimina o dever de reparar eventuais lesões causadas em decorrência da promessa de contratação, haja vista a responsabilidade pré-contratual que sobre si recai, quando se demonstra a proposição e o descumprimento da oferta de emprego, como ocorre na espécie.

No citado processo ocorreu quebra de compromisso por parte da contratante, que sabendo ser a pretensa contratada moradora de cidade diversa daquela onde ocorreria a prestação do serviço, preferiu dispensá-la por não haver pessoal suficiente naquela cidade para contratação.

Ficou claro na íntegra do julgado que a empresa agiu de forma temerária, trazendo à empregada toda a certeza de que seria contratada; fornecendo a ela, inclusive, o chamado “kit de contratação” da empresa, contendo todas as informações referentes aos benefícios do empregado e manual da empresa, devendo esta papelada ser entregue à empresa preenchida no dia da assinatura da Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado; e, por fim, em razão da totalidade de pessoas a serem contratadas, preferiu dispensar a referida empregada em razão do local de seu domicílio, do processo de contratação, trazendo inúmeros prejuízos devido a não concretização do emprego.

Configurada a responsabilidade da empresa, decretou-se a reparação do dano à “empregada”, em valor pecuniário, não ficando constatado, no entanto, qualquer perda de oportunidade real, mas sim meramente o dano da expectativa frustrada, não havendo assim configuração da perda de uma chance.

O presente julgado utilizou a decisão abaixo transcrita a fim de basilar sua decisão:

“PROMESSA DE CONTRATAR – PRÉ-CONTRATO – DESCUMPRIMENTO – REPARAÇÃO DE DANOS – A Justiça do Trabalho é competente para apreciar e decidir pedido de reparação de dano causado pelo descumprimento da promessa de celebrar contrato de trabalho prometida e que não teria se consumado por culpa de uma das partes. Embora refutada por muitos, existe a chamada responsabilidade pré-contratual, decorrente de ação ou omissão culposas ocorridas entre a proposta e a aceitação. Se a aceitação da proposta é manifestada no tempo oportuno, o contrato estará perfeito e acabado pelo simples acordo de vontades. Mas em se tratando de proposta que não exige aceitação imediata, pode o peticitante retratar-se antes de manifestar o peticitado sua vontade. Entretanto, se este foi ilaqueado em sua boa-fé e frustrado na sua fundada esperança de contratar, tem ele o direito à reparação dos prejuízos sofridos. O dever de indenizar, no caso, explica-se, segundo alguns, pela teoria da culpa “in contrahendo” ou, segundo outros, pelo abuso de direito, mesmo

que nessa fase não se entenda já existirem direitos” (TRT-MG. 4ª T., Processo n. 00840-2010-047-3-00-0 – RO-17739/00, Relator Des. Luiz Otávio Linhares Renault – Revisor Des. Antônio Álvares da Silva. DJ 05/03/2012).

No julgado acima fica clara, ainda, a competência da Justiça do Trabalho para julgar casos envolvendo a quebra pré-contratual por uma das partes envolvidas, entre a proposta de trabalho e a aceitação, conforme tratado em item anterior.

Cabe ressaltar que a responsabilidade deve ser analisada caso a caso. Cita-se, abaixo, como exemplo, decisão contrária à condenação por responsabilidade pré-contratual decorrente de contratação não efetuada pelo empregador:

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

Neste caso, a posição do magistrado foi clara no sentido de que comprovado motivo justo para a descontinuação da contratação, não há razão para reparação indenizatória por parte do contratante.

4.2 Responsabilidade em razão de despesas originárias da fase pré-contratual

A responsabilidade na esfera pré-contratual também abrange eventuais despesas ordinárias existentes nesta etapa, cabendo análise judicial desta responsabilização, cabendo ou não ao pretense empregador ressarcir o possível contratado, consoante decisões que se seguem:

TRT-PR-22-06-2007 RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL DO EMPREGADOR. EXPECTATIVA DE CONTRATAÇÃO. BOA-FÉ OBJETIVA. DESPESAS EFETUADAS PELO EMPREGADO. DEVER DE REPARAÇÃO. Não mais se discute a existência de deveres que, autônomos em relação à obrigação principal, existem antes e perduram mesmo depois de extinto o contrato, seja qual for sua natureza. Parte-se da premissa de que os contratos, em geral, representam uma complexidade de obrigações e deveres, inter-relacionados e, ao mesmo tempo, autônomos, pautados na ideia de que a relação deve se desenvolver dentro de uma ordem de cooperação. Há, portanto, um núcleo principal, cercado de uma série de deveres acessórios ou secundários. No contrato de emprego, as obrigações

principais são trabalho (empregado) e salário (empregador) e, em torno delas, há obrigações acessórias, como informações esclarecimentos sobre a função a ser desempenhada, impossibilidade de concorrência desleal, deveres de cooperação e auxílio, entre outros. Nessa esteira, se o empregador condiciona a contratação à aquisição de veículo, pelo empregado, é legítimo que este alimente a expectativa de ser contratado. Se, independente de sua vontade, o ajuste não vem a se concretizar, não é justo que suporte a diminuição patrimonial a que não deu causa. Recurso provido para manter a condenação ao pagamento de indenização. TRT 9ª REGIÃO. TRT-PR-21629-2004-006-09-00-4-ACO-15699-2007 – 2ª TURMA. Relator: MARLENE T. FUVERKI SUGUIMAT.

No caso em tela ocorreu a instigação do empregador para que o pretenso empregado adquirisse material para trabalho, no caso, um veículo, a fim de realizar a execução o serviço proposto, restando clara a perspectiva de contratação gerada. Não se realizando a contratação, configurada restou a responsabilidade da empresa pela reparação material ao empregado, que teve frustrada sua expectativa em ser contratado.

4.3 Responsabilidade decorrente de preconceito religioso por parte do empregador

As escolhas pessoais do pretenso empregado, por vezes, podem interferir na avaliação do pretenso empregador, no entanto, muitas delas fazem parte da essência e da intimidade do candidato, devendo-se, assim, estabelecer um limite de interferência do empregador na esfera pessoal do empregado.

Segue decisão acerca do tema:

INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA – PRECONCEITO RELIGIOSO RESPONSABILIDADE CIVIL – PRÉ-CONTRATAÇÃO. O reclamante informa que, tendo ultrapassado a fase de seleção, com realização de entrevistas e exame escrito, além de juntada de documentação, foi encaminhado com carta de apresentação pelo departamento pessoal da empresa à filial do Bonocô, tendo se apresentado ao gerente, Sr. Osvaldino Bosque. Prossegue afirmando que, ao ser recebido foi apresentado à toda a equipe de trabalho e dirigido para reconhecimento do depósito e então fora submetido a entrevista. Disse mais que, ao ser entrevistado, foi questionado a respeito da sua formação intelectual e credo religioso, informando ser estudante e evangélico, da facção batista, sendo surpreendido pela manifestação do gerente assim transcrita: “Infelizmente fica para outra oportunidade, porque não aceito trabalhar com estudante e crente, porque vendedor na minha loja tem que se dedicar totalmente e vender até a própria mãe”. Informa na inicial que a justificativa do gerente fora de que o vendedor tem que permanecer muito tempo na empresa e que não aceitaria trabalhar com ‘crente’ porque não gosta de ‘crente’, além do que teria dito que “suas experiências com crente foram horríveis, e que só deram dor de cabeça”.

O acionante aduz ter sofrido um ‘apedrejamento moral, emocional e psíquico’ requerendo reconhecimento de dano moral, com a consequente punição, em forma de indenização, à empresa acionada, responsável pelos atos de seu preposto. Invocou, para tanto, o artigo 186 do Código Civil, além do 5º, inciso X, da Constituição Federal.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 00254-2005-038-05-00-6. TRT 5ª REGIÃO.
Relatora: Juíza Convocada MARGARETH RODRIGUES COSTA.
Publicado em: 12 de setembro de 2006.

Neste caso, restou clara a objeção do tomador do serviço ao candidato ao emprego em razão de sua opção religiosa, sem ao menos se atestar das qualidades inerentes ao mesmo. A principal preocupação do tomador foi em verificar o “credo” do pretense empregado, utilizando-se inclusive de citações degradantes para com o mesmo; ficando claro o dever de indenizar em razão do preconceito instalado no processo de emprego instalado.

4.4 Responsabilidade decorrente de retenção da Carteira de Trabalho e Previdência Social diante da promessa de emprego.

A promessa do emprego por vezes gera a retenção documental do pretense empregador, no entanto, deve-se atentar para a limitação deste prazo, podendo gerar eventuais responsabilizações do empregador diante da demora na entrega da Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, como no exemplo constante da decisão abaixo transcrita:

TRT-16

Processo: 2012200900516000 MA 02012-2009-005-16-00-0

Relator(a): GERSON DE OLIVEIRA COSTA FILHO

Julgamento: 24/04/2012

Publicação: 09/05/2012

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. PROMESSA DE EMPREGO FRUSTRADA POR CULPA DO EMPREGADOR. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS.

A retenção da CTPS do empregado por longo período, enquanto este aguardava a contratação, exigindo deste documentação e submetendo-o a exames pré-admissionais, chegando a registro do contrato de trabalho acordado em sua CTPS com posterior cancelamento após alteração unilateral do contrato gera frustração no empregado, bem como constrangimento ante lançamento indevido em sua CTPS quando não mais intencionava contratar na função para a qual contratara, causando-lhe evento lesivo aos direitos personalíssimos do reclamante, quando da quebra da promessa de emprego. **INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E EQUIDADE - VALORAÇÃO DO DANO.** Fica ao arbítrio do juízo a valoração do respectivo dano, que deve levar em conta, a

extensão do fato socialmente, a permanência temporal do sofrimento, antecedentes do agente, capacidade econômica do agressor e do ofendido e razoabilidade. O magistrado deve fixar o valor da indenização por dano moral fulcrado nos princípios da razoabilidade e da equidade, de forma a satisfazer a vítima pelo prejuízo sofrido e punir o empregador pelo dano causado. Recurso ordinário conhecido e não provido.

Na situação que ensejou o julgado acima, apesar de ter sido considerado apto ao serviço pela empresa e da entrega da carteira de trabalho ao tomador de serviço, não houve a contratação do trabalhador. A empresa, após longo período apreendendo a documentação do trabalhador, voltou atrás na sua contratação, conforme se verificou em anotações na própria carteira de trabalho, havendo, assim, inclusive prova documental na avaliação dos fatos.

No caso em tela, houve muito mais que a mera criação de expectativa do empregado, mas sim a concretização de sua admissão e posterior retificação, trazendo surpresa e frustração ao mesmo. Restou assim o arbitramento de indenização ao empregado, compensado o sofrimento da vítima e ressarcindo-o do dano sofrido.

De outra forma, a retenção da CTPS deverá ser efetivamente comprovada para que seja responsabilizada a empresa. Neste sentido:

ACÇÃO INDENIZATÓRIA RETENÇÃO DE CTPS. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPREGADORA. RATIFICAÇÃO SENTENCIAL Não havendo prova de que a empresa, por alguma atitude irregular, intencional ou não, tenha retido a CTPS do Autor, não se há falar em sua responsabilização pelos danos daí decorrentes.

(TRT- 7 RO 1671002420095070008 CE 0167100-2420095070008, Relator: ANTONIO MARQUES CAVALCANTE FILHO, Data de Julgamento: 02/02/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: 17/03/2011 DEJT)

Importante constar que neste sentido a responsabilidade civil só se afere diante da comprovação da culpa existente, como já citado por PAMPLONA (2001) e ainda CAIO MÁRIO (1990):

A essência da responsabilidade subjetiva vai assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima. Assim procedendo, não considera apto a gerar o efeito ressarcitório um fato humano qualquer. Somente será gerador daquele efeito uma determinada conduta, que a ordem jurídica reveste de certos requisitos ou de certas características.

Assim considerando, a teoria da responsabilidade subjetiva erige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar o dano, o comportamento culposo do agente, ou simplesmente a culpa, abrangendo no seu contexto a culpa propriamente dita e o dolo do agente.

Assim, para reconhecimento da responsabilidade do empregador deve haver plena comprovação do dano existente e sua relação com aquela pessoa a quem é imputada a responsabilidade.

4.5 Responsabilidade decorrente da recusa em fornecer Equipamento de Proteção Individual

O Equipamento de Proteção Individual - EPI é todo dispositivo ou produto, de uso individual utilizado pelo trabalhador, destinado a proteção contra riscos capazes de ameaçar a sua segurança e a sua saúde; a própria Consolidação das Leis do Trabalho faz menção à sua obrigatoriedade de fornecimento por parte da empresa, artigo 166, e ainda, impõe ao empregado o dever de utilização em seu artigo 158, no entanto verifica-se no caso em tela que o descumprimento por parte da empresa originou uma exigência do dever de utilização por parte dos empregados.

Segue decisão que exemplifica a responsabilização acima suscitada:

TRT 3ª REGIÃO/MG

Processo: 0000449-64.2011.5.03.0033 RO

TRT – 00449-2011-033-03-00-3-ED

EMENTA – SISTEMA DE RESPONSABILIDADE TRABALHISTA – PERDA DA CHANCE – DANOS MORAIS – RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL.

01 - A perda da chance ocorre quando o agente é privado, por culpa de outrem, da obtenção real de uma vantagem ou é impedido de evitar prejuízo. A probabilidade da ocorrência do resultado deve ser real e fundada, pois a reparação se relaciona à própria chance e não ao benefício ou perda do que dela se esperava.

02 - A responsabilidade do empregador também tem albergue na fase pré-contratual, em que é luzidia a seriedade das tratativas preliminares, pronta a tornar concreto o sinalagma e a confiança entre as partes, de modo a ensejar o reconhecimento da responsabilidade daquela parte, cuja desistência injustificada na concretização do negócio enseja prejuízos, no caso, de ordem moral a outrem.

(...)

Assim, comprovado o abuso do direito pelas Reclamadas, conquanto o processo seletivo não tenha o condão de conferir certeza quanto à admissão dos Reclamantes, as atitudes perpetradas pelo polo adverso evidenciaram de forma inequívoca que o contrato de trabalho caminhava para a sua celebração. Dessa forma, uma vez frustrada esta, exsurge o direito à reparação pelo prejuízo moral sofrido, porquanto a promessa de emprego, ainda que no processo seletivo, deve pautar-se pelo princípio da boa-fé

objetiva (responsabilidade pré-contratual), devendo as partes comportarem-se com clareza e honestidade durante todo o iter contratual, ainda que o contrato sequer se perfectibilize, ficando o registro de que as Reclamadas não demonstraram nenhuma justificativa para o veto ao uso de EPI(s), legalmente imposto, como é cediço.

A instituição de critérios e de fases atinentes a processo seletivo de candidatos a emprego, está inserida no poder de gestão do empreendedor, mas, no caso dos autos, o conjunto probatório indica terem as Reclamadas adotado conduta imprudente, conferindo aos Reclamantes a certeza das contratações, que, uma vez frustrada por responsabilidade exclusiva das Empresas, resulta em inegáveis prejuízos de ordem moral aos trabalhadores.

Neste caso a empresa tomadora do serviço se segou a contratar um grupo de pessoas, mesmo depois de toda tramitação para contratação, pois as mesmas exigiram fornecimento de equipamento de proteção individual, o Equipamento de Proteção Individual, tendo referidos trabalhadores se negado a realizar o serviço sem os equipamentos necessários à execução do trabalho. A magistrada lembrou no julgamento que a responsabilidade civil do empregador não se limita ao período contratual, mas alcança também a fase pré-contratual, conforme disposto no artigo 422 do Código Civil 2002, devendo as partes se comportar com clareza e honestidade, desde as conversas iniciais, ainda que, ao final, a celebração do contrato não ocorra. A imprudência da atitude, assim, gerou decretação de fundada reparação do dano.

CONCLUSÃO

Conclui-se que o empregador deve ser responsabilizado no caso de infringir qualquer direito do pretense empregado, ou seja, aquele que está firmado no intento de ser contratado pelo tomador de serviço; verificando-se assim, a importância da responsabilidade pré-contratual na fase das tratativas, como verdadeiro respeito à vontade de ambos os contratantes para realização do contrato.

Neste sentido, verificou-se que a responsabilidade civil pré-contratual decorre de um prejuízo praticado por uma das partes envolvidas nas negociações antes da celebração do contrato, gerando a reparação do dano advinda da responsabilidade dos envolvidos; podendo-se buscar junto a Justiça do Trabalho o prejuízo tomado por uma ou outra parte. Sendo diversos os prejuízos imputados aos pretensos contratados durante a fase de negociação do contrato de trabalho.

É visível a importância da aplicação da responsabilidade pré-contratual na Justiça do Trabalho, pois trata-se de um fator educativo para conscientização das empresas que praticam atos questionáveis durante a fase pré-contratual do contrato de trabalho, permitindo a conscientização de toda a sociedade dos direitos e do devido respeito da dignidade do trabalhador, não só durante o contrato de trabalho, mas também na fase preliminar do contrato.

Ficou claro durante o estudo que deve haver a responsabilização na ocorrência de violação do princípio da boa-fé objetiva, conforme artigo 422 do Código Civil, para se resguardar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana também no Direito do Trabalho; sendo plenamente possível a reparação de prejuízos daqueles que forem lesados durante as preliminares da contratação; devendo-se buscar sempre seguir a principiologia trabalhista no tratamento entre empregado e empregador, buscando uma relação futura mais saudável e dotada de respeito.

Obedecendo as leis civis e trabalhistas, ambos os pólos da relação de emprego estarão satisfeitas, e, portanto, adotarão uma relação saudável. Mas é também importante observar que não se deve reduzir a responsabilidade civil a mero instrumento de eficiência econômica; deve-se priorizar, ao contrário, a tutela da vítima do dano a partir do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, resta aos operadores do Direito atenção aos eventuais prejuízos ocasionados ao empregado, estando ele sujeito aos desmandos do empregador e às normas do sistema jurídico, valendo-se assim, de todos os meios possíveis e interdisciplinares para resguardar os direitos dos contratantes durante todas as fases da relação de trabalho, especialmente na fase pré-contratual, foco do trabalho em questão.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Lucimar Pedroso de. *A responsabilidade pré-contratual no direito do trabalho*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php? n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7782>. Acesso em: 30 out. 2012.

BRASIL. Código Civil, 2002.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei N.º 5.452, de 1º de maio de 1943.

BRASIL. Constituição, 1988.

CASTRO, Getúlio Vargas de. *Revista da OAB Goiás – Prescrição e Decadência*. Ano XI nº 30.

CHAVES, Antônio. *Responsabilidade Pré- Contratual*. 2.ed. São Paulo: Lejus, 1997.

COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Responsabilidade Civil Pré- Contratual em Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 3.ed. São Paulo: LTr, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10.ed. São Paulo: LTr, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, vol. I, Parte Geral, 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GIERKE, citado por Délio Maranhão: *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987.

LAGO JÚNIOR, Antonio, *A Responsabilidade Civil decorrente do Acidente de Trabalho* in Leão, Adroaldo; Pamplona Filho, Rodolfo Mário Veiga (coordenadores). *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARANHÃO, Délio e outros. *Instituições de Direito do Trabalho*. 19.ed. São Paulo: LTr 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Elementos para a caracterização do trabalho*. LTr, Suplemento Trabalhista nº 78, São Paulo, 2005, p. 345.

_____. *Direito do trabalho*. 26.ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação do Direito do Trabalho*. 14.ed. São Paulo: LTr, 1989.

OLIVEIRA, Marco Antonio Rodrigues de. *Responsabilidades do Empregador e dos Empregados CLT*. Disponível em: <<http://www.rabaglio.com.br/artigo.php?idart=17>>. Acesso em: 31 out. 2012.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Responsabilidade civil do empregador por ato do empregado*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2037>>. Acesso em: 28 out. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. II.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

PÉRISSÉ. Paulo Guilherme Santos. *Responsabilidade pré-contratual do empregador*. CEDES – centro de estudos direito e sociedade. Boletim Jun-Jul, 2007.

SARAIVA. Renato. *Direito do Trabalho – versão universitária*. 5.ed. São Paulo: Método, 2012

ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. *Curso de Direito do Trabalho*.